

PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCLUSIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INDEBIDA FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

[M]ientras que en el recurso de apelación el demandante procuró identificar una especie de incumplimiento que habría tenido lugar incluso antes de celebrarse el contrato, y “un claro desequilibrio contractual que debió soportar el contratista”; en los alegatos de conclusión de segunda instancia pretendió introducir toda una nueva consideración de reproche a la decisión del juzgador de primera instancia, que no había sido objeto del recurso de apelación, toda vez que el apelante señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había errado al fallar bajo la perspectiva de la teoría de la imprevisión. (...) si bien es verdad que todas las situaciones arriba descritas pueden llegar a tener lugar durante la ejecución de un contrato, las mismas no fueron identificadas, de manera clara, como pretensiones de la demanda, ni como elementos del recurso de apelación. De este modo, mientras que los artículos 137, 138 y 145 del CCA establecen que la demanda deberá contener, además de la individualización de aquello que se demanda, los fundamentos de derecho de las pretensiones, el deber se enunciar “clara y separadamente” las declaraciones y condenas que se pretende, así como la procedencia de la acumulación de pretensiones; la forma en la que fueron presentadas las pretensiones en la presente demanda podría llevar, como en efecto se produjo, a soluciones diversas basadas en fundamentos de derecho diferentes, pues los fundamentos de derecho del demandante fueron expuestos de manera absolutamente genérica, al hacer referencia a la “Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios [así como] las demás normas concordantes y complementarias”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 137 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 138 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 145

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la claridad de las pretensiones formuladas en la demanda, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2002, exp. 21.060. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2002, exp. 20.104.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / IUS VARIANDI / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA

[P]ara la Sala resulta de significativa importancia recordar que no todos los reconocimientos patrimoniales que tienen lugar como resultado de la actividad contractual del Estado se producen bajo el cobijo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, se debe tener presente que el incumplimiento contractual de una entidad pública constituye una clara manifestación de la responsabilidad patrimonial, responsabilidad que, tal y como ha sido señalado por la jurisprudencia, es una única institución jurídica, con independencia de que el daño haya tenido origen dentro o fuera de un contrato

administrativo, cuyo fundamento, en palabras de la propia Corte Constitucional, se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Dicho incumplimiento implica la falta de ejecución, la ejecución tardía o la ejecución defectuosa de las obligaciones contractuales, situación que se opone al cumplimiento contractual, que ocurre cuando el deudor adecúa su conducta al contenido de la prestación que emana del negocio jurídico. (...) Por otra parte se encuentra la llamada teoría de la imprevisión, como una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales, frente a la cual nos encontramos fuera de una manifestación de la responsabilidad patrimonial del Estado, particularmente, porque en esta precisa causal de ruptura, los hechos que la originan no pueden tener origen en la actividad de la administración, habida cuenta de que, por definición, deben de ser ajenos a la voluntad de las partes. (...) De esta manera, se debe recordar que la teoría de la imprevisión se configura cuando se presentan eventos posteriores a la celebración del contrato, ajenos a la voluntad de las partes, que afecten, de manera grave, el equilibrio económico. Circunstancias que dan lugar a un reconocimiento patrimonial por parte de la administración para llevar al contratista afectado a un punto de no pérdida. (...) Al hilo de las anteriores consideraciones, una situación distinta se configura frente a las eventuales modificaciones contractuales, las cuales, de llegar a tener origen en una conducta unilateral de la administración, nos ubicaría en el escenario del ejercicio de una facultad excepcional de modificación unilateral del contrato, o el ejercicio del llamado *ius variandi* (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993). (...) De manera entonces que las manifestaciones anteriores (el incumplimiento, la teoría de la imprevisión y el *ius variandi*) constituyen, todos, escenarios diferentes que acarrearán diversas consecuencias patrimoniales, de allí la importancia de su adecuada delimitación y entendimiento. (...) Precisamente, el entender y precisar esas disimilitudes, llevó a que esta Corporación debiera realizar las “precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato”, habida cuenta de que, entre otros, su manifestación tienen efectos directos sobre el carácter y el monto del reconocimiento patrimonial respectivo, como quiera que en sede de responsabilidad patrimonial tiene plena procedencia el principio de reparación integral del daño causado, mientras que frente a materialización de la teoría de la imprevisión la administración se verá obligada a llevar a su contratista a un punto de no pérdida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 16

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado con origen en el contrato, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Sobre las diferencias entre el incumplimiento del contrato, la ruptura del equilibrio económico del contrato y el *ius variandi* en los contratos del Estado, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.

ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / DEBERES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

[P]ara garantizar el acceso a la administración de justicia y, en todo caso, ceñido al objeto del recurso de apelación, se interpretarán las pretensiones para que puedan ser analizadas y despachadas correctamente. (...) la materialización del

principio de congruencia le impone al juzgador de segundo grado el deber de observar, en detalle, los argumentos del recurso de apelación para adoptar su decisión.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la interpretación de las pretensiones y el principio de congruencia en el recurso de apelación, ver: sentencia de abril 1 de 2009, exp. 32.800, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2002, exp. 21.060.

PLIEGO DE CONDICIONES / TÉRMINOS DE REFERENCIA / CUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / COMPONENTES DEL CONTRATO ESTATAL / ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL

Sin lugar a dudas, los pliegos de condiciones (términos de referencia para el caso concreto), forman parte esencial del contrato, lo que los erige como una fuente de derechos y obligaciones a ser tenidas en cuenta por quien estudia el contrato y su correspondiente ejecución.

CONTRATO DE CONSULTORÍA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / ESTUDIO PREVIO PARA OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL / TRANSMILENIO

[V]isto el alcance de las obligaciones, resulta evidente que estaba en cabeza del contratista la obligación de entregar los estudios definitivos aprobados por las entidades competentes, lo que, por definición, hacía que existieran unas primeras entregas parciales, que le permitirían justamente a la administración presentar su correcciones y observaciones para que fueran subsanadas en los plazos contractuales que las partes se dieron en el respectivo acuerdo de voluntades. (...) El demandante identificó lo que, a su juicio, serían las modificaciones contractuales, entre las que se encontraban el corredor vial de la troncal, el diseño del parqueadero intermedio de la hoja, el diseño del portal de cabecera y patio taller, el diseño de las intersecciones a desnivel, el diseño de estructuras adicionales no previstas en los términos de referencia del concurso de méritos, así como los cambios en la forma de ejecutar el proyecto, situaciones que lo habrían llevado a realizar ajustes a los informes iniciales relacionados con los estudios básicos. En las referidas modificaciones, aunque el recurrente no lo señaló expresamente, el demandante parecería pretender identificar la configuración de un ejercicio unilateral de modificación de las obligaciones contractuales (potestad que podría ser ejercida en este contrato de conformidad con el Estatuto Contractual y con la propia cláusula 13 del contrato 147 de 2002, que incorporó al contrato “las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993”); sin embargo, las situaciones anteriormente descritas no modificaron el contrato en el sentido de haber adicionado obras o trabajos diferentes a los que estaban incluidos en el objeto contractual, sino que estaban comprendidos, precisamente, dentro de su alcance. Por ello, las situaciones que parecerían haberse elevado como pretensiones, resultado de un eventual ejercicio unilateral de modificación de las obligaciones contractuales, en realidad obedecían al contenido obligacional en cabeza del consultor (...) Adicionalmente, aunque la parte actora insistió en que las situaciones por él descritas se originaron en la actividad de las entidades demandantes, lo que hizo que el Consorcio se viera obligado a asumir un proyecto por 18 meses, y no durante los 8 meses que estaban previstos en el contrato original, tal y como fue advertido por el juzgador

de primera instancia, este argumento no resulta de recibo toda vez que, dado que las partes adicionaron, en varias oportunidades, el contrato, el plazo de ejecución final fue de 15 meses y 10 días. (...) Por demás, no se entiende cómo el contratista pretendió el reconocimiento y pago adicional por actividades como la del estudio de títulos, al supuestamente identificar “una actividad adicional que el IDU solicitó en agosto de 2002”, cuando, precisamente, en el contrato adicional N° 1, celebrado en diciembre de 2011, se pactó esa obligación en cabeza del consultor, lo que se hizo de la mano del reconocimiento de una adición en el valor del contrato por más de 380 millones de pesos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 15 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 16 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 17

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBJETO DEL CONTRATO / ETAPA PRECONTRACTUAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / ETAPA PRECONTRACTUAL / PRESTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN / DEBER DE COLABORACIÓN / DEBERES DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL

En lo relativo a la segunda inconformidad que fue presentada como un eventual incumplimiento contractual de la entidad contratante, el contratista pretendió presentar un debate en sede de incumplimiento de una situación que habría ocurrido con anterioridad a la celebración del contrato mismo, (...) el incumplimiento que parece identificar no se desprende de una obligación contractual contraída por la administración en el acuerdo celebrado, sino que devendría de una situación previa al nacimiento de las obligaciones contractuales. (...) Si el contratista tenía algún tipo de prevención sobre el alcance de las obligaciones contractuales, y sobre la verdadera posibilidad de cumplir el objeto contractual, dada la información y los estudios que había adelantado previamente la entidad y, en particular, “la indefinición que existía en la mayoría de productos a entregar”, debió manifestarlo desde la etapa precontractual, habida cuenta de que, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, el contratista tiene el deber de colaborar con la administración, en observancia del principio de planeación, de manera que, entre otros, le corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, además deben abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencien que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. De manera entonces que no se observa ninguna obligación contractual que haya sido incumplida por la entidad contratante, lo que llevará a la Sala a denegar, de igual manera, esta segunda pretensión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00097(48676)

Actor: CONSORCIO SILVA FAJARDO Y CIA LTDA. - SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A. - SEDIC S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y EMPRESA DEL TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Incumplimiento contractual - Equilibrio económico de los contratos – Facultades excepcionales – Modificación unilateral – Imprevisión.

Síntesis del caso: el Consorcio solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios que habría sufrido durante la ejecución del contrato de consultoría.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia de 31 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite de primera instancia – 1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

1.1. La demanda y su trámite de primera instancia

1. El 26 de febrero de 2007 el Consortio Silva Fajardo y CIA Ltda. - Silva Carreño y Asociados S.A. -Sedic S.A. (Consortio), a través de apoderado judicial, presentó **demanda**¹ en contra del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio (Transmilenio S.A.) con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

¹ Folios 2-38 del cuaderno principal.

"Que se declare que en la ejecución del contrato 147-2002, de fecha 22 de marzo de 2002, celebrado entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A., de una parte, y de la otra el CONSORCIO SILVA FAJARDO Y CIA LTDA. - SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A. -SEDIC S.A, se presentó un rompimiento de la ecuación contractual, por causas no imputables al Contratista, que afectó sus legítimos intereses económicos, ocasionándole como consecuencia un detrimento patrimonial injustificado.

Que el rompimiento de la ecuación económica ocurrido en desarrollo del contrato 147 de 2002, se presentó como consecuencia exclusiva de las acciones y omisiones de las entidades demandadas durante la etapa previa a la adjudicación del contrato y durante su ejecución.

Que se declara que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. incumplieron el contrato 147 de 2002.

Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. son solidariamente responsables de todos los sobrecostos, mayores valores, costos adicionales, honorarios, intereses, y en general de todos los daños y perjuicios en que incurrió el CONSORCIO SILVA FAJARDO Y CIA LTDA. - SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A. -SEDIC S.A, y sus integrantes, para la ejecución del contrato 147 de 2002.

Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar al CONSORCIO SILVA FAJARDO Y CIA LTDA. - SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A. -SEDIC S.A, y a las sociedades que lo integran, la suma de [...] 2.459'421.481 [...].

Condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. al pago de intereses de mora sobre las sumas reconocidas en el fallo, a la tasa de interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, que a la fecha de presentación de la demanda, asciende a la suma de [...] 944'657484,64 moneda corriente, más las tercera parte (1/3) de dicha tasa, sin exceder la máxima permitida por la ley, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero de la cláusula tercera del contrato 147 de 2002, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta cuando se produzca su pago efectivo.

Condenar solidariamente al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. al pago de todas las costas y gastos del proceso [...]"

2. En la **demanda**² y en el correspondiente escrito de **corrección**³, la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

3. 1) Como resultado de un concurso público, el 22 de marzo de 2004 se suscribió el contrato 147 de 2002, celebrado entre el IDU y el Consorcio, mediante el cual el contratista se obligó, por el sistema de precio global fijo, a realizar los estudios y diseños de la Troncal Norte-Quito-Sur, desde la Avenida Paseo de los Libertadores al límite del Distrito de Bogotá con Soacha. El valor del contrato fue de \$4.566'478.749, y el término para su ejecución se fijó en 8 meses contados a partir de la firma del acta de inicio, lo cual tuvo lugar el 11 de abril de 2002.

4. 2) Durante la ejecución contractual se celebraron 4 contratos adicionales: 1) 11 de diciembre de 2002, mediante el cual se adicionó el valor inicial en \$381'667.614 y se prorrogó el plazo en 110 días calendario; 2) 26 de marzo de 2003, por el cual se adicionó el valor del contrato en \$394'400.143; 3) 20 de mayo de 2003, que adicionó el plazo de ejecución en un mes; 4) 20 de junio de 2003, por el cual se prorrogó el plazo de ejecución en un mes.

5. 3) El 7 de diciembre se suscribió el acta final de recibo y liquidación del contrato, acta en la cual el contratista dejó plasmado su desacuerdo con la liquidación, habida cuenta de que durante la ejecución del contrato se habían presentado costos adicionales. *“En consecuencia el Consorcio se reserva el derecho a reclamar directamente ante la entidad la suma de [...] \$2.817'630.617, correspondiente a los costos adicionales que la ejecución del contrato 147 de 2002 le representó, y en caso de no reconocimiento de esta suma, a recurrir a los mecanismos y acciones legales pertinentes [...]”*.

² Folios 2-38 del cuaderno principal.

³ El 24 de septiembre de 2007 se presentó escrito de **corrección de la demanda**, en el cual se modificó la pretensión de condena al IDU y a Transmilenio S.A., a un valor 2'881.531.480, y se ajustó la suma pretendida por los intereses de mora sobre las sumas que fueran reconocidas en el fallo, la cual, a la fecha de presentación de la reforma, ascendía a 1.867'970.679. (fls. 214-300 del cuaderno principal).

6. 4) Mediante comunicaciones de 26 de enero, 29 de marzo y 25 de julio de 2005, el Consorcio le reiteró al IDU la solicitud de reconocimiento de los costos adicionales *“y propuso someter esta controversia ante un árbitro o ante un amigable componedor sin tener ninguna respuesta por parte del IDU”*.

7. 5) En el trascurso de la ejecución de los estudios y diseños *“el IDU introdujo cambios sustanciales en los alcances, la forma de ejecución, los plazos y contenidos de los productos”*, lo que constituyó un hecho imprevisible para el Consorcio, además de haber desconocido las cláusulas del contrato.

8. 6) Sostuvo el demandante que los cambios, en los cuales el Consorcio no tuvo injerencia alguna, *“lo afectaron de manera grave en materia económica al tener que repetir innumerables veces el trabajo contratado y mantener un grupo de más de 100 especialistas, profesionales, auxiliares, personal administrativo, equipos y logística durante 18 meses adicionales al plazo inicial”*, cuando se había establecido un plazo inicial de 8 meses.

9. 7) Mientras que el IDU, al elaborar el presupuesto de los estudios, estableció como valor de los diseños el 4% del monto de las obras, el porcentaje pagado por los diseños apenas alcanzó el 0,47%, es decir, casi la décima parte del valor, *“lo que se tradujo en la práctica en un monumental desequilibrio económico del contrato”*.

10. 8) *“Los hechos que generaron este enorme desfase son de total responsabilidad de las entidades contratantes [...] convirtiéndose en situaciones imprevisibles e irresistibles para el Consorcio [quien] mediante permanente hostigamiento y amenazas de multa se vio obligado a cumplir con un contrato en condiciones sustancialmente diferentes a las que se podían inferir o prever al preparar y presentar la propuesta y suscribir luego el contrato”*.

11. 9) Los cambios adoptados por el IDU están relacionados con la definición del corredor de la troncal (7 modificaciones, fls. 11-13 del cuaderno principal); el diseño del parqueadero intermedio de la hoja (3

modificaciones, fl. 14 del cuaderno principal); el diseño del portal de cabecera y patio taller (2 modificaciones, fl. 16 del cuaderno principal); el diseño de las intersecciones a desnivel (6 modificaciones, fls. 20 y 21 del cuaderno principal y 5 modificaciones de la intersección de la calle 92, fls. 22 y 23); el diseño de estructuras adicionales no previstas en los términos de referencia del concurso de méritos.

12. 10) Como resultado de los cambios de decisión y de la forma de ejecutar el proyecto, el Consorcio se vio obligado a realizar ajustes a los informes iniciales relacionados con los estudios básicos, en particular, sobre el plan de manejo ambiental, el estudio de tránsito, el informe de pavimentos, los registros topográficos, estudio de títulos y estudios sociales y el plan de silvicultura.

13. 11) Finalmente, para el demandante, mientras que en el contrato se había establecido una forma de pago con un anticipo del 20% y siete pagos mensuales, correspondientes a las respectivas entregas mensuales pactadas, el programa fue modificado, lo que generó un desfase entre los pagos previstos originalmente en el contrato y los pagos realizados, *“lo que causó un desequilibrio económico”*.

14. El 9 de agosto de 2007 Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió la demanda**⁴. Por su parte, mediante Auto de 24 de enero de 2008 se resolvió admitir la demanda respecto de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio, Transmilenio S.A., luego de que fuera subsanada la inadmisión respecto de esta entidad, así como **admitir la corrección de la demanda**⁵.

15. El IDU **contestó la demanda**⁶ y su **corrección**⁷, escritos en los que se opuso a las pretensiones. Para la entidad, en consideración a los lineamientos y requerimientos de los términos de referencia del concurso de méritos, las actividades que debió adelantar el Consorcio no obedecieron a modificaciones, cambios ni trabajos adicionales, *“sino al*

⁴ Folio 55 del cuaderno principal.

⁵ Folio 308 del cuaderno principal.

⁶ Folios 58-72 del cuaderno principal.

⁷ Folios 314-329 del cuaderno principal.

trasegar de una consultoría con las características propias de una troncal a desarrollar en una ciudad construida, por lo tanto, era de conocimiento del Consultor que los planteamientos expuestos para adelantar los diseños estarían sujetos a revisión, comentarios y observaciones por parte de las entidades competentes con el fin de lograr el producto final y la respectiva aprobación". De esta manera, los productos preliminares, parciales y las alternativas son procesos del desarrollo de la ejecución contractual que contribuyeron a la consecución del producto final.

16. Para la entidad, si se llegó a presentar una alteración en el flujo de caja del consultor, fue debido a que este no obtuvo las aprobaciones requeridas para el aval de los pagos respectivos por parte de la interventoría, ya que el pago final estaba sujeto a las referidas aprobaciones de los diseños.

17. El IDU presentó las excepciones que denominó "*inexistencia del incumplimiento del contrato y ausencia de rompimiento de la ecuación contractual*", donde recordó que los términos de referencia, en el apartado referido al alcance de los trabajos, señalaron que los trabajos comprendían "*la elaboración de los estudios y diseños [...] y los demás que se consideren técnicamente necesarios, hasta obtener los planes de diseño definitivos de construcción aprobados por las entidades competentes, y las cantidades de obra con presupuesto requeridas para poder licitar la construcción*". En el mismo sentido, los términos de referencia establecieron que "*todas las observaciones, recomendaciones y normas que dicten las empresas de servicios públicos y demás entidades del orden Distrital y Nacional en especial el DAPD para este proyecto deben ser atendidas por el Consultor*".

18. En conclusión, para la entidad, el consultor conoció y aceptó los términos del proyecto, lo que implicaba aceptar que los estudios y diseños debían ser presentados de conformidad con las especificaciones técnicas suministradas por las entidades respectivas. De manera que, si en el proceso el contratista debió atender observaciones y correcciones, estas se hicieron para lograr la aprobación definitiva de los diseños, y no como requerimientos adicionales, pues resultaba "*apenas obvio que ante un producto con deficiencias, debían acogerse en su totalidad las exigencias y argumentos técnicos*" que expusieron las entidades encargadas. Por ello,

mal podría el contratista reclamar un presunto desequilibrio económico del contrato cuando los hechos constituyeron situaciones perfectamente previsibles por el consultor.

19. En los respectivos **alegatos de conclusión** la entidad demandada reiteró los argumentos que habían sido expuestos en los respectivos escritos de contestación de la demanda y de contestación a la corrección de la demanda⁸. El demandante, por su parte, presentó sus respectivos alegatos en los cuales, además de reiterar los argumentos de la demanda, sostuvo que si bien, en las prórrogas al contrato suscritas por él, había aceptado que estas no causarían costos adicionales, indicó que *“tales declaraciones no fueron producto de una expresión de voluntad libre y espontánea por parte del Consorcio, sino de la situación creada por las dos entidades contratantes, que llevó a que el Consorcio tuviera que aceptar la suscripción de tales documentos, es decir, presionado bajo amenaza de multas y frente la negativa del pago de las cuentas, con lo cual cualquier contratista puesto en similares circunstancias hubiera accedido a la suscripción de tales documentos”*⁹.

20. El 31 de mayo de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia**¹⁰ en la cual resolvió **negar las pretensiones** de la demanda.

21. Para el Tribunal el estudio del caso se centraba en determinar si había existido o no una ruptura del equilibrio económico del contrato originada en la teoría de la imprevisión, habida cuenta de que *“la causa petendi de la presente acción busca el reconocimiento de unos costos adicionales que alega el actor, no tiene por qué asumir”*.

22. El juzgador de primera instancia sostuvo que no resultaban de recibo las afirmaciones del contratista, cuando señaló que se había visto obligado a mantener su personal y recursos operativos durante 18 meses y no durante 8 meses, como estaba previsto en el contrato original, pues las partes habían adicionado el contrato, lo que dio como resultado un plazo de ejecución real de 15 meses y 10 días.

⁸ Folios 420-426 del cuaderno principal.

⁹ Folios 427-496 del cuaderno principal.

¹⁰ Folios 524-563 del cuaderno del Consejo de Estado.

23. Indicó que, de conformidad con los términos de referencia, el consultor debía entregar al IDU los *“diseños definitivos aprobados por la interventoría y revisados por las distintas entidades y no productos parciales, preliminares no elaborados en su totalidad, resultado del análisis de alternativas y propuestas sujetas a correcciones, lo cual era de conocimiento del actor desde su comienzo”*.

24. Para el Tribunal *“ninguna de las circunstancias aducidas por el actor como imprevistos, son irresistibles, pues se tiene probado que ocurrieron por su falta de diligencia [de conformidad con el informe final de interventoría]. En consecuencia, no se trata de condiciones externas que permitan la aplicación de la teoría de la imprevisión como lo alega el demandante, lo anterior no implica que el contratista tenga que asumir todos los cambios que indique la entidad, pero los hechos aducidos como inesperados, fueron considerados como probables en los términos de referencia y en los contratos adicionales”*.

25. Toda vez que el valor final del contrato fue de \$5.342'546.506 (si se tienen en cuenta las adiciones contractuales), esta suma incluyó el pago completo a que tenía derecho el consultor como contraprestación por la ejecución del objeto contractual. Asimismo, *“dado que el contratista manifestó, tanto en la propuesta técnica como en el acta de iniciación de la obra, que conocía las características de la zona en la que se desarrollaría la obra, debió probar que los imprevistos desbordaron sus previsiones por irresistibles y no simplemente por el tiempo en que se prorrogó la ejecución del contrato, la cual fue convenida por las partes mediante adiciones del contrato”*. Consideraciones que llevaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a concluir que no se había presentado la pretendida ruptura del equilibrio económico.

26. Asimismo, el Tribunal encontró probada la objeción por error grave al dictamen pericial, habida consideración de que el perito, *“en lugar de limitarse a contestar el cuestionario, explicando las razones técnicas de sus respuestas, emite concepto sin soporte alguno, restándole objetividad a sus apreciaciones, pues están fundadas en la información suministrada por el Consorcio [...]”*.

1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

27. El 16 de julio de 2013 la parte demandante presentó **recurso de apelación**¹¹ en contra de la Sentencia de primera instancia, en el cual introdujo argumentos adicionales a los expuestos en la demanda para sostener que, “[...] a pesar de que las partes hubieran estado de acuerdo en la prórroga y la eventual renuncia a reclamar sobrecostos por los hechos generadores de las mismas, tal declaración de voluntad se torna ineficaz a la luz de lo preceptuado por el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, conforme al cual serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en los literales que integran dicho numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos allí enunciados”. El actor citó, en particular, los literales c), d) y e), relacionados con la necesidad de establecer, con precisión, las condiciones de costo y calidad de los bienes; la no inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad y la definición de reglas que no induzcan a error a los proponentes. Manifestó que, como “la norma en comento torna ineficaz cualquier acuerdo entre las partes que vulnere alguna de las disposiciones contenidas en cualquiera de sus literales, [ello conduce a que] el solo acuerdo de las partes en este sentido no pueda tener carácter vinculante y menos para el contratista [...]”.

28. Asimismo, señaló que aunque las condiciones de cumplimiento de las obligaciones y el alcance de los trabajos quedaron consignadas en los términos de referencia y en el contrato, ello no impidió que en el desarrollo contractual se hubieran presentado eventos que variaron las condiciones bajo las cuales el contratista debió cumplir con sus obligaciones, “tornando excesivamente onerosa su ejecución, por razones ajenas a la conducta contractual del contratista. En esa medida, no se trata de que en el contrato o en sus adiciones se hubiera determinado expresamente las obligaciones a cargo del contratista, lo que impediría reclamar

¹¹ Folios 565-571 del cuaderno del Consejo de Estado.

sobrecostos por su ejecución, sino que la variación en las condiciones de ejecución le representó al contratista una carga excesivamente onerosa que no está en la obligación de asumir”.

29. Para el actor, los términos de referencia marcaron un límite temporal de ejecución de 8 meses para cumplir las obligaciones, “plazo que no se cumplió por razones que no le son imputables al contratista”. De manera adicional, ninguna de las causas que dieron lugar a la suscripción de los contratos adicionales obedeció a motivos imputables al contratista “lo que lleva a concluir que la extensión en el plazo no se originó por circunstancias atribuibles al consultor sino a la entidad contratante, que no hizo una adecuada planeación”.

30. Para el apelante la afirmación de la Sentencia sobre la falta de diligencia del contratista riñe con la realidad contractual, “pues por el contrario el contratista puso a disposición del contrato toda su capacidad organizacional y sus habilidades gerenciales [...] con algún nivel de éxito si se tiene en cuenta que finalmente cumplió con las metas contractuales”.

31. “Finalmente es importante anotar que tal y como se consignó en las pretensiones de la demanda, lo que se configura es un incumplimiento contractual de parte de la entidad contratante en la medida en que no llevó a cabo los estudios de prefactibilidad ni factibilidad necesarios para que los diseños pudieran adelantarse en forma armónica y adecuada. [además del] claro desequilibrio contractual que debió soportar el contratista, como en desarrollo de la demanda se explicó, y que no pueden asumirse como probables, como se hace en la sentencia, porque en realidad se trató de incumplimientos contractuales de la entidad”.

32. Mediante Auto de 9 octubre de 2013 se **admitió el recurso de apelación**¹². En la oportunidad para **alegar de conclusión** la parte demandante, además de insistir en que “las modificaciones introducidas al proyecto [...] dieron lugar a la alteración del equilibrio financiero del contrato”, adicionó nuevas consideraciones (diferentes a las que habían sido formuladas en la demanda y en el recurso de apelación) para señalar

¹² Folio 577 del cuaderno del Consejo de Estado.

que el enfoque con el que se había abordado el estudio del caso por parte del Tribunal de primera instancia, no correspondía con “*el petitum, ni con la causa petendi*”, por lo que “*no era bajo la perspectiva de la ocurrencia de eventos imprevistos e irresistibles que ha debido acometerse el estudio de las pretensiones, como se hizo, sino bajo el estudio de la conducta contractual de las demandadas integrada por la serie de acciones y omisiones en la etapa previa y durante la ejecución del contrato, y los incumplimientos contractuales en que estas incurrieron, generadores en conjunto del desequilibrio contractual alegado*”. Por ello “*el título de imputación de la responsabilidad que les concierne a las entidades demandadas en este caso no puede analizarse bajo la óptica de la teoría de la imprevisión sino de la conducta de las entidades contratantes en la etapa previa y en el desarrollo del contrato*”. Por su parte, la **entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio**.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Hechos probados - 2.3. Problema jurídico - 2.4. Sobre el incumplimiento contractual y el equilibrio económico de los contratos estatales - 2.5. Caso concreto - 2.6. Sobre la condena en costas

2.1. Jurisdicción y competencia

33. El presente asunto es de conocimiento de la **jurisdicción de lo contencioso administrativo** por tratarse de una demanda en la que se pretendió el reconocimiento de perjuicios derivados de la ejecución de un contrato celebrado por una entidad estatal¹³.

34. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

2.2. Hechos probados

¹³ Artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

35. En consideración a los **medios de prueba** regularmente aportados al proceso, se acreditaron los siguientes hechos relevantes¹⁴:

36. Contrato 147 de 2002, celebrado entre el IDU y el Consorcio, cuyo objeto (cláusula primera) consistió en la realización de los estudios y diseños de la troncal Norte Quito Sur, desde la Avenida Paseo de los Libertadores al límite del Distrito con Soacha¹⁵.

37. Contrato adicional N°1, suscrito el 11 de diciembre de 2002, en el que se adicionó el valor total del contrato en \$381'667.614 y se prorrogó el plazo de ejecución en 110 días calendario, y en el cual se ataron los pagos al cumplimiento de las fechas de entrega que fueron allí establecidas¹⁶.

38. Contrato adicional N° 2, firmado el 26 de marzo de 2003, que incrementó el valor total del contrato en \$394'400.143, y en el cual se ataron los pagos al cumplimiento de las fechas de entrega que fueron fijadas¹⁷.

39. Contrato adicional N° 3, suscrito el 20 de mayo de 2003, en el que, no solo se prorrogó el plazo de ejecución en un mes, sino que se modificó la forma de pago y el cronograma para la entrega de productos¹⁸.

40. Contrato adicional N° 4, suscrito el 20 de junio de 2003, en el que se prorrogó el plazo de ejecución contractual en un mes¹⁹.

41. Acta final de recibo y liquidación del contrato²⁰, en la cual consta como fecha de terminación del contrato el 21 de julio de 2003, y donde se

¹⁴ Asimismo, obran en el expediente, en 222 anexos, otros documentos relevantes como la Resolución 805 de 8 de marzo de 2002, por la cual se adjudicó el concurso público IDU-CM-GMT-028-2001 (fls. 1-3 del cuaderno de anexos 4); el acta de inicio del contrato (fls. 10-12 del cuaderno de anexos 4); las comunicaciones del Consorcio dirigidas al IDU en las que le solicitó que se estudiara y reconociera la procedencia de los sobrecostos que habría ocasionado la ejecución contractual (fls. 44-69 del cuaderno de anexos 4); el dictamen pericial (fls. 1-18 del cuaderno anexo dictamen pericial); las actas de diligencia de testimonio de Miguel Antonio Rey Sastoque, Mauricio Villamizar Ramírez, Oswaldo Ladino Chaves, Jorge Enrique Sáenz Samper, Diego Mauricio Melo, José Vicente Sáenz Pardo y Mario Fernando Bernal Vargas (fls. 619-647 de cuaderno 15 de anexos).

¹⁵ Folios 4-9 del cuaderno de anexos 4.

¹⁶ Folios 13-16 del cuaderno de anexos 4.

¹⁷ Folios 17-20 del cuaderno de anexos 4.

¹⁸ Folios 21-24 del cuaderno de anexos 4.

¹⁹ Folios 30-31 del cuaderno de anexos 4.

consagró que el Consorcio *"deja expresa constancia sobre su desacuerdo con la liquidación contenida en esta acta, toda vez que la ejecución del Contrato N° 147 de 2002 le representó costos adicionales [...] En consecuencia, el Consorcio se reserva el derecho a reclamar directamente ante la entidad la suma de 2.817.630.617"*.

42. Términos de referencia del concurso público N° IDU-CM-GTM-028-2001, cuya cláusula 1.19.2 estableció el alcance de los trabajos en el siguiente sentido: *"los trabajos comprenden la elaboración de los estudios y diseños descritos en el numeral 1.19.1 para lo cual el Consultor deberá ejecutar los estudios y diseños requeridos de acuerdo con lo indicado en detalle en los capítulos: 4. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO, 5- ALCANCE DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS Y 6. INVESTIGACIÓN DE REDES, y los demás que se consideren técnicamente necesarios, hasta obtener los planos de diseño definitivos de construcción aprobados por las entidades competentes y las cantidades de obra con presupuesto requeridas para poder licitar la construcción"*²¹.

2.3. Problema jurídico

43. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si durante la ejecución del contrato de consultoría el contratista sufrió algún menoscabo patrimonial que deba ser reconocido y soportado por la entidad contratante.

44. Con relación al problema jurídico, luego de que fueran presentadas y admitidas la demanda y su respectiva corrección, el demandante pretendió, en distintas oportunidades procesales, introducir nuevas consideraciones que, eventualmente, variarían el objeto del litigio. Así, a pesar de no haberlo puesto de presente como un elemento de su demanda, en los alegatos de conclusión de primera instancia indicó que las prórrogas del contrato que había suscrito (en las que se había aceptado que las mismas no causarían costos adicionales) *"no fueron*

²⁰ Folios 34-44 del cuaderno de anexos 4.

²¹ Folios 70 y ss. del cuaderno de anexos 4.

producto de una expresión de voluntad libre y espontánea por parte del Consorcio [sino que se vio] presionado bajo amenaza de multas y frente a la negativa del pago de las cuentas". Esto es, aparentemente pretendió identificar un vicio del consentimiento para, en alguna medida, elevar una tacha frente a las cuatro modificaciones contractuales que fueron suscritas.

45. Asimismo, mientras que en el recurso de apelación el demandante procuró identificar una especie de incumplimiento que habría tenido lugar incluso antes de celebrarse el contrato, y *"un claro desequilibrio contractual que debió soportar el contratista"*; en los alegatos de conclusión de segunda instancia pretendió introducir toda una nueva consideración de reproche a la decisión del juzgador de primera instancia, que no había sido objeto del recurso de apelación, toda vez que el apelante señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había errado al fallar bajo la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

46. La eventual confusión en el tratamiento del caso, que el demandante identificó y que expuso en los alegatos de conclusión de segunda instancia, se originó en la propia actuación que él mismo desplegó a lo largo del proceso, ya que en las diversas etapas procesales sostuvo, al tiempo, que los hechos habían constituido una situación *"imprevisible e irresistible"* para el contratista, a lo que sumó consideraciones sobre un eventual incumplimiento contractual de la entidad, además de la identificación de algunas supuestas modificaciones contractuales, así como un eventual vicio del consentimiento en la suscripción de las prórrogas contractuales.

47. Ahora, si bien es verdad que todas las situaciones arriba descritas pueden llegar a tener lugar durante la ejecución de un contrato, las mismas no fueron identificadas, de manera clara, como pretensiones de la demanda, ni como elementos del recurso de apelación. De este modo, mientras que los artículos 137, 138 y 145 del CCA establecen que la demanda deberá contener, además de la individualización de aquello que se demanda, los fundamentos de derecho de las pretensiones, el

deber se enunciar "*clara y separadamente*" las declaraciones y condenas que se pretende, así como la procedencia de la acumulación de pretensiones; la forma en la que fueron presentadas las pretensiones en la presente demanda podría llevar, como en efecto se produjo, a soluciones diversas basadas en fundamentos de derecho diferentes, pues los fundamentos de derecho del demandante fueron expuestos de manera absolutamente genérica, al hacer referencia a la "*Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios [así como] las demás normas concordantes y complementarias*".

48. Dado este panorama, el juzgador de primera instancia debió realizar un ejercicio de interpretación de la demanda, en la que circunscribió el problema jurídico a determinar si resultaba procedente "*declarar el rompimiento de la ecuación contractual por causas no imputables al contratista [...] ocasionándole como consecuencia un detrimento patrimonial injustificado, analizada desde la teoría de la imprevisión*". Interpretación del problema jurídico que no fue impugnada en el respectivo recurso de apelación, y frente a la cual el demandante no expresó reparos sino hasta los alegatos de conclusión de segunda instancia.

49. Las anteriores consideraciones llevan a que la Sala deba presentar, de manera previa a la resolución del caso concreto, una breve consideración sobre el incumplimiento contractual y el equilibrio económico del contrato estatal que permita dar claridad a las diversas e indefinidas consideraciones del demandante presentadas a lo largo del proceso; sin olvidar, en todo caso, el objeto y alcance del recurso de apelación, que implica que el recurrente deba "*señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales debe ceñirse el juez*"²².

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2002, exp. 21.060. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2002, exp. 20.104.

2.4. Sobre el incumplimiento contractual y el equilibrio económico de los contratos estatales

50. Como primera medida, para la Sala resulta de significativa importancia recordar que no todos los reconocimientos patrimoniales que tienen lugar como resultado de la actividad contractual del Estado se producen bajo el cobijo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, se debe tener presente que el incumplimiento contractual de una entidad pública constituye una clara manifestación de la responsabilidad patrimonial, responsabilidad que, tal y como ha sido señalado por la jurisprudencia, es una única institución jurídica, con independencia de que el daño haya tenido origen dentro o fuera de un contrato administrativo, cuyo fundamento, en palabras de la propia Corte Constitucional, se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia²³. Dicho incumplimiento implica la falta de ejecución, la ejecución tardía o la ejecución defectuosa de las obligaciones contractuales, situación que se opone al cumplimiento contractual, que ocurre cuando el deudor adecúa su conducta al contenido de la prestación que emana del negocio jurídico.

51. Por otra parte se encuentra la llamada teoría de la imprevisión, como una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales, frente a la cual nos encontramos fuera de una manifestación de la responsabilidad patrimonial del Estado, particularmente, porque en esta precisa causal de ruptura, los hechos que la originan no pueden tener origen en la actividad de la administración, habida cuenta de que, por definición, deben de ser ajenos a la voluntad de las partes. Así fue precisado por esta Corporación, cuando concluyó: “[...] *la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta [...]*”²⁴.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.

52. De esta manera, se debe recordar que la teoría de la imprevisión se configura cuando se presentan eventos posteriores a la celebración del contrato, ajenos a la voluntad de las partes, que afecten, de manera grave, el equilibrio económico. Circunstancias que dan lugar a un reconocimiento patrimonial por parte de la administración para llevar al contratista afectado a un punto de no pérdida.

53. Al hilo de las anteriores consideraciones, una situación distinta se configura frente a las eventuales modificaciones contractuales, las cuales, de llegar a tener origen en una conducta unilateral de la administración, nos ubicaría en el escenario del ejercicio de una facultad excepcional de modificación unilateral del contrato, o el ejercicio del llamado *ius variandi* (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993).

54. De manera entonces que las manifestaciones anteriores (el incumplimiento, la teoría de la imprevisión y el *ius variandi*) constituyen, todos, escenarios diferentes que acarrearán diversas consecuencias patrimoniales, de allí la importancia de su adecuada delimitación y entendimiento.

55. Precisamente, el entender y precisar esas disimilitudes, llevó a que esta Corporación debiera realizar las “*precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato*”²⁵, habida cuenta de que, entre otros, su manifestación tienen efectos directos sobre el carácter y el monto del reconocimiento patrimonial respectivo, como quiera que en sede de responsabilidad patrimonial tiene plena procedencia el principio de reparación integral del daño causado, mientras que frente a materialización de la teoría de la imprevisión la administración se verá obligada a llevar a su contratista a un punto de no pérdida.

2.5. Caso concreto

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571.

56. Como se señaló en el acápite del problema jurídico, las diversas consideraciones presentadas por el demandante se concretaron en determinar si durante la ejecución del contrato de consultoría el contratista sufrió algún menoscabo patrimonial que debiera ser reconocido y soportado por la entidad contratante. De esta manera, a pesar del entendimiento que pretendió darle el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la demanda, que lo llevó a decidir el caso en estudio bajo la teoría de la imprevisión, cuando se observan las pretensiones del demandante y, en especial, de la lectura detallada del recurso de apelación, se evidencia que, en efecto, el contratista no procuró elevar una pretensión de restablecimiento que estuviera basada en un hecho externo y ajeno a la voluntad de las partes, del que se hubiese podido desprender la llamada teoría de la imprevisión, sino que identificó una situación que le resultaba atribuible a la actuación de la entidad contratante. Por lo anterior, para garantizar el acceso a la administración de justicia y, en todo caso, ceñido al objeto del recurso de apelación, se interpretarán las pretensiones para que puedan ser analizadas y despachadas correctamente.

57. En este sentido, esta Corporación, en un caso de similar alcance, había considerado: “[D]e conformidad con lo expuesto, aun cuando a la luz de los conceptos previamente examinados la formulación de las pretensiones resultaría anti-técnica, la Sala, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental del consorcio contratista a acceder a la administración de justicia y en virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, abordará el examen del caso concreto desde la perspectiva del incumplimiento contractual”²⁶.

58. La lectura integral del recurso permite evidenciar que la inconformidad se centró: 1) en señalar que durante el desarrollo del contrato se presentaron “eventos y circunstancias que variaron las condiciones bajo las cuales el contratista debió cumplir con las obligaciones a su cargo, tornando excesivamente onerosa su ejecución, por razones ajenas a la

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571.

conducta contractual del contratista", variaciones de criterios y en la forma de ejecución del contrato que configurarían el ejercicio de la facultad de modificación unilateral del contrato y que *"condujeron a un claro desequilibrio contractual"*. 2) En el mismo sentido, en el párrafo final del recurso, el apelante identificó la existencia de un eventual incumplimiento contractual de la entidad *"en la medida en que no llevó a cabo los estudios de prefactibilidad ni factibilidad necesarios para que los diseños pudieran adelantarse en forma armónica y adecuada"*. 3) De manera adicional, el recurrente pretendió elevar una consideración sobre un eventual vicio del consentimiento que tornaría *"ineficaz cualquier acuerdo entre las partes"*, consideración que no fue objeto de análisis en la Sentencia de primera instancia, pues no había sido objeto de las pretensiones²⁷.

59. En atención a las anteriores consideraciones se analizarán los argumentos de la apelación para resolver el caso, lo anterior en el entiendo de que la materialización del principio de congruencia le impone al juzgador de segundo grado el deber de observar, en detalle, los argumentos del recurso de apelación para adoptar su decisión. Precisamente, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, señaló: *"[...] el límite material para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen [...]. En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley,*

²⁷ La Sala pone de presente que el recurrente no materializó ningún cargo frente a la objeción por error grave en contra del dictamen pericial que declaró el juzgador de primer grado. Esto es, no se sustentó ningún reproche, ni ningún cargo específico, que llevara a la Sala a tener que realizar un pronunciamiento sobre el particular.

toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia²⁸ de la sentencia como el principio dispositivo"²⁹.

60. De cara a la primera de las inconformidades relativas a las eventuales modificaciones que habría introducido la entidad contratante en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato, lo primero que se debe observar son las obligaciones contraídas por las partes en el contrato de consultoría. En este sentido, el alcance de los trabajos a ejecutar estaba delimitado, primero, por el clausulado negocial, así como por los términos de referencia del concurso de méritos.

61. Al observar el clausulado del contrato, queda clara la obligación del contratista de entregar los estudios y diseños conforme a lo señalado en los términos de referencia. Esto es precisamente lo que se desprende de la cláusula primera del contrato, que desarrolló su objeto (se transcribe): *"OBJETO: El CONSULTOR se obliga con el IDU por el sistema de precio global fijo, a realizar los ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LA TRONCAL NORTE QUITO SUR, DESDE LA AVENIDA PASEO DE LOS LIBERTADORES AL LÍMITE DEL DISTRITO CON SOACHA, EN BOGOTÁ D.C., de conformidad con los Términos de Referencia y la propuesta presentada el 1 de febrero de 2002, documentos que hacen parte del presente contrato"*.

62. Al mismo tiempo, dentro de las obligaciones del consultor, consagradas en la cláusula sexta del contrato 147 de 2002, se encontraban (se transcribe):

"1) ejecutar el contrato de conformidad con lo previsto en los términos de referencia, la propuesta y el presente contrato. 2)

²⁸ (Cita original). En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

"De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional".

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2002, exp. 21.060.

Presentar en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, todas las correcciones y observaciones que se le hayan formulado, plazo que empezará a contar a partir de la fecha en que las solicite el IDU [...] 5) Mantener al frente de los trabajos todos los recursos necesarios para el normal y completo desarrollo del objeto contractual. Igualmente deberá contar con el personal técnico requerido y realizar los ensayos de laboratorio y de campo necesarios. 6) Mantener al frente de los trabajos como mínimo el personal exigido en los términos de referencia".

63. Por otro lado, en el numeral 1.19.2 de los términos de referencia se estableció: *"los trabajos comprenden la elaboración de los estudios y diseños descritos en el numeral 1.19.1 para lo cual el Consultor deberá ejecutar los estudios y diseños requeridos de acuerdo con lo indicado en detalle en los capítulos: 4. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA TRANSMILENIO, 5- ALCANCE DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS Y 6. INVESTIGACIÓN DE REDES, y los demás que se consideren técnicamente necesarios, hasta obtener los planos de diseño definitivos de construcción aprobados por las entidades competentes y las cantidades de obra con presupuesto requeridas para poder licitar la construcción"*³⁰. Sin lugar a dudas, los pliegos de condiciones (términos de referencia para el caso concreto), forman parte esencial del contrato, lo que los erige como una fuente de derechos y obligaciones a ser tenidas en cuenta por quien estudia el contrato y su correspondiente ejecución.

64. De este modo, visto el alcance de las obligaciones, resulta evidente que estaba en cabeza del contratista la obligación de entregar los estudios definitivos aprobados por las entidades competentes, lo que, por definición, hacía que existieran unas primeras entregas parciales, que le permitirían justamente a la administración presentar sus correcciones y observaciones para que fueran subsanadas en los plazos contractuales que las partes se dieron en el respectivo acuerdo de voluntades.

65. El demandante identificó lo que, a su juicio, serían las modificaciones contractuales, entre las que se encontraban el corredor vial de la troncal, el diseño del parqueadero intermedio de la hoja, el diseño del portal de cabecera y patio taller, el diseño de las intersecciones a desnivel, el diseño

³⁰ Folios 70 y ss. del cuaderno de anexos 4.

de estructuras adicionales no previstas en los términos de referencia del concurso de méritos, así como los cambios en la forma de ejecutar el proyecto, situaciones que lo habrían llevado a realizar ajustes a los informes iniciales relacionados con los estudios básicos. En las referidas modificaciones, aunque el recurrente no lo señaló expresamente, el demandante parecería pretender identificar la configuración de un ejercicio unilateral de modificación de las obligaciones contractuales (potestad que podría ser ejercida en este contrato de conformidad con el Estatuto Contractual y con la propia cláusula 13 del contrato 147 de 2002, que incorporó al contrato "*las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993*"); sin embargo, las situaciones anteriormente descritas no modificaron el contrato en el sentido de haber adicionado obras o trabajos diferentes a los que estaban incluidos en el objeto contractual, sino que estaban comprendidos, precisamente, dentro de su alcance. Por ello, las situaciones que parecerían haberse elevado como pretensiones, resultado de un eventual ejercicio unilateral de modificación de las obligaciones contractuales, en realidad obedecían al contenido obligacional en cabeza del consultor

66. Adicionalmente, aunque la parte actora insistió en que las situaciones por él descritas se originaron en la actividad de las entidades demandantes, lo que hizo que el Consorcio se viera obligado a asumir un proyecto por 18 meses, y no durante los 8 meses que estaban previstos en el contrato original, tal y como fue advertido por el juzgador de primera instancia, este argumento no resulta de recibo toda vez que, dado que las partes adicionaron, en varias oportunidades, el contrato, el plazo de ejecución final fue de 15 meses y 10 días.

67. Por demás, no se entiende cómo el contratista pretendió el reconocimiento y pago adicional por actividades como la del estudio de títulos, al supuestamente identificar "*una actividad adicional que el IDU solicitó en agosto de 2002*", cuando, precisamente, en el contrato adicional N° 1, celebrado en diciembre de 2011, se pactó esa obligación

en cabeza del consultor³¹, lo que se hizo de la mano del reconocimiento de una adición en el valor del contrato por más de 380 millones de pesos.

68. En lo relativo a la segunda inconformidad que fue presentada como un eventual incumplimiento contractual de la entidad contratante, el contratista pretendió presentar un debate en sede de incumplimiento de una situación que habría ocurrido con anterioridad a la celebración del contrato mismo, toda vez que indicó que se habría presentado un *"incumplimiento contractual de parte de la entidad contratante en la medida en que no llevó a cabo los estudios de prefactibilidad ni factibilidad necesarios para que los diseños pudieran adelantarse en forma armónica y adecuada"*.

69. Frente a esta solicitud, se recuerda que *"[C]onstituye requisito sine qua non para que se abra paso la pretensión de incumplimiento contractual, la existencia y la validez de la obligación que se dice incumplida"*³². El demandante omitió realizar esta identificación, que resulta básica y primaria para poder adelantar cualquier análisis en sede de incumplimiento contractual, entre otras cosas, porque el incumplimiento que parece identificar no se desprende de una obligación contractual contraída por la administración en el acuerdo celebrado, sino que devendría de una situación previa al nacimiento de las obligaciones contractuales.

70. Si el contratista tenía algún tipo de prevención sobre el alcance de las obligaciones contractuales, y sobre la verdadera posibilidad de cumplir el objeto contractual, dada la información y los estudios que había adelantado previamente la entidad y, en particular, *"la indefinición que existía en la mayoría de productos a entregar"*, debió manifestarlo desde la etapa precontractual, habida cuenta de que, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, el contratista tiene el deber de colaborar con la administración, en observancia del

³¹ Folios 13-16 del cuaderno de anexos 4.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013, exp. 20.524.

principio de planeación, de manera que, entre otros, les corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, además deben abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencien que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. De manera entonces que no se observa ninguna obligación contractual que haya sido incumplida por la entidad contratante, lo que llevará a la Sala a denegar, de igual manera, esta segunda pretensión.

71. Finalmente, en lo que respecta a la supuesta ineficacia de las estipulaciones contractuales que habría tenido lugar con la celebración de los contratos adicionales y de las prórrogas contractuales, se debe señalar que este argumento resulta resulta ser una consideración nueva, que no hizo parte de la demanda, extemporáneo, el cual, de llegar a realizarse un pronunciamiento de fondo en esta instancia, sorprendería a la administración y violaría su derecho a la defensa y al debido proceso, toda vez que la entidad demandada no ha tendio la oportunidad de pronunciarse frente al él. Situación similar ocurre con los supuestos vicios del consentimiento, los cuales solo fueron puestos de presente hasta los alegatos de conclusión de primera instancia, sin haber sido objeto de las pretensiones demanda.

2.6. Sobre la condena en costas

72. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

3. DECISIÓN

73. 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: CONFIRMAR la Sentencia de 31 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA