



Radicado: 76001233100020100051701 (59975)
Demandantes: Heymocol Ltda. y Varela Fiholl & Compañía Ltda.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 76001233100020100051701 (59975)
Actor: Heymocol Ltda. y Varela Fiholl & Compañía Ltda.
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Tema: Acción de controversias contractuales. Incumplimiento de contrato. La Sala confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, porque, pese a que la entidad aceptó la modificación de los diseños, las demandantes no cumplieron el procedimiento previsto en el contrato para la modificación del presupuesto del proyecto.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Descongestión del Valle del Cauca con sede en Bogotá que negó las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, disposición que señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo prescribe que esta jurisdicción es competente para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de dichas entidades, y el artículo 129 le otorga la competencia para conocer de este proceso en segunda instancia.

El 12 de octubre de 2017 se corrió traslado para alegar y la parte demandada presentó alegatos el 31 de octubre de 2017¹. El Ministerio Público presentó su concepto el 17 de noviembre de 2017² y la parte demandante guardó silencio.

¹Cuaderno 2, Folio 557 a 630.

² Cuaderno 2, Folios 631 a 645.



I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- El 29 de abril de 2010 las sociedades Heymocol Ltda. y Varela Fiholl & Compañía Ltda. (en adelante, las demandantes o las contratistas) presentaron acción de controversias contractuales contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE (en adelante, FONADE o la demandada)³. Formularon las siguientes pretensiones:

<<DECLARATIVAS:

1. *Se declare que la entidad demandada incumplió el contrato de obra No. 2053325 de 2005, como consecuencia del cambio de especificaciones técnicas iniciales del proyecto, al suprimir la utilización del anillo perimetral del velódromo y al cambiar el calibre de la teja utilizada, sin compensar al contratista ese mayor valor de obra (...).*

CONDENATORIAS:

1. *Se condene a FONADE al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales sufridos por mis clientes en la ejecución del contrato como consecuencia del cambio de especificaciones técnicas; reconociendo los mayores costos y gastos en los que incurrió el contratista por el cambio que fue necesario introducir en la cimentación, la estructura en concreto y la estructura metálica de la cubierta del Velódromo Alcides Nieto Patiño, ante la eliminación del anillo perimetral existente; así como por el mayor valor de la teja ante el cambio de especificación (calibre) y que ascienden a la suma de mil seiscientos ochenta millones doscientos ochenta mil pesos de acuerdo con la siguiente estimación:*
 - a) *La cimentación profunda de las cuatro (4) columnas nuevas, con un costo efectivo de cuarenta y cuatro millones ciento noventa y siete mil pesos (\$44.197.000)*
 - b) *La construcción de esas (4) columnas con sus respectivos dados, por la suma de cuatrocientos cuarenta y ocho millones diez mil pesos (\$448.010.000).*
 - c) *El costo adicional por el aumento del peso de la estructura metálica, que alcanzó la suma de ochocientos setenta y un millones cuatrocientos treinta y un mil pesos (\$871.431.000)*
 - d) *El costo de los contrapesos, por la suma de veintisiete millones trescientos cuarenta y cuatro mil pesos (\$27.344.000)*
 - e) *El costo de la teja de Aluzinc calibre 24 por la suma de (\$289.298.000)>>.*

³ Cuaderno 1, Folios 1 al 31.



2.- Las demandantes fundamentaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- FONADE, COLDEPORTES y el Municipio de Santiago de Cali suscribieron el convenio interadministrativo 194042, en el que FONADE se obligó a *“gerenciar la primera fase del proyecto denominado “Reparación del Velódromo Alcides Nieto Patiño del municipio de Santiago de Cali”*. COLDEPORTES y el municipio se obligaron a aportar los recursos.

2.2.- En desarrollo del convenio interadministrativo, FONADE inició el proceso de selección IPG/12014-194042 para la contratación de los *“estudios técnicos, diseños y construcción de la estructura y cubierta del Proyecto de Reparación del Velódromo Alcides Nieto Patiño, en la ciudad de Santiago de Cali, por el sistema de precio global fijo sin fórmula de reajuste”*.

2.3.- Las reglas de participación del proceso de selección establecieron que el proyecto tendría una fase de consultoría (elaboración de diseños) y otra de construcción, una vez los diseños fueran aprobados por el Comité Operativo. El acápite 1.1. de las reglas estipulaba lo siguiente:

“El proyecto consiste en adelantar dos etapas: la primera de consultoría que incluye los estudios técnicos y diseños de la nueva estructura de cubierta del velódromo (que reemplazará la estructura que colapsó hace algunos años) realizando el diseño arquitectónico, el diseño estructural y los correspondientes diseños hidráulicos (...) y posteriormente, con base en los diseños anteriores, adelantar la segunda etapa, que consiste en la construcción y montaje de la cubierta, el suministro e instalación de la cubierta y el suministro e instalación del sistema de evacuación de aguas lluvias de la cubierta (...).”

2.4.- El capítulo 5 de las reglas de participación preveía que las demandantes debían presentar una propuesta arquitectónica, en la cual podían reutilizar el anillo perimetral sobre el que debía instalarse la cubierta del velódromo, así:

“Se deberá presentar una propuesta arquitectónica acorde con las condiciones climáticas, de vientos, de iluminación, uso del escenario deportivo (...) y verificar que las nuevas cargas sean transmitidas y soportadas por el suelo y por el anillo perimetral existente (...).”

2.5.- Las demandantes resultaron seleccionadas y el 3 de octubre de 2005 suscribieron el contrato de obra pública No. 2053325 con FONADE. En la cláusula primera del contrato las partes pactaron las siguientes obligaciones a cargo de las contratistas:



“EL CONTRATISTA se compromete a realizar los estudios técnicos, diseños y construcción de la estructura y cubierta del proyecto de reparación del velódromo Alcides Nieto Patiño, en la ciudad de Santiago de Cali, por el sistema de precio global fijo, sin fórmula de ajuste, de conformidad con la propuesta presentada y las especificaciones establecidas en las reglas de participación del proceso de selección IPC/12014-194042 y sus adendos 1 y 2, documentos que hacen parte integrante del presente contrato”.

2.6.- El valor del contrato era de tres mil ochocientos cincuenta y cuatro millones quinientos cuarenta y cuatro mil quinientos noventa y tres pesos con ochenta centavos (\$3.854.544.593,80), pactado a precio global fijo sin fórmula de reajuste.

2.7.- En cumplimiento de lo señalado en las reglas de participación, las demandantes presentaron con su propuesta una estructura metálica en forma de cúpula con arcos continuos apoyados sobre el anillo perimetral existente.

2.8.- En la reunión de presentación inicial del proyecto, el Comité Operativo del Convenio solicitó a las contratistas que presentaran alternativas de diseño arquitectónico dentro de los diez días contados a partir del acta de iniciación.

2.8.- En desarrollo del contrato, las contratistas presentaron varias opciones arquitectónicas a FONADE. En el acta de seguimiento del 24 de octubre de 2005 FONADE seleccionó la denominada A3, que consistía en una *“cubierta plana en estructura metálica, soportada en tensores que nacen de un arco en concreto, el cual da continuidad a los contrafuertes existentes, y tensores metálicos a manera de cortavientos que nacen en las bases de la estructura de cubierta anterior”.*

2.9.- Sin embargo, el 29 de noviembre de 2005, y por razones de carácter estructural, las demandantes sometieron a consideración de FONADE una nueva alternativa de cubierta en forma ovalada, denominada B1. Ello, porque el costo de la estructura inicialmente seleccionada no era viable económicamente debido a que requeriría construir una viga plana que permitiera el anclaje de los tensores que habrían de soportar los costados laterales.

2.9.1.- Según lo establecido en el acta del 29 de noviembre de 2005, el arquitecto Jaime Cárdenas, asesor de la interventoría, recomendó suprimir los tensores perimetrales inferiores, lo que impuso una modificación de las características estructurales de la cubierta.

2.9.2.- Para atender la petición del interventor, las contratistas debieron suprimir el anillo perimetral como soporte de la estructura de cubierta. Esto les supuso: (i) construir cuatro nuevas columnas en los extremos del velódromo y (ii) adicionar diez toneladas de contrapesos.



2.9.3.- La ejecución de nuevas obras supuso mayores costos, discriminados así: (i) la construcción de cuatro columnas por cuatrocientos cuarenta y ocho millones diez mil pesos (\$448.010.000); (ii) el costo adicional por concepto de aumento del peso de la estructura metálica por ochocientos setenta y un millones cuatrocientos treinta y un mil pesos (\$871.431.000); y el costo de los contrapesos por veintisiete millones trescientos treinta y cuatro mil pesos (\$27.334.000).

2.10.- El 20 de febrero de 2006 las contratistas presentaron a FONADE el proyecto arquitectónico definitivo a ejecutar. Este proyecto fue recibido formalmente por la demandada el 23 de febrero de 2006, mediante acta 1 de recibo y aprobación de diseños⁴.

2.11.- El 16 de agosto de 2006 las contratistas manifestaron a FONADE que existía un desfase entre la ejecución de la obra y la programación inicial ofertada, así:

"La elección por una cubierta plana soportada por un arco y tensores metálicos, y el diseño de esta nueva alternativa, implica para su ejecución un tiempo mayor al contractualmente pactado, así como un ajuste al precio del contrato, toda vez que, obtenidos los resultados del diseño definitivo, el peso de la misma varía en más de 100 toneladas frente al presupuesto de ejecución presentado, lo cual desborda el presupuesto oficial y el valor del contrato (...). Se solicita se estudie desde ya el reconocimiento patrimonial del mayor costo que demanda la ejecución, en aplicación de principios de equidad contractual y de conmutatividad del contrato bilateral".

2.12.- Adicionalmente, debido al cambio de diseño, las contratistas tuvieron que modificar la teja que habían propuesto inicialmente, lo que les generó mayores costos.

2.12.1- Las reglas de participación preveían el "suministro e instalación de cubierta (teja termo acústica en aluminio tipo panel sin traslapos longitudinales, calibre 26, pintura en poliéster horneable, con aislamiento en poliuretano, con espesor mínimo de 5 mm).

2.12.2.- Sin embargo, el proveedor de la teja recomendó a las demandantes utilizar una en Aluzinc calibre 24, y no en aluminio. Esta modificación fue aceptada por FONADE y el Comité Operativo el 6 de septiembre de 2006, como consta en el acta No. 38 de seguimiento del contrato.

2.13.- El 3 de octubre de 2006 las contratistas solicitaron a FONADE que apropiara recursos adicionales para la terminación del velódromo debido a los mayores costos que se presentaron en la ejecución del contrato.

⁴ Cuaderno 2, Folios 28 al 31.



2.14.- El 30 de noviembre de 2006 las contratistas insistieron en que se reconocieran los mayores costos ocasionados por circunstancias imprevisibles *"en los que efectivamente se vio forzado a incurrir como consecuencia del cambio que debió introducir en la cimentación, la estructura en concreto y la estructura metálica de la cubierta, en el curso de aprobación del anteproyecto denominado B1, en el sentido de eliminar el anillo perimetral como elemento de soporte y por efecto de la modificación de las especificaciones técnicas de la teja de la misma cubierta, establecidas en las reglas de participación para acoger las recomendaciones de estabilidad y seguridad formuladas por los proveedores y por la firma Proyectistas Civiles Asociados PCA, asesores para el Diseño Estructural"*.

2.15.- FONADE negó el reconocimiento de los mayores valores reclamados a través de la comunicación del 1° de junio de 2007⁵.

2.16.- Las partes firmaron el acta de liquidación bilateral el 11 de agosto de 2009. Las contratistas se reservaron la facultad de reclamar por *"los perjuicios derivados de la ejecución contractual, particularmente lo relativo al mayor valor de la obra ante los cambios de especificaciones técnicas"*.

B. Posición de la demandada

3.- FONADE contestó la demanda⁶ y solicitó que se negaran las pretensiones por las siguientes razones:

3.1.- Las situaciones que según las demandantes causaron un desequilibrio económico, pertenecían a los riesgos propios de la actividad de las contratistas. A estas les correspondía efectuar los diseños, de acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del adendo No. 2 de las reglas de participación.

3.2.- FONADE nunca impuso a las contratistas cambios frente al proyecto arquitectónico. Así, las modificaciones al diseño que superaran el monto presupuestado por las contratistas pertenecían a la órbita de las demandantes.

3.3.- El contrato fue pactado bajo la fórmula de precio único sin fórmula de reajuste, regulada en el artículo 2060 del Código Civil. Es cierto que el Comité Técnico de FONADE hizo unas sugerencias a las contratistas, pero su determinación era responsabilidad de estas y la debieron adecuar al precio pactado en el contrato.

3.4.- Las contratistas no presentaron *"en ninguno de los Comités que se realizaron para la revisión y aprobación de las propuestas arquitectónicas, ni tampoco una vez aprobada la propuesta definitiva que debía desarrollarse, un presupuesto diferente a lo ofertado en su propuesta económica"*.

⁵ Cuaderno 1, Folios 269 – 281.

⁶ Cuaderno 3, Folios 317 a 338.



3.5.- Presentó las excepciones de mérito “transacción” porque las partes habían firmado el acta de liquidación bilateral y se liberaron mutuamente de cualquier obligación pendiente; “ausencia de configuración de la teoría de la imprevisión” regulada en el artículo 868 del Código de Comercio; “ausencia de enriquecimiento sin causa”; “desproporción de los perjuicios estimados en la demanda” y “ausencia o inexistencia de intereses”.

C. La sentencia recurrida

4.- El Tribunal Administrativo de Descongestión del Valle del Cauca con sede en Bogotá negó las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

4.1.- Según lo establecido en los pliegos de condiciones, para presentar su propuesta y elaborar los diseños las contratistas tenían la obligación de investigar la factibilidad técnica y económica de los materiales que utilizarían en la obra. En ese sentido, el mayor valor de la obra ejecutada por razón de los diseños efectuados por las contratistas era de su exclusiva responsabilidad.

4.1.1.- En el expediente estaba probado que las contratistas presentaron a FONADE varias propuestas de anteproyectos arquitectónicos, y que la entidad aprobó la B1 el 29 de noviembre de 2005, la cual fue ejecutada por las contratistas. No obstante, en ninguna de esas propuestas las contratistas informaron a FONADE que requerían hacer modificaciones al presupuesto, lo cual era necesario para que la entidad aprobara el mayor valor por razón de los diseños, según lo señalaba la cláusula segunda del contrato. El tribunal señaló textualmente sobre este particular: <<El contratista presentó sus alternativas de diseño arquitectónico para aprobación del comité, **sin que éstas incluyeran en ese momento específico cambios en los presupuestos de la oferta inicialmente contratada**, con el fin de lograr la autorización de la entidad contratante, tal y como lo estipulaba el parágrafo 4 de la cláusula dos del contrato, respecto de los ajustes al valor del contrato, los cuales debían legalizarse con autorización previa y escrita de la entidad contratante>>.

4.1.2.- Sólo hasta el 5 de octubre de 2006 y el 3 de noviembre de 2006 las contratistas presentaron una solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ante FONADE.

4.2.- No había prueba en el expediente de que FONADE hubiera constreñido a las contratistas a presentar un diseño específico o que las hubiera obligado a cambiar el diseño originalmente ofertado con la propuesta. Por el contrario, *“los diseños fueron presentados de manera autónoma”* por éstas.

D. Recurso de apelación



5.- En su recurso de apelación las demandantes solicitan la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que se acceda a las pretensiones de la demanda⁷.

5.1.- Reiteran los argumentos presentados en la demanda y aducen que desde agosto de 2006 informaron a FONADE de la existencia de los sobrecostos. Asimismo, indican que el tribunal no tuvo en cuenta que en el acta No. 3 de seguimiento del contrato FONADE aceptó el cambio de diseño de la cubierta, lo cual generó mayores costos. En el recurso se lee:

*“Mis prohijados habían determinado en sus diseños que la estructura por reutilizar correspondería al anillo perimetral existente. Sin embargo, al abrirse paso a la ejecución del proyecto, se descubrieron extremos más alejados de la cubierta que no podían ser soportados por el arco propuesto, por lo que se requirió incorporar una viga plana que permitiera el nacimiento de los tensores soporte de la cubierta para los costados laterales, dicha circunstancia se encuentra determinada y demostrada en el acta de seguimiento de **contrato No. 3 de la que se evidencia que hubo consenso entre los asistentes**, lo que incluye interventoría y FONADE, en la cual se aceptó que la mejor alternativa para superar esta dificultad sería la de optar por una cubierta ovalada (...).*

Como resultado de lo anterior, se le exigió al contratista desechar la utilización del anillo perimetral del cual pendían los tensores para ir a la cubierta, en su lugar se construyeron 4 columnas y sus contrapesos con cimentaciones profundas con pilotes fundidos in situ que incrementó la estructura metálica e impactó de forma negativa el valor del proyecto, pues no se trata de una deficiencia constructiva sino de un cambio de especificación necesario para la buena marcha del proyecto.

Lo mismo ocurrió con la teja cuya negativa de pago por FONADE impidió el justo reconocimiento al contratista”.

II. CONSIDERACIONES

6.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro de la oportunidad regulada en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, es decir, en el plazo de dos años seguidos a la firma del acta de liquidación bilateral. La liquidación bilateral fue firmada el 11 de agosto de 2009 y la demanda fue presentada en término el 25 de abril de 2010.

7.- Se confirmará la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

⁷ Cuaderno principal, Folios 433 - 443.



7.1.- Pese a que el interventor del contrato solicitó un cambio de especificaciones técnicas en el desarrollo del proyecto por razón de la supresión del anillo perimetral, lo cierto es que los mayores costos resultantes de dicha modificación debían ser autorizados por la entidad, en la forma estipulada en la cláusula segunda del contrato. Las demandantes no acreditaron esta circunstancia; no está probado que hubiesen informado FONADE sobre el mayor valor que suponía la supresión del anillo perimetral. Eso no se hizo en las reuniones en las que se adoptó la decisión de modificar los diseños, ni tampoco cuando la entidad adoptó el diseño definitivo.

7.2.- Adicionalmente, la Sala advierte que en este caso los perjuicios no están probados, pues el dictamen pericial fundamentó los sobrecostos en una proyección realizada con base en la propuesta presentada por las contratistas, pero no en documentos que dieran cuenta de los gastos en los que estas realmente incurrieron, como facturas, por ejemplo.

E.- El interventor tenía la facultad de sugerir la supresión del anillo perimetral, pero las modificaciones al presupuesto debían ser aprobadas por FONADE

8.- Para la Sala está acreditado que las reglas de participación determinaron que las contratistas reutilizarían el anillo perimetral de la obra en la ejecución del contrato. En efecto, el numeral 5 de las reglas de participación estipulaba lo siguiente:

*"Se deberá presentar una propuesta arquitectónica acorde con las condiciones climáticas, de vientos, de iluminación, uso del escenario deportivo (...) **y verificar que las nuevas cargas sean transmitidas y soportadas por el suelo y por el anillo perimetral existente (...)**".*

9.- Así mismo, la cláusula segunda del contrato suscrito entre las demandantes y FONADE establecía el valor total del contrato. Las partes pactaron que el contrato se pagaría por el sistema de precio global fijo sin fórmula de reajuste; y en el parágrafo cuarto de la mencionada cláusula las partes estipularon que las contratistas no ejecutarían actividades que generaran mayor valor a menos de que FONADE las aprobara por escrito:

"El valor total del presente contrato es la suma de tres mil ochocientos cincuenta y cuatro millones quinientos cuarenta y cuatro mil quinientos noventa y tres pesos con ochenta centavos (\$3.854.544.593,80) (...).

PARÁGRAFO: El contrato se pacta por el sistema de precio global fijo, sin fórmula de reajuste (...).

PARÁGRAFO 4. EL CONTRATISTA no ejecutará actividades que generen mayor valor del contrato sin la autorización escrita del funcionario delegado para suscribir el contrato. Cualquier actividad que



Radicado: 76001233100020100051701 (59975)
Demandantes: Heymocol Ltda. y Varela Fiholl & Compañía Ltda.

se realice sin esta autorización será asumida por cuenta y riesgo del CONTRATISTA, de manera que FONADE estará exenta de reconocer valores adicionales por tal concepto”.

10.- Adicionalmente, la cláusula décima del contrato disponía las funciones del interventor, entre las que se encontraba la facultad de *"Impartir las órdenes y sugerencias por escrito y formular las observaciones que estime convenientes sobre el desarrollo del contrato, pero siempre enmarcados dentro de los términos del mismo"*.

11.- Ahora bien, en el expediente está probado que, inicialmente, las contratistas presentaron a FONADE varias propuestas de diseño de cubierta plana en las que estaba previsto reutilizar el anillo perimetral, como consta en las actas del 20 y 24 de octubre de 2005.

11.1.- También está probado que las contratistas determinaron que ese diseño no era viable, por lo que el 29 de noviembre de 2005 sugirieron a FONADE adoptar un diseño de cúpula ovalada, el cual fue aceptado por la entidad.

11.2.- No obstante, en la mencionada reunión del 29 de noviembre de 2005 el interventor del contrato sugirió eliminar los tensores bajo la cubierta, lo que supuso la eliminación del anillo perimetral, así:

“ALTERNATIVAS DE DISEÑO.

Se informó a los asistentes de tres alternativas de diseño respecto a la cubierta plana rectangular presentada en la reunión anterior, a saber:

Cubierta ovalada formada por vigas de celosía en estructura metálica, soportada por cables suspendidos desde un arco metálico que es continuación de los contrafuertes existentes, viga canal en concreto.

B1. Ovalada terminando en forma de punta de diamante.

B2. Ovalada con forma similar al contorno de las graderías del velódromo.

B3. Ovalada con forma más redondeada.

Entre los asistentes existe un consenso general de que la mejor alternativa desde el punto de vista arquitectónico corresponde al tipo de cubierta plana rectangular presentada inicialmente. Sin embargo, el consorcio Constructor expone como razones a la sugerencia de modificación los siguientes aspectos importantes:



Económicos: La cubierta plana rectangular tiene área mayor en 2000 M2 que la hacen no viable económicamente.

Estructurales: Los extremos más alejados de la cubierta no pueden ser soportados por el arco propuesto y se requeriría la adición de una viga plana que permita el nacimiento de los tensores soporte de cubierta para los costados laterales.

Ante esta situación, basados en el consenso general y los conceptos del arquitecto Jaime Cárdenas, Asesor de Interventoría, se selecciona como cubierta a diseñar la correspondiente a la alternativa B1 (...).

El arquitecto Cárdenas, asesor de interventoría, sugiere los siguientes puntos a considerar:

- 1. Posibilidad de eliminar los tensores bajo la cubierta para lograr una estructura más limpia (...)**
2. Hacer el inicio de los tensores lo más limpio posible.
3. Estudiar la posibilidad de no tener los arcos de carga convergentes”.

12.- Si bien la cláusula décima del contrato facultaba al interventor a solicitar a las contratistas la eliminación de los tensores bajo la cubierta, lo cierto es que esta potestad no dejaba sin efecto las demás cláusulas que regían el negocio jurídico. Particularmente, las contratistas no podían omitir el procedimiento previsto en la cláusula segunda del contrato, la cual determinaba que FONADE debía autorizar por escrito cualquier modificación al presupuesto presentado en la oferta.

13.- No obstante, en el expediente no consta ninguna solicitud de parte de las contratistas en la que se informara a la entidad contratante el cambio de presupuesto y mucho menos una autorización de parte de FONADE en este sentido.

13.1.- La Sala advierte que en ninguna de las actas en las que se discutieron los diseños consta que las contratistas hubiesen informado del posible aumento del presupuesto por razón de la construcción de la cúpula ovalada y de la supresión del anillo perimetral. Incluso, para el 20 de febrero de 2006, fecha en que las contratistas presentaron a FONADE el proyecto arquitectónico definitivo que iban a ejecutar, tampoco consta que las contratistas hubieran solicitado la aprobación de la modificación al presupuesto.

13.2.- Esta misma consideración aplica para sobrecostos resultantes de la teja utilizada en la ejecución de la obra. Las contratistas tampoco informaron a la contratante sobre los supuestos mayores costos en los que incurrirían con el cambio de teja; y tampoco está acreditado que la entidad hubiera aprobado una modificación al presupuesto en este sentido.



14.- En todo caso, la Sala advierte que los contratos de obra por precio global, como el que es objeto de estudio, son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija y por lo tanto incluye todos los costos directos e indirectos en que incurrirá para la ejecución de la obra. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que en este tipo de contratos, en principio, no se hace el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, pues el contratista asume el deber de terminar la obra, sin perjuicio de que demuestre la ocurrencia del desequilibrio económico. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado⁸:

“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija. El valor pactado en un contrato a precio global incluye todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra. La suma así pactada, en principio, no da lugar al reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, dado que el contratista asume el deber de terminar la obra. En estos contratos la obra es vista como un todo –como algo indivisible– que debe ser culminada con los recursos que al efecto se estimaron desde el inicio. En consecuencia, al contratista le corresponde precaver que el valor del contrato debe incluir un margen de solvencia que le permita asumir los costos directos e indirectos del proyecto, tales como el posible incremento de las cantidades de obra inicialmente previstas, lo que no excluye la posibilidad de que se presente el desequilibrio económico del contrato, claro está siempre que se presenten los elementos para su configuración”.

14.1- Los contratos a precio global difieren de los contratos a precios unitarios. En esta última modalidad, la forma de pago se acuerda por cantidades de obra y el valor total del contrato corresponde al resultado de la multiplicación de las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada ítem. En los contratos a precios unitarios toda mayor cantidad de obra adicional a la ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida en la liquidación del contrato, pues el precio y las cantidades de obra pactadas corresponden simplemente a un estimativo inicial que puede sobrepasarse en la ejecución del contrato.

14.2.- De esta manera, la Sala negará las pretensiones de las contratistas porque la cláusula segunda del contrato establecía la manera en que la entidad debía aprobar las modificaciones al presupuesto, y no hay prueba de que FONADE hubiera aceptado por escrito las modificaciones al mismo.

15.- Finalmente, la Sala advierte que en el expediente obra un dictamen pericial con el que las contratistas pretendieron acreditar los mayores costos en que incurrieron con la adopción del diseño en el que se suprimía el anillo perimetral. Sin embargo,

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2020, C.P. Ramiro Pazos. Rad. 05001-23-31-000-1997-03054-01(41376)



dicho dictamen no acredita esos mayores valores porque no está fundamentado en medios de prueba que evidencien las erogaciones reales de las demandantes en la ejecución del proyecto. El perito se limitó a efectuar una simple proyección de los gastos en los que pudieron incurrir las contratistas a partir de la propuesta presentada.

F.- Costas

16.- La Sala se abstendrá de condenar en costas al no advertirse temeridad o mala fe.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia dictada el 26 de octubre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Descongestión del Valle del Cauca con sede en Bogotá que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA.- Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado