



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 050012331000200600318 01 (58895)**

**Actor: CONSULTELT LTDA.**

**Demandado: UNE EPM TELECOMUNICACIONES**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: RÉGIMEN CONTRACTUAL DE EPM / en vigencia de la Ley 689 de 2001 – PRECISIONES EN TORNO A LOS INSTITUTOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / en el caso concreto no se alegan causas alteradoras del equilibrio sino de responsabilidad por la inobservancia de las reglas del pliego de condiciones / EFECTOS DERIVADOS DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ANTE LA MANIFESTACIÓN DE CONFORMIDAD DEL CONTRATISTA / observancia de la buena fe contractual – imposibilidad de obrar contra los actos propios

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de diciembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

### **1. Síntesis del caso**

La presente controversia gira en torno al incumplimiento del contrato No. 050114649,

celebrado entre Empresas Públicas de Medellín y la sociedad Consultel Ltda. que tenía por objeto la instalación y el mantenimiento de redes de abonado fibra óptica coaxial, el cual se atribuye al ente público por apartarse de las reglas del pliego de condiciones y haber alterado unilateralmente, por conducto de la interventoría, las condiciones iniciales de su ejecución a causa de las reiteradas órdenes para repetir visitas no exitosas a los usuarios de las redes.

## 2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 18 de octubre de 2005 por la sociedad Consultel Ltda., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en adelante EPM, a través de la cual solicitó:

- Que se declarara que EPM incumplió el contrato No. 050114649 celebrado con Consultel Ltda. el 13 de septiembre de 2002, cuyo objeto consistió en la instalación de redes de abonado, operación y mantenimiento de la red híbrida fibra coaxial en las zonas de influencia de EPM, por haber modificado unilateralmente las condiciones de ejecución con lo cual se le causó al contratista un desequilibrio económico derivado de los sobrecostos que debió asumir.
- Que como consecuencia, se condenara a EPM E.S.P a pagar a Consultel Ltda., lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“2.1.- Sobrecostos por mayor tiempo empleado en la ejecución de las actividades contratadas en los ítemes 3 a 13 del contrato, derivados de la repetición de las visitas no exitosas, que a la fecha se estiman en trescientos cincuenta y ocho millones seiscientos cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y ocho pesos ml (\$358.658.828), o lo que el perito dentro del proceso logre establecer.*

*“2.2.-Sobrecostos por el pago adicional de transporte derivados de la repetición de visitas no exitosas que a la fecha se estiman en sesenta y seis millones seiscientos treinta mil seiscientos cuatro pesos ml (\$66'630.604)”.*

## 3. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos que sirven como cimiento del debate:

**3.1.** Que, como resultado del procedimiento de selección No. 006631, el 13 de septiembre de 2002, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad Consultel Ltda. celebraron el contrato No. 050114649, cuyo objeto consistió en la *“Instalación de redes de abonado, operación y mantenimiento de la red híbrida fibra coaxial (HFC) en las zonas de influencia de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., incluidos los municipios del oriente cercano”*.

**3.2.-** Que el plazo pactado fue de 210 días calendario y el inicio de su ejecución tuvo lugar el 23 de septiembre de 2002.

**3.3.-** Que, mediante acta bilateral No. 1, se amplió el plazo del contrato hasta el 19 de junio de 2003 y se adicionó su valor en \$62'000.0000.

**3.4.-** Que, posteriormente fue suscrita el acta de modificación bilateral No. 2 mediante la cual las partes extendieron el plazo en treinta días, que vencieron el 19 de julio de 2003, fecha en que culminó el contrato.

**3.5.-** Que, durante la ejecución del contrato, se presentaron circunstancias que altearon el equilibrio económico, tales como:

- La interventoría ordenó al personal operativo del contratista, a espaldas del directivo, la realización de actividades que no estaban previstas en el pliego de condiciones, como: cambiar la estética de los bucles, templar la red, conexión de cables, cambios de correas cristalizadas, adición de correas en instalaciones existentes, entre otras.
- EPM entregó tardíamente las órdenes de trabajo para su ejecución, al contratista.
- La ejecución de actividades consistentes en las visitas “no exitosas” a las residencias de los usuarios realizadas por las parejas de instaladores y que se consideraban fallidas por ausencia del cliente o por imposibilidad técnica para su realización, lo que generó sobrecostos al tener que repetir visitas constantemente, sin previa programación, cuestión que impactó la economía del contrato, debido a que su realización se había acordado por actividad y no por horas de trabajo.

#### **4. Fundamentos de derecho**

La parte actora argumentó que la conducta asumida por la entidad pública contratante vulneró de forma directa los artículos 1498 y 1603 del Código Civil, los artículos 871 y 8360 del Código de Comercio, normas que, en síntesis, regulaban la conmutatividad del contrato y la buena fe contractual.

#### **5. Actuación procesal**

**5.1.** El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 10 de marzo de 2006, admitió la demanda y ordenó su notificación a la demandada y al Ministerio Público.

#### **6. Contestación de la demanda**

##### **6.1. Empresas Públicas de Medellín**

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legalmente establecido.

Frente a los hechos, sostuvo que algunos eran ciertos, otros no le constaban y el resto debía probarse.

Como razones de la defensa adujo que el contratista debió pedir a EPM las aclaraciones del caso frente al tratamiento que debía darse frente a las visitas no exitosas, por lo que, al no hacerlo, la entidad interpretó que no existía duda en relación con el procedimiento a seguir.

Señaló que las condiciones de ejecución variaron por cuenta de la suscripción de las modificaciones 1 y 2 al contrato, a lo que añadió que, de conformidad con el documento precontractual, EPM podría ordenar modificaciones a los planos y a las especificaciones por conducto de la interventoría y, en caso de que tales modificaciones alteraran el plazo y el precio del contrato, las partes definieran los ajustes que de allí se derivaran.

Precisó que, según el pliego de condiciones, el contratista debía cumplir las órdenes impartidas por la interventoría, ya fueran de carácter verbal o escrito sin perjuicio del derecho de protestar que le asistía por considerar que las instrucciones escapaban de la órbita del contrato.

Señaló que no se cumplieron las instrucciones impartidas en las reuniones llevadas a cabo entre las partes para proceder al pago de las visitas realizadas por razones inherentes al desarrollo comercial del producto, bajo las órdenes de la interventoría.

Indicó que, con apego a lo reflejado en la factura No. 3196, se evidenciaba que EPM pagó a la contratista las actividades y materiales adicionales a las previstas en las condiciones iniciales del contrato.

Adicionalmente, formuló las excepciones denominadas: *“falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que EPM TELECOMUNICACIONES S.A. asumió los derechos y pasivos de la entidad contratante”* e *“Inexistencia de la obligación y la genérica”*.

## **6.2. EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P**

En el término de fijación en lista, EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., mediante escrito, solicitó que se tuviera en cuenta su intervención en el proceso en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, en razón a que por virtud de la escisión que se dio en materia de telecomunicaciones de Empresas Públicas de Medellín, aquella había adquirido los pasivos y obligaciones que tenía EPM, dentro de los cuales se hallaba comprendido el presente litigio.

Por lo demás, en su escrito de contradicción coincidió con las razones de defensa esgrimidas inicialmente por EPM en su contestación.

## **7. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal de primera instancia resolvió el litigio en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Luego de verificar los presupuestos procesales de la acción, el *a quo* estimó que el problema jurídico se circunscribía a establecer si en el contrato celebrado entre EPM E.S.P. y Consultel Ltda. se causó un desequilibrio económico en contra de los intereses del contratista, por causas no imputables a este, y si fue reclamado oportunamente ante la entidad demandada.

Una vez efectuado el correspondiente análisis del acervo probatorio, el Tribunal advirtió que la interventoría estaba contractualmente facultada para cambiar las condiciones pactadas por los contratantes, así como para dar órdenes verbales o escritas al contratista, sin perjuicio de que este pudiera elevar las reclamaciones derivadas de esa situación.

Estimó que, en síntesis, la discusión sobre las órdenes impartidas por la interventoría, estribaba en las exigencias elevadas a Consultel para que repitieran las visitas no exitosas.

Consideró que, de acuerdo con lo declarado en las pruebas testimoniales, el problema radicó en que en el pliego no se había regulado lo atinente a la repetición de las visitas no exitosas, lo cual generó inconvenientes entre las partes frente a la ejecución de esa actividad, pues para la interventoría la visita no exitosa se configuraba cuando se hacían tres intentos fallidos en un mismo inmueble, mientras que para Consultel ello era contrario al documento precontractual, en tanto solo se requería de una visita fallida para que fuera pagada como no exitosa.

Indicó que lo anterior motivó la realización de una reunión para definir los términos en que procedía el pago de la visita no exitosa, no obstante lo cual, al no haber quedado constancia escrita de lo allí discutido, se ignoraba el acuerdo que sobre el particular lograron las partes.

Advirtió que el personal del contratista, encargado de la dirección de la obra, no estuvo atento a las órdenes de trabajo que daba la interventoría para su adecuado control, ni tampoco relató a sus superiores lo acontecido.

Precisó que tampoco se dieron los requisitos para proceder al pago de las actividades adicionales, con lo cual concluyó que el contratista no fue diligente con la organización de sus frentes de trabajo y el manejo de los inconvenientes presentados durante la ejecución, al punto de que solo informó de estos a la entidad cuando ya había terminado el contrato.

En suma, señaló que los perjuicios derivados del desequilibrio económico devinieron de la propia culpa del contratista.

## **8. El recurso de apelación**

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el fin de que fuera revocada y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Al inicio de su argumentación, alegó que, gracias al dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia, se hallaba acreditado el desequilibrio económico del contrato 050114649 en detrimento de los intereses de Consultel Ltda., que se tradujo en los sobrecostos de los ítemes 3 a 13 del formulario de precios, relacionados con la mano de obra y transporte en que debió incurrir por el tiempo adicional empleado con ocasión de las visitas no exitosas que debieron repetirse.

El segundo aspecto de inconformidad radicó en que, a diferencia de lo estimado por el Tribunal, el desequilibrio no se dio por causas atribuibles al contratista sino a la entidad estatal. Para soportar su dicho, luego de hacer una referencia a las previsiones contenidas tanto en el pliego de condiciones como en el contrato, concluyó que la interventoría cambió las especificaciones del pliego sin agotar lo establecido en el numeral 1.2 del documento precontractual, amén de repetir visitas sin previa programación, con lo cual se alteraron los rendimientos del contratista, al modificar unilateralmente los ritmos de ejecución.

Al respecto, adujo (se transcribe de forma literal incluso por posibles errores):

*“El numeral 5.6.11 del pliego de condiciones de condiciones solamente regulaba lo concerniente a la visita no exitosa por pareja de instaladores, pero la interventoría sin agotar lo establecido en el numeral 1.21 del pliego de condiciones obligó al personal de Consultel Ltda. a repetir visitas no exitosas el mismo día, cuando habían transcurrido horas desde la primera visita y a kilómetros de distancia, perjudicando de contera, la programación que llevaban no solo esa pareja de instaladores, sino también las otras dos parejas que compartían el microbús”.*

Explicó que, si bien en la reunión llevada a cabo el 2 de octubre de 2002 se acordó que atendiendo al pliego de condiciones no podía ordenarse de forma inconsulta y sin previa programación que las parejas de operarios repitieran la visita a un inmueble al que ya se había ido, la interventoría desconoció dicho convenio y continuó emitiendo las mismas órdenes de manera verbal.

A lo dicho agregó que las instalaciones de red se habían pactado en orden a que su pago se hiciera por actividad no por horas, estructura económica que se vio afectado

por los requerimientos elevados por el interventor para la repetición de las visitas sin importar los horarios de programación del contratista.

En adelante, sostuvo que, de acuerdo con los testimonios de los señores Edilson Ariel Blandón García, Luisa Fernanda Gutiérrez García, Gilberto de Jesús Rodríguez Góez y Édison Ospina Rúa, se hallaba plenamente demostrado en el proceso que, por orden de la interventoría, se realizaron labores de mantenimiento y arreglo sobre las instalaciones ya existentes para las cuales no habían sido contratados y, en muchas ocasiones, se repitieron las visitas ya efectuadas pero que no fueron exitosas por causas no imputables al contratista.

Con base en lo afirmado concluyó que la interventoría desnaturalizó la estructura del acuerdo contractual y generó un desequilibrio en contra de la parte demandante, debido a que los cambios ordenados no fueron concertados previamente con el contratista y las órdenes impartidas no fueron elevadas a escrito como lo requería el pliego.

## **9. Actuación en segunda instancia**

**9.1.** En providencia del 23 de mayo de 2017, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

**9.2.** Mediante auto del 28 de junio de 2017, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto. En el término otorgado, las partes demandante y demandada E.P.M. Telecomunicaciones S.A. E.S.P. presentaron sus escritos de alegaciones, en los cuales, básicamente, reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes. El Ministerio Público guardó silencio.

## **I. CONSIDERACIONES**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa; **4)** régimen jurídico del Contrato No. 050114649 celebrado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Consultel Ltda.; **5)** algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias; **6)** análisis de la

apelación: **6.1)** las visitas no exitosas: **6.1.1)** la facultad de la interventoría de impartir cambios y modificaciones a los planos y especificaciones no se desvinculó del control y vigilancia de la entidad; **6.1.2)** la necesidad de repetir las visitas no exitosas no constituyó un cambio de las especificaciones del pliego de condiciones; **6.1.3)** los supuestos sobrecostos en que habría incurrido el contratista a causa de la repetición de las visitas no exitosas no son atribuibles a la entidad contratante y **7)** costas.

## **1.- Competencia del Consejo de Estado**

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas a cuyo tenor se consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias relativas al incumplimiento del Contrato No. 050114649, celebrado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P.<sup>1</sup> y la sociedad Consultel Ltda.

A este asunto fue vinculada como demandada Empresas Públicas de Medellín, transformada en empresa industrial y comercial del Estado a través de Acuerdo 69 de 1997. Así las cosas, al ostentar la naturaleza de entidad pública, esta jurisdicción es competente para dirimir la controversia.

También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$358'658.828, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$190'750.000)<sup>2</sup>, exigida en la Ley 446,

---

<sup>1</sup> Mediante Acuerdo 69 expedido por el Concejo Municipal de Medellín el 23 de diciembre de 1997, se *“transforma el establecimiento público denominado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en una Empresa Industrial y Comercial del Estado”*, bajo el nombre de *EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.*, cuyo objeto social es *“la prestación de servicios públicos domiciliarios”* (artículos 1 y 2).

<sup>2</sup> El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 18 de octubre de 2005, correspondió a \$381.500.

promulgada el 8 de julio de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

## **2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual**

Observa la Sala que las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato No. 050114649, celebrado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad Consultel Ltda., aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

En orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que el contrato No. 050114649, supuestamente incumplido, como se profundizará más adelante, se gobernó por las normas del derecho privado, cuestión que lleva a la Sala a reiterar en esta oportunidad la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de la caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

**“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.**

**“Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado”<sup>3</sup> (Se destaca).**

El contrato No. 050114649, en cuya ejecución se habría presentado el alegado incumplimiento, fue celebrado el 13 de septiembre de 2002, entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P y la sociedad Consultel Ltda.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero, postura reiterada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en decisión del 14 de octubre de 2015, proferida dentro del expediente número 48502, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

<sup>4</sup> Folios 4 a 6 del anexo.

De conformidad con su cláusula cuarta, el plazo se convino en 210 días calendario, o menos si el valor del contrato se agotaba antes, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. Igualmente, con apego a lo dispuesto en esa misma cláusula, en consonancia con el numeral 4.11 del pliego de condiciones las partes convinieron un plazo adicional de tres meses para su liquidación de mutuo acuerdo.

El 23 de septiembre de 2002 se suscribió el acta de inicio, por lo que su plazo, en principio, vencía el 21 de abril de 2003.

El 21 de abril de 2003<sup>5</sup>, las partes suscribieron el acta de modificación bilateral No. 1, mediante la cual acordaron ampliar el plazo de ejecución hasta el 19 de junio de 2003, por no haberse agotado el presupuesto.

El 20 de junio de 2003, las partes suscribieron el acta de modificación bilateral No. 2, por la cual extendieron el período de ejecución hasta el 19 de julio de 2003, llegado el cual venció el término pactado.

Desde entonces, en atención al término convencional estipulado, las partes contaban con tres meses para adelantar la etapa de liquidación bilateral sin que durante ese lapso se hubiera llegado a un acuerdo.

Así pues, dado que los tres meses para surtir la etapa de liquidación vencieron el 19 de octubre de 2003, a partir de ese momento inició el cómputo de los dos años del término de caducidad de la acción contractual.

En estas condiciones, al haberse presentado la demanda el 18 de octubre de 2005, se concluye que su interposición se llevó a cabo dentro del término legalmente establecido.

### **3.- Legitimación en la causa**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de tal

---

<sup>5</sup> Si bien en el texto del acta se plasman varias fechas de su firma, lo que ofrece dudas en cuanto a su fecha de celebración, de conformidad con los documentos denominados "*resumen para la liquidación del contrato*", se tiene que la fecha de dicha modificación No. 1 data del 21 de abril de 2003. Ver folio 156 del anexo.

suerte que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria –aunque no suficiente– para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró o no la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

En línea con lo advertido, ocurre que la legitimación en la causa en el ejercicio de la acción contractual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.<sup>6</sup> se reservó a las partes co-contratantes de la relación obligacional, restricción que conlleva al entendimiento de que el daño o perjuicio por cuya indemnización se entabla el litigio tiene como fuente el negocio jurídico, del cual solo pueden desprender derechos y obligaciones, a través de este cauce procesal, quienes conforman uno de los extremos del mismo.

### **3.1. Por activa**

Con base en estos conceptos, le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Consultel Ltda. para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico identificado con el número 050114649, escenario en el que se produjeron los supuestos de hecho que son materia de reclamación.

---

<sup>6</sup> C.C.A. **“Artículo 87. De las controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“(…).

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

### **3.2. Por pasiva**

Le asiste legitimación en la causa por pasiva a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para integrar el extremo demandado, dada su calidad de contratante del acuerdo en cuyo desarrollo se gestó la controversia.

Igualmente, se reconoce legitimación en la causa por pasiva a EPM Telecomunicaciones E.S.P., creada en virtud de la escisión que en materia de telecomunicaciones sufrió Empresas Públicas de Medellín E.S.P., suceso con ocasión del cual aquella adquirió derechos y obligaciones de esta última, entre ellas, las litigiosas, según lo dispuesto por el Acuerdo 45 de 2005 y la que fue vinculada a la causa en calidad de litisconsorte necesario mediante providencia del 25 de octubre de 2007.

### **4.- Régimen jurídico del Contrato No. 050114649 celebrado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Consultel Ltda.**

Para la época en que se dio apertura al procedimiento de selección No. 006631 – junio de 2002- y en que se celebró el contrato No. 050114649 -13 de septiembre de 2002- que surgió como producto del mismo, la entidad contratante, Empresas Públicas de Medellín, se hallaba constituida como una empresa industrial y comercial del Estado bajo la forma de empresa de servicios públicos.

En efecto, de conformidad con el artículo 1º de los estatutos de EPM, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, su naturaleza jurídica correspondía a una empresa industrial y comercial del Estado<sup>7</sup>.

Igualmente, por mandato del artículo 15 en concordancia con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, cuya modificación introducida por la Ley 689 de 2001 se hallaban vigente para la época en que se adelantó el procedimiento de selección y se suscribió el contrato génesis de la controversia, se tiene que Empresas Públicas de Medellín, dada su condición de empresa de servicios públicos en su actividad contractual no se hallaba sometida a las normas del Estatuto de Contratación Estatal, salvo lo dispuesto en el

---

<sup>7</sup> “Personalidad jurídica. La empresa industrial y comercial del Estado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., es una persona jurídica del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio. Sus actuaciones se sujetarán a las reglamentaciones establecidas en la ley y en estos estatutos. Es, en consecuencia, sujeto de los derechos y obligaciones inherentes a la personalidad jurídica, de conformidad con las normas generales que para este tipo de actividades le sean aplicables”.

inciso segundo del artículo 31<sup>8</sup>, relativo a la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales y a la misma remisión expresa que a la aplicación de dicho compendio hacía la misma Ley 142 de 1994 en los casos especiales previstos en su artículo 39.

Así pues, en consideración a que el objeto del contrato No. 050114649, consistente en *“efectuar los trabajos necesarios para la instalación de redes de abonado, operación y mantenimiento de la red híbrida fibra coaxial (HFC), en las zonas de influencia de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., incluidos los municipios del Oriente Cercano”*, no guarda identidad con los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos señalados en el artículo 39 de la Ley 142, se concluye que su régimen se informó por la regla general que en materia de actividad contractual estableció la Ley 142 de 1994, con la reforma adoptada a través de la Ley 689 de 2001, esto es, por las normas del derecho privado.

## **5.- Algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias**

La presente controversia tiene como fundamento el supuesto incumplimiento del contrato 050114649 atribuido a EPM por haber cambiado unilateralmente las condiciones iniciales y haber causado la ruptura de su equilibrio económico.

Según el demandante, la economía del contrato se fracturó como consecuencia de las visitas no exitosas que constantemente debieron repetirse por órdenes de la interventoría, lo cual contrarió las previsiones del pliego de condiciones y generó sobrecostos que deben ser reconocidos en favor del contratista.

Con base en lo anterior, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular, con el fin de determinar el tratamiento jurídico que debe dispensarse para resolver el caso concreto.

---

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

*“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

Cabe destacar que el instituto del equilibrio económico del contrato no corresponde a una figura privativa de los negocios jurídicos gobernados por el derecho público, dado que, por vía de principio, está llamado a imperar en todas las relaciones negociales bilaterales, con independencia del régimen jurídico que las informe. Así lo explicó esta Sala al indicar:

*“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado<sup>9</sup>, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales<sup>10</sup>, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares<sup>11</sup> en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público”<sup>12</sup>.*

---

<sup>9</sup> Cita original de la referencia. “ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión”.

*“El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

*“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”* (Código de Comercio).

<sup>10</sup> Cita original de la referencia. BENITEZ CAORCI, Juan J. “La Revisión del Contrato”. Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pág. 71-72. *“A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual”.*

<sup>11</sup> Cita original de la jurisprudencia en referencia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas.

Contrario sensu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

---

*“A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.*

*En torno a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad.*

(...).

*El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.*

*Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.*

<sup>12</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Postura reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 27 de enero de 2016, exp. 38.449.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral<sup>13</sup>.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligacional, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden:

*“Para la Sala los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, sino del incumplimiento contractual.*

*“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.*

---

<sup>13</sup> Sobre el particular consultar sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

*“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.*

*“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.*

*“(…)*

*“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.*

*“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998”<sup>14</sup>.*

Ahora, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropriamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato:

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

*“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico, ha sido pendular en cuanto en veces se han adoptado posturas que permiten que su ubicación se radique en el terreno de la responsabilidad contractual<sup>15</sup> aceptando así la inobservancia del contenido obligatorio de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual<sup>16</sup>.”*

*“Sin embargo, esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, comoquiera que ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca, se ha ocupado de identificar el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato; en ese sentido, el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*

*“(…).*

*“Para la Sala, en estricto rigor, aun cuando las normas vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, imperativo resulta puntualizar, una vez más, que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo”<sup>17</sup>.*

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al juez de la causa determinar en cada caso particular desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que, tanto en el libelo introductorio como en el recurso de apelación, la parte actora reiteradamente sostuvo que el supuesto fáctico de su reclamación se apoyaba en la ruptura del equilibrio del contrato No. 050114649, derivada del incumplimiento de EPM por haber alterado

---

<sup>15</sup> Original de la cita: Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>16</sup> Original de la cita: Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

unilateralmente las previsiones del pliego de condiciones, a través de la interventoría, al haber impuesto, de manera deliberada y arbitraria, la atención de más visitas exitosas de las presupuestadas.

Así las cosas, para la Sala emerge con claridad que lo que en realidad se encuentra en discusión, más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad contractual al ente público por no respetar lo pactado en el contenido obligacional del contrato, en el que se entiende incorporado el pliego de condiciones, en relación con la realización y pago de las visitas no exitosas, de tal suerte que es a partir de esta última perspectiva desde la cual debe emprenderse el análisis relativo a ese punto.

## **6.- Análisis de la apelación**

Los cargos en que se sustentó el recurso de apelación, en esencia, se dirigen a reafirmar que en el caso, gracias al dictamen pericial y a las declaraciones testimoniales, se encuentran acreditados los sobrecostos en que incurrió el contratista Consultel Ltda. respecto de los ítemes 3 a 13, por cuenta de conductas atribuibles a la entidad demandada, por conducto de las órdenes de la interventoría, derivadas de la repetición de las visitas no exitosas, todo lo cual, según afirmó, contrarió lo pactado en el pliego de condiciones.

En orden a atender los argumentos de la apelación, tras haber constatado que guardan congruencia con lo solicitado en la demanda, la Sala abordará lo concerniente al pacto de las visitas no exitosas de acuerdo con el pliego de condiciones, lo ocurrido en la etapa de ejecución en lo concerniente a su realización y la gestión que desempeñó la interventoría en relación con esa materia.

### **6.1. Las visitas no exitosas**

Se encuentra acreditado en el proceso que en junio de 2002 EPM abrió el procedimiento de selección No. 006631 con el objeto de contratar la extensión y rectificación de redes en edificios y proyectos menores, instalación de redes de abonado y operación y mantenimiento de la red híbrida coaxial (HFC) en las zonas de influencia de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., incluidos los municipios de oriente cercano del departamento de Antioquia.

En el pliego de condiciones que sirvió como base al referido procedimiento de selección que culminó con la celebración del contrato No. 050114649 se establecieron las siguientes previsiones que interesan al proceso (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“1.21. CAMBIOS EN LOS PLANOS O EN LAS ESPECIFICACIONES:*

*“Durante la ejecución del contrato las Empresas podrán ordenar por conducto de interventoría, los cambios que considere necesarios tanto en los planos como en las especificaciones o en alguno de estos documentos. Si por estos cambios se afectan tanto el plazo como el precio o uno de estos, señalados en este contrato, las empresas deberán convenir con el contratista, antes de ordenar los cambios, los ajustes de plazo y/o de precios que de ellos pueda desprenderse, de lo cual se formará por las partes el acta correspondiente.”*

*“Cuando a juicio del contratista sea conveniente variar los planos y especificaciones, someterá las variaciones junto con los estudios correspondientes a la interventoría, quien los presentará a consideración de las empresas explicando las causas que las justifican. Si estas no las aprobaren, el contratista se sujetará a los planos y especificaciones acordados originalmente. En caso de aprobarlos se procederá en la forma establecida en este numeral<sup>18</sup>.*

Igualmente, el documento precontractual se encargó de asignar a la interventoría las siguientes funciones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“4.13. INTERVENTORÍA*

*“(…).*

*“La interventoría representará a las Empresas y será intermediaria entre estas y el contratista y por su conducto se tramitaran todas las cuestiones relativas al contrato.*

*“(…).*

*Las principales atribuciones de la interventoría son:*

*“(…).*

*“4.13.9. Decidir sobre los cambios en los planos o en las especificaciones que no afecten a estos documentos sustancialmente.*

*“(…).*

*“4.14-. ÓRDENES DE INTERVENTORÍA*

*“El contratista deberá cumplir inmediatamente cualquier orden, sea verbal o escrita, de la interventoría. Sin embargo, si el contratista considera que algunos de los trabajos que se le exigen están fuera de lo estipulado en el contrato o si considera*

---

<sup>18</sup> Folios 265 a 309 del cuaderno 2.

*injusta una orden o decisión del interventor o de sus ayudantes, pedirá que tales órdenes se le den por escrito y procederá a ejecutarlas inmediatamente. Sin embargo, durante los diez (10) días siguientes al recibo de la orden, deberá protestar por escrito la orden del interventor si considera que la misma esta por fuera del alcance del contrato, señalando claramente y en detalle las bases en las cuales funda su objeción. Si el contratista no presenta la protesta ya dicha directa durante los diez (10) días anotados, las órdenes o decisiones del interventor se considerará como definitivas”<sup>19</sup>.*

De otro lado, en relación con las actividades a contratar, en el pliego de condiciones se hizo la siguiente descripción (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“5.6.10.- Las instalaciones y extensiones en la red de abonado de la red HFC pueden ser áreas, a muro, canalizadas o combinación de estas. Incluyen la preparación y conectorización de los cables y el suministro de accesorios de instalación no suministrados por las empresas como son los chazos, tornillos, chupos plásticos negros y blancos según se requiera, grapas plásticas para cable RG-6 y RG-11 en promedio cada metro cuando sea necesario, correas plásticas cada 60 cm. Cuando sean necesarias, un promedio de 10 cm de cinta aislante y 10 cm de cinta auto-fundante, balún interno cuando se requiera, uniones cuando sea necesario y sea autorizado por la interventoría, adicionalmente un pig-tail y dos tensores para cable RG-6 en los casos de las instalaciones aéreas.*

*“Las instalaciones de redes de abonado se realizan en cable RG-6 hasta una distancia máxima de 40m. Para distancias mayores se deberá usar cable RG-11. Las instalaciones tienen un promedio aproximadamente 27m y las extensiones 18 m. Adicionalmente una vez realizada la instalación los instaladores verificaran el correcto funcionamiento del servicio ofrecido a través de la red.*

*- la instalación de red de abonado de la HFC en cualquier vivienda o local comercial: Es la construcción de la red, desde el punto de red de distribución más cercano (tap) hasta el PCC central.*

*“(…).*

*“5.6.11. La visita no exitosa por pareja de instaladores: Se causa cuando un trabajo no puede ser ejercitado por causas no imputables al contratista; por ejemplo la no presencia del cliente imposibilidad técnica para la realización de la misma, la cual será verificada por las Empresas. El costo asociado a esta actividad dependerá de si la actividad se realizó por 1 a 2 personas y el tipo de vehículo de transporte utilizado, como es el caso de la instalación de equipo terminal, sin instalación de red de abonado”<sup>20</sup>.*

De acuerdo con lo previsto en el numeral 4.5 del pliego, el valor del contrato atendería al sistema de precios unitarios, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

---

<sup>19</sup> Folios 265 a 309 del cuaderno 2.

<sup>20</sup> Folios 265 a 309 del cuaderno 2.

*“El valor del contrato se obtiene de sumar los productos resultantes de multiplicar las cantidades de obra estipuladas en el formulario de precios, por los precios unitarios de la propuesta aceptada”<sup>21</sup>.*

La sociedad Consultel Ltda. presentó oferta dentro del mencionado procedimiento de selección. En el formulario de precios presentado por Consultel S.A. para el grupo 2 de la convocatoria, consistente en *“instalación de redes de abonado, operación y mantenimiento de la red híbrida fibra coaxial (HFC), en las zonas de influencia de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. incluidos los municipios del Oriente Cercano”*, se consignó<sup>22</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

| Ítem | Código | Descripción  | Unidad | Cantidad | Valor unitario | Valor total    |
|------|--------|--|--------|----------|----------------|----------------|
| 1    | 069600 | Suministro, transporte, colocación y pintura de canaleta plástica de 20 x 12 mm expuesta en muro; incluye los elementos necesarios para su fijación. | ML     | 235      | 9.815,95       | 2.306.748,02   |
| 2    | 087400 | Suministro, transporte, colocación de accesorios plástico para uniones de canaletas plásticas de 20 x 12 mm o 40 x 40 mm                             | UN     | 615      | 2.366,05       | 1.455.121,98   |
| 3    | 124000 | <b>Visita no exitosa por dos (2) oficiales Telecomunicaciones (incluye transporte en vehículo)</b>   | UN     | 4.593    | 16.458,65      | 75.594.579,45  |
| 4    | 124100 | <b>Visita no exitosa por oficial telecomunicaciones (incluye transporte en moto)</b>   | UN     | 237      | 6.564,35       | 1.555.750,95   |
| 5    | 125000 | Suministro, transporte, colocación de atenuador de señal HFC en red de abonado   | UN     | 201      | 14.328,26      | 2.879.980,66   |
| 6    | 125100 | Transporte e instalación de equipo terminal decodificador en red de abonado HFC  | UN     | 2.188    | 16.646,15      | 36.4210.766,25 |
| 7    | 125200 | Transporte e instalación de equipo terminal cable modem en red de abonado HFC  | UN     | 3.404    | 40.690,58      | 138.510.726,76 |
| 8    | 126000 | Instalación de red de abonado HFC en residencias y/o locales comerciales   | UN     | 16.536   | 24.970,97      | 412.919.992,99 |
| 9    | 126100 | Instalación red de abonado HFC mas una (1) extensión en residencias y/o locales comerciales  | UN     | 9.187    | 37.456,46      | 344.112.479,65 |
| 10   | 126200 | Instalación red abonado HFC mas dos (2) extensiones en residencias y/o locales comerciales   | UN     | 3.369    | 49.941,94      | 168.254.409,34 |
| 11   | 126300 | Instalación red abonado HFC mas tres (3) extensiones en residencias y/o locales comerciales  | UN     | 1.531    | 620427,43      | 95.576.395,33  |
| 12   | 126400 | Reconexión de red de abonado HFC existente , en viviendas y en locales comerciales   | UN     | 1.827    | 8.163,74       | 14.915.152,98  |
| 13   | 126800 | Realización extensión a red abonado HFC en residencias y/o locales comerciales   | UN     | 7.050    | 22.473,87      | 158.440.817,34 |

Luego de resultar favorecida con la adjudicación del grupo No. 2 del procedimiento de selección No. 006631, el 13 de septiembre de 2002, Empresas Públicas de Medellín E.S.P y la sociedad Consultel Ltda. celebraron el Contrato 050114649, cuyo objeto fue pactado en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“LAS EMPRESAS encargan A EL CONTRATISTA y éste se obliga para con aquellas, a efectuar los trabajos necesarios para la instalación de redes de abonado, operación y mantenimiento de la red híbrida fibra coaxial (HFC), en las zonas de influencia de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., incluidos los municipios del Oriente Cercano correspondiente al grupo 2, de acuerdo con lo estipulado en el*

<sup>21</sup> Folios 265 a 309 del cuaderno 2.

<sup>22</sup> Folios 7 a 9 del anexo.

*pliego de condiciones y especificaciones del proceso de contratación 006631, y su oferta de 19 de junio 2002*<sup>23</sup>.

El valor del contrato se acordó en la suma de \$2.271'625'802 y el plazo se convino en 210 días calendario, o menos si el valor del contrato se agotaba antes, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

Planteado el contexto obligacional en el que se trabó la negociación, en contraste con el material probatorio obrante en el plenario y al que se hará mención según corresponda en cada punto del análisis, se extraen las siguientes conclusiones que sirven de base para la resolución del caso concreto:

- **6.1.1. La facultad de la interventoría de impartir cambios y modificaciones a los planos y especificaciones no se desvinculó del control y vigilancia de la entidad**

De la literalidad ofrecida por el pliego de condiciones se tiene que, en principio, la entidad pública pre-contratante revistió a la interventoría de atribuciones que comportaron la facultad de introducir los cambios que considerara necesarios tanto en los planos como en las especificaciones o en alguno de estos documentos, bajo la prevención de que, si por estos cambios se afectaba tanto el plazo como el precio o uno de estos, señalados en este contrato, las empresas debían convenir con el contratista, antes de ordenar los cambios, los ajustes de plazo y de precios que de ellos pudiera desprenderse, de lo cual se elevaría el acta correspondiente.

Es importante en este punto destacar que, aun cuando esta Subsección ha considerado que la gestión de la interventoría es de naturaleza instructiva de tipo técnico y, por ello, no goza de un poder vinculante respecto de las decisiones que le compete adoptar al ente estatal en su condición de co-contratante durante la actividad comercial, ciertamente en este caso los alcances de la función de la interventoría en relación con la posibilidad de introducir cambios a los planos y especificaciones, debía establecerse de conformidad con el pliego de condiciones elaborado por EPM, en virtud del cual fue el mismo ente contratante el que revistió a la firma interventora de las mencionadas facultades.

---

<sup>23</sup> Folios 4 a 6 del Anexo 2.

Con todo, el cúmulo probatorio evidencia que dicha gestión encomendada a la interventoría no entrañaba una facultad desligada del control que sobre la misma debía ejercer la entidad.

En efecto, se observa que la labor de la interventoría se llevó a cabo de manera conjunta con la supervisión ejercida directamente por la entidad, a través del ingeniero Édison Ospina Rúa, quien, a pesar de haber sido distinguido como “interventor” y haber sido el profesional que, en términos de la parte actora, impuso de manera deliberada y contraria a lo prescrito en el pliego la realización repetitiva de las visitas no exitosas, fuente de los sobrecostos reclamados, en realidad su labor se identificó con una verdadera supervisión.

La Sala encuentra que quien supuestamente ejerció la interventoría fue un funcionario que estuvo al servicio de la entidad durante 18 años y que fue designado por una de sus dependencias directivas para ejercer el control directo de la ejecución del contrato que ocupa la atención de la Sala, en nombre y representación de EPM.

Se suma a lo anotado, que la interventoría, entendida como el apoyo y orientación técnica, en realidad fue ejercida por la firma Ingelel, cuya gestión era directamente supervisada y controlada por el funcionario supervisor representante de EPM, Édison Ospina Rúa.

Tal cual se desprende del testimonio del ingeniero Édison Opina Rúa, a quien se identificó como interventor del contrato, quien sobre su vinculación con EPM contestó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“... Empresas Públicas de Medellín se escinde desde junio de 2007 a EPM y llevo en total en las dos empresas dieciocho años y medio en diversos cargos, pero el que más he desarrollado ha sido como ingeniero interventor. PREGUNTA: Diga al Despacho que relación tuvo usted con el contrato que suscribió entre Empresas Públicas de Medellín y Consultel Limitada para la extensión y rectificación de redes, acometida e instalación de abonados, operación y mantenimiento de red híbrida fibra coaxial, en zonas de influencias de Empresas Públicas de Medellín (...) CONTESTÓ: Ingeniero interventor. El jefe de la dependencia a la cual pertenecía en ese entonces me designó. PREGUNTA: Diga al Despacho que sabe usted acerca de INGELEL. CONTESTÓ: los revisores de la interventoría fueron contratados con la firma Ingelel Ltda., pero bajo la administración de Empresas Públicas (...) INGELEL tenía la obligación de suministrar personal para hacer la revisoría aparte de las actividades objeto del contrato suscrito con CONSULTEL LIMITADA no es la firma quien hacía la interventoría, suministraba el personal para que EPM lo manejara. PREGUNTA: sírvase aclarar si la interventoría del contrato del que usted ha hablado estuvo a cargo exclusivamente de EPM y quien respondía en*

*consecuencia de los resultados y de la labor que adelantara la interventoría del contrato. CONTESTÓ: empresas públicas de Medellín, yo soy el interventor de empresas públicas ante el contratista, ante Consultel el responsable soy yo. PREGUNTA: Diga al despacho si su designación como interventor del contrato, se hizo mediante resolución o en qué forma y así mismo cuénteles al despacho, en qué dependencia directamente de las conforman las Empresas Públicas de Medellín, prestó los servicios para la época en que se ejecutó el contrato que se ha mencionado. CONTESTÓ: el acto administrativo es una comunicación escrita dirigida al representante legal del contratista y firma por el jefe de la dependencia, no recuerdo la dependencia en este momento a que dependencia dependía. Es un directivo el que hace la designación, es del sector directivo, pero no recuerdo, ha habido muchas reformas en cuatro o cinco años y no recuerdo, el nombre creo que es JAVIER ALONSO ARANGO TABARES quien me designó creo que fue el. (...)<sup>24</sup>.*

En lo concerniente a este testimonio, la Sala advierte que, a pesar de que eventualmente podría resultar sospechoso por provenir de un funcionario al servicio de la entidad demandada, su declaración será valorada por esta instancia en la medida en que guarda correspondencia con el cúmulo probatorio apreciado en conjunto. Se agrega que el relato que da cuenta de su vinculación con EPM es espontáneo, además de ofrecer elementos de especial relevancia para el caso concreto por la inmediatez existente entre el testigo y la ocurrencia de los hechos materia de debate. Finalmente, resulta viable su valoración, debido a que fue la parte actora la que en el recurso de apelación insistió en que se apreciara ampliamente su contenido.

Así pues, aun cuando en el pliego de condiciones se dotó de amplios poderes instructivos a la interventoría, que comportaban la posibilidad de modificar los planos y las especificaciones no sustanciales de las actividades contratadas, en la práctica se demostró que se habrían de llevar a cabo por la misma entidad por conducto del funcionario encargado de ejercer la supervisión del contrato, quien a su turno debía controlar la labor de la firma Ingelel, contratada.

En relación con la gestión de la supervisión y de la interventoría, la Sala entiende que en la función de supervisión del contrato el poder decisorio de la actividad comercial de la Administración radica en su representante legal o gerente, o su delegado, para los casos en que la ley lo permite.

En el caso concreto, la función instructiva y de control en materia técnica la conservó la entidad. En ese sentido, era EPM la que debía convenir con el contratista, antes de ordenar los cambios, los ajustes de plazo y de precio que de ellos pudieran desprenderse.

---

<sup>24</sup> Folios 597 a 609 del cuaderno 1.

Sin embargo, al margen de que, como se profundizará más adelante, las órdenes relacionadas con la repetición de las visitas no exitosas hubieran emanado de la entidad a través del funcionario supervisor o de la firma interventora, lo cierto es que no comportaron un cambio en las especificaciones previstas en el pliego de condiciones, circunstancia que, al tiempo, y contrario a lo que sugiere el censor por las razones que se examinarán, no son constitutivas del supuesto de hecho previsto en el numeral 1.21 del pliego de condiciones, según el cual si con los cambios se afectaban el plazo o el precio, previo a ordenarlos, las empresas debían convenir con el contratista los ajustes necesarios.

- 6.1.2. La necesidad de repetir las visitas no exitosas no constituyó un cambio de las especificaciones del pliego de condiciones

Para el actor, la repetición de las visitas no exitosas entrañó un desconocimiento del pliego de condiciones, específicamente de lo previsto en el numeral 1.21, en cuanto a que el pacto inmerso en la estructura económica de la oferta se circunscribía a repetir por una sola vez las visitas en las que no se lograba la instalación por razones no imputables al contratista, por lo que, de optar por ordenar su repetición por más de una vez, ha debido disponerse de manera previa el ajuste o aumento del precio que tal situación imponía.

Como se apreció en precedencia, las visitas no exitosas fueron incorporadas en el formulario de precios que integraron la propuesta presentada por la sociedad Consultel Ltda. como un ítem contractual previsto en los numerales tres y cuatro:

|   |        |   |    |       |           |               |
|---|--------|---|----|-------|-----------|---------------|
| 3 | 124000 | Visita no exitosa por dos (2) oficiales Telecomunicaciones (incluye transporte en vehículo) | UN | 4.593 | 16.458,65 | 75.594.579,45 |
| 4 | 124100 | Visita no exitosa por oficial telecomunicaciones (incluye transporte en moto)               | UN | 237   | 6.564,35  | 1.555.750,95  |

En consonancia con lo anterior, se tiene que la modalidad de pago pactada en el pliego de condiciones obedeció al sistema de precios unitarios.

La implementación de este sistema de pago, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme, obedece a la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, el valor total resultante de realizar la actividad o de prestar el servicio contratado, en cuanto se desconocen con precisión las cantidades requeridas.

En desarrollo de esta metodología, el demandante proyectó un cálculo de la cantidad o unidades de obra que se requerían ejecutar o de la cantidad de servicios que demandaría para que el proponente plasmara en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra o servicio proyectado.

Siguiendo esa dirección, el valor final del contrato constituye el resultado de sumar todos los productos que a su vez se obtengan de multiplicar los precios unitarios por las cantidades efectivamente ejecutadas.

Con base en lo anterior, la Sala advierte que la repetición de visitas no exitosas en manera alguna constituía una modificación a las especificaciones del pliego de condiciones.

En efecto, la repetición de las visitas no exitosas no solo era el resultado propio de la modalidad de precios pactada, sino que además era una dinámica inherente a la naturaleza de las labores de instalación de redes contratadas, dado que en tanto su ejecución se haría en el domicilio de un tercero ajeno a la relación negocial, esa misma circunstancia entrañaba cierto margen de albur respecto de la disponibilidad del particular beneficiario para atender la instalación.

- **6.1.3. Los supuestos sobrecostos en que habría incurrido el contratista a causa de la repetición de las visitas no exitosas no son atribuibles a la entidad contratante**

Afirmó el demandante que la repetición constante de visitas generó sobrecostos porque además de que no se reconocieron en su totalidad, se alteraron, en términos de tiempo y mano de obra, los demás ítemes previstos en los numerales 3 a 13 del formulario de precios base de la oferta.

Como soporte de su dicho advirtió que la situación reseñada se hallaba acreditada por cuenta de los testimonios practicados y el dictamen rendido en la etapa probatoria de la primera instancia.

Al respecto, la Sala observa que durante el debate probatorio de la primera instancia se recaudó el testimonio del señor Edilson Blandón, quien para la época de los hechos materia de controversia se desempeñó como instalador de televisión por Cable de la

firma Consultel Ltda. y sobre el objeto de litigio declaró (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“PREGUNTA: Sírvase decir al despacho a qué le denominaba CONSULTEL “REPETICION DE VISITAS NO EXISTOSAS”. CONTESTÓ: sí, la conozco y se refiere a lo siguiente: cuando se visitaba y por algún motivo el cliente no se encontraba, quiero hacer claridad que pasaba algo muy particular en eso, nos daban por ejemplo Caldas, la Estrella e Itagüí y muchas veces empezando por Caldas y estando ya en Itagüí por orden de algún interventor, tocaba regresar a Caldas ese mismo día ya diferente hora a ejecutar una orden que ya había sido visitada, en la cual no se encontró a nadie o no había una persona mayor de edad responsable del servicio, lo que implicaba retraso en la agenda de ese día y por ende, llegar a nuestros domicilios tarde en la noche, ejemplo pasadas las nueve de la noche sabiendo que el horario normal era hasta las cinco de la tarde. (...) se presentaba en la semana en unas tres o cuatro ocasiones y la persona que las autorizaba no dejaba registro o autorización por escrito. Se supone que la persona que autorizaba dicha visita debía firmar la orden de trabajo autorizando la segunda visita como tal y no lo hacía, esto vino a hacerse cuando el contrato ya había avanzado en gran parte”<sup>25</sup>.*

-. A su turno, la testigo Luisa Fernanda Gutiérrez Gaviria, quien trabajaba como auxiliar administrativa de la sociedad Consultel Ltda. para la época de la ejecución del contrato que ocupa la atención de la Sala, declaró (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Yo estuve como en dos o tres reuniones que se hicieron en la oficina y se trataban los temas del desarrollo del contrato, en lo que llamó la atención lo de las visitas perdidas, era como el problema que había y las obras extras que a veces realizaban los instaladores de CONSULTEL y nunca se pagaron ni se tuvieron en cuenta. (...). La primera conclusión con respecto a las visitas o perdidas, fue que si se iba al domicilio y no se podía realizar la orden por cualquier motivo, que hubiera un menor de edad en la casa solo que no los pudiera atender o que no hubiera una persona en la casa, con una sola visita ya se continuaba con el recorrido y esa ya se tomaba como visita perdida. (...).PREGUNTADO: sabe usted si CONSULTEL después de realizada la reunión del dos de octubre de dos mil dos, les dio instrucciones precisas por escritas a sus instaladores sobre lo acordado en dicha reunión. CONTESTÓ: por escrito no, pero el mismo ingeniero, EDINSONOSPINA expresó verbalmente a todos los asistentes a la reunión que no se repetirían visitas”<sup>26</sup>.*

Reposa igualmente el testimonio del ingeniero Édison Ospina Rúa, supervisor del contrato, y sobre el particular contestó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“...En octubre de 2002 se efectuó una reunión con esos temas específicos, con el representante legal en presencia mía, en ella le manifestamos al contratista que*

---

<sup>25</sup> Folios 583 a 589 del cuaderno 1.

<sup>26</sup> Folios 590 a 595 del cuaderno 1.

*trajera todos los soportes de las visitas perdidas dobles que no se le hubieran pagado para proceder a su pago, además se le dijo que para formalizar aún más el estricto pago de las mismas, en el evento de presentarse los instaladores o personajes encargados debían conseguir la aprobación de la interventoría para hacerlo, la cual debía constar en la orden de instalación respectiva, en cuanto a las actividades adicionales que se mencionan también le manifestamos que mandara la relación de los materiales, el tiempo de los instaladores que hasta esa fecha tenían para proceder a su pago y en adelante se procediera de igual forma que con las visitas perdidas, es decir, que se ponía por ejemplo un tensor adicional, mandara la relación del tensor y el tiempo que duró el instalador para ponerlo para proceder a pagarlo, de hecho se hizo un primer pago de una relación que pasó. De octubre dos a terminar el contrato solo se pasó una relación, en adelante ninguna comunicación, ni ninguna relación de ese tenor, de hecho en el texto de las reclamaciones tampoco se especifica algo al respecto. (...). Una visita perdida se presentaba por varias situaciones, una es imputable a cualquier dificultad técnica que se presente la cual no permite llevar a cabo exitosamente, es por causas imputables al cliente mismo, la misma se pagaba como un ítem contractual es decir, se hacía una o dos o tres al mismo sitio, se le pagaban las mismas, si la volvía y la perdía volvía y se le pagaba, de hecho le manifestamos reiteradamente que si consideraba que un número no se hubiera pagado, nos mandara la relación, revisábamos y pagábamos en consecuencia. Solo una vez en febrero de 2003, mes y medio antes de terminar el contrato, se hizo una protesta escrita por parte de CONSULTEL. El caso específico que sucedió fue un incumplimiento de una visita que estaba programada y el gerente de Consultel se negó a volver al sitio aduciendo que lo acordado en la reunión del 2 de octubre no era consecuente con la orden nuestra, hay que recalcar que el fenómeno de la repetición de las visitas perdidas era absolutamente marginal con respecto al número de eventos que hacíamos diariamente, (...). En cuanto a la duplicidad de las visitas no pasábamos de dos o tres al día cuando se daban, podríamos hablar al mes pagadas y del tránsito normal son del 20% mas o menos en ese momento sobre las entregadas diariamente, estamos hablando de un volumen de siete mil quinientas aproximadamente de las cuales eran normal o estaba medida que aproximadamente estaban perdidas el 20% pero fueron pagadas bajo el umbral del ítem pactado. (...) Estaba contemplado su pago como un ítem contractual, en el pliego no se especifica el hecho que haya ido a un sitio y haya perdido la visita no tenga que volver otra vez u otras veces. Es una actividad completamente normal durante este tipo de trabajos porque hay dependencia directa del cliente, dado que debe estar en el inmueble porque entramos a las premisas del cliente, debe haber siempre una persona adulta”<sup>27</sup>.*

- Testimonio del señor Gilberto Rodríguez Góez, quien para la época de los hechos se desempeñó como almacenista al servicio de Consultel Ltda. y sobre la ejecución del contrato manifestó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Cuando en una oportunidad el gerente Luis Carlos Salazar se enteró haciendo descargos disciplinarios a una cuadrilla que estábamos esperando y llegó muy tarde él le preguntó porque llegó tan tarde si llevaba las mismas órdenes de trabajo de los demás y que debían ejecutar en la jornada normal de trabajo y el muchacho respondió que era que lo habían hecho regresar a unas instalaciones que ya había*

---

<sup>27</sup> Folios 597 a 609 del cuaderno 1.

*visitado y que eso causó tal llegada tarde, el regreso del transporte que además causaba el retraso de toda la cuadrilla de 3 parejas, a partir de esas indagaciones nos enteramos que nos ponían a hacer otras labores de mantenimiento como amarrar el cable de la instalación vecina o cambiar un conector que estaba poniendo problemas en el TAP y otra labores. (...) la primera vez que nos enteramos fue a los pocos días de iniciado el contrato, desde el primer día notamos las llegadas tarde la gente, en un principio creíamos que obedecía a los primeros días del contrato que se estaba conociendo el ritmo pero luego indagamos y nos enteramos en primera instancia de las visitas perdidas y se acordó que no se iban a repetir visitas, si llegábamos a una instalación y por cualquier motivo ajeno a nosotros, es decir, que estuviera la casa sola o que había un menor de edad, no se podía ejecutar la instalación, seguíamos en la correría y hubo una segunda oportunidad en la que nos enteramos que se estaba presentando repetición de visitas cuando meses después en el año siguiente el ingeniero haciendo descargos disciplinarios de otro tipo se enteró de estas y ahí nuevamente se ordenó que no se podía regresar porque nos estaba trayendo problemas, en la primera reunión se acordó que no se repetiría y por eso en la segunda se dio la orden de que igual no se repetían. Las reuniones fueron entre Consultel y EPM y participó de la reunión el ingeniero Luis Jaime Salazar, Edinson Ospina, los auxiliares administrativos y mi persona<sup>28</sup>.*

De otro lado, en el trámite de la primera instancia, a petición de la parte actora, mediante auto del 17 de enero de 2008, fue decretado un dictamen pericial a cargo del perito ingeniero eléctrico Carlos Mena Murillo, con el fin de que determinara lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“...la existencia de los perjuicios sufridos por el contratista, con ocasión del desequilibrio económico del contrato 050114649 y procederá a su cuantificación, teniendo en cuenta para ello, el acervo probatorio condensado en el expediente los libros de contabilidad de la empresa contratista y sus soportes de pago de nómina horas extras y transporte en el contrato referenciado; y en general la consulta a todas las fuentes necesarias para rendir un dictamen.*

*“Determinará la existencia y cuantificación en particular de los siguientes conceptos:*

*“Sobrecostos por mayor tiempo empleado en la ejecución de las actividades contratadas en los ítems 3 a 13 del contrato, derivados de la recepción de las visitas no exitosas.*

*-Sobrecostos por el pago adicional de transporte derivados de la repetición de las visitas no exitosas”.*

En el dictamen rendido por el perito Carlos Mena Murillo, con soporte en las actas de obra, la contabilidad del contratista, el pliego de condiciones y la propuesta, se concluyó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

---

<sup>28</sup> Folios 611 a 620 del cuaderno 1.

*“Referente a los sobrecostos por mayor tiempo empleado en la ejecución de las actividades contratadas en los ítemes 3 al 13 del contrato, derivados de la repetición de visitas no exitosas se infiere obviamente que la cantidad de tiempo adicional observado por encima del presupuestado es consecuencia natural de la repetición de dichas visitas. Lo que necesariamente se debió traducir en un incremento de tiempo laborado y que en una jornada laboral se manifiesta consecencialmente como tiempo adicional extra, bien sea diurno, nocturno o festivo.*

*“En razón de que este contrato se refirió a su realización por actividades y al estar contemplado un tiempo máximo de ejecución, cualquier retraso surgido dentro del desarrollo de sus actividades se tiene que compensar necesariamente con la adición de tiempos extras.*

*“Lo que indudablemente se constituye en sobrecostos, ya que no está presupuestado en el contrato suscrito entre las partes.*

*“Sumando las cifras obtenidas en la tabla de sobrecostos en nómina y en la de transportes obtenemos que: \$454'169.946 + \$7'652.581 = \$461'822.527, es el valor total reclamado y estimado como “Total sobrecostos” a agosto de 2012”<sup>29</sup>.*

Apreciado el material probatorio en conjunto, resulta válido concluir que durante la ejecución del contrato se presentaron inconvenientes entre las partes en torno a la repetición de las visitas no exitosas.

Igualmente, según el peritazgo la repetición de las visitas no exitosas generaba sobrecostos, debido a que se prolongaban los tiempos de ejecución de las actividades contratadas, lo que ocasionaba mayor gasto de personal por horas extras y de transporte.

Con todo, la Sala considera que el fundamento de los sobrecostos reclamados no puede atribuirse a la gestión *“arbitraria y deliberada de la entidad pública”* por exigir la repetición de las visitas, aspecto que, como se anotó, no comportaba una inobservancia de la reglas del pliego de condiciones en tanto correspondía a la dinámica de ejecución del negocio y a la fórmula en que quedó concebida la estructura económica del proyecto definida por el contratista al presentar su oferta.

En ese sentido, retomando los planteamientos anteriores, es claro que la repetición de las visitas no exitosas era una eventualidad contemplada en el pliego, al punto que su reiteración dentro del esquema de costos del contrato estaba respaldada por la modalidad de precios unitarios que llevaba a que se reconociera lo efectivamente ejecutado.

---

<sup>29</sup> Folios 635 a 649 del cuaderno 1.

Acerca de esta cuestión, está acreditado que el 21 de abril de 2003 las partes suscribieron el acta de modificación bilateral No. 1, mediante la cual acordaron extender el plazo de ejecución hasta el 19 de junio de 2003 y adicionar el valor del contrato en \$62'000.000. La anterior decisión estuvo sustentada en los siguientes motivos<sup>30</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“...2. Durante la ejecución del contrato hubo una disminución de las instalaciones contempladas y no se alcanza a ejecutar en su totalidad el valor de la oferta aceptada. 3.- Es de interés para las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y de Consultel Ltda. ampliar el plazo de ejecución hasta 19 de junio de 2003. 4.- La oferta que dio origen al contrato fue presentada el 19 de junio de 2002. 5.- Que para llevar a cabo el objeto del contrato se hace necesario ejecutar obras extras consistentes en suministro de algunos materiales, alquiler de radios, reparaciones resanes y otras obras menores”.*

En el contexto planteado, para la Sala no resulta comprensible desde la perspectiva económica que si el valor estimado del contrato ascendió a \$2.271'625.802,16, pactado, como monto agotable, el contratista en sede judicial hubiera alegado sobrecostos por valor de \$365'319.432<sup>31</sup>, derivados de la ejecución de un ítem expresamente convenido, si se tiene en consideración que a la finalización del plazo inicialmente estipulado, las partes de común acuerdo celebraron su modificación en el sentido de ampliar su término con el objeto de agotar el precio estimado, el cual no se había superado, por haberse reducido el número de instalaciones.

En este punto cobra relevancia señalar que, para la época en que se suscribió el acta en mención ya se habían presentado las discrepancias del contratista asociadas a la repetición de las visitas no exitosas. Así se desprende de la correspondencia cruzada sostenida entre las partes durante el plazo de ejecución y antes de que se celebrara la primera modificación al contrato.

Al respecto se observa que, en oficio CG-847 -023 del 10 de febrero de 2003, el gerente de Consultel Ltda. manifestó a la entidad, por conducto de su supervisor, que no era posible ampliar el contrato, debido a que el rendimiento cotizado era de 8 instalaciones diarias por pareja de instaladores y solo se estaban cumpliendo cinco y advirtió que había incurrido en pérdidas, a pesar de haber aumentado el personal<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Folios 49 a 50 del anexo.

<sup>31</sup> Esta es la suma de pretensiones invocadas en la demanda.

<sup>32</sup> Folio 113 del anexo.

Al mes siguiente, el 18 de marzo de 2003, Consultel Ltda. puso en conocimiento de la entidad algunos problemas que afectarían la ejecución del contrato<sup>33</sup>, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Los instaladores están repitiendo visitas perdidas entre 2 y 3 veces en ocasiones hasta cuatro veces, no obstante la reunión que ustedes y yo tuvimos al principio del contrato en la que se aclaró que la visita perdida es un (1) solo desplazamiento al inmueble. Esto ha significado una pérdida de tiempo, ya que a los vehículos que transportan a las cuadrillas se les dañan las rutas que han planeado en la mañana lo cual implica que por repetir una visita se alarga el tiempo de espera de las otras dos parejas del móvil. Hay extremos como devolverse de Sabaneta a San Diego o del Carmen del Viboral a Marinilla; o se le ordena a una cuadrilla que regrese a la 7 de la noche donde un usuario, permaneciendo las otras dos parejas inactivas. Las órdenes las dan los revisores de Ingelel o directamente desde el edificio de EPM. Es necesario anotar que como consecuencia de lo anterior, muchas de las instalaciones ejecutadas estuvieron precedidas de visitas fallidas.*

*“Es importante llamar la atención que cuando el usuario está en un mismo edificio, o en la vecindad de una instalación que se ejecuta, nunca (desde el inicio del proyecto) he objetado repetir visitas perdidas.*

*“El día 11 de marzo de 2003 les llamé la atención a los encargados de CONSULTELE, por el no acatamiento a la orden impartida por mí al inicio del contrato y les establecí que solo se hacía un desplazamiento a cada usuario a las nueve de la mañana usted me llamó y me informó que era una orden de la interventoría repetir desplazamientos a visitas previamente perdidas.*

*“El listado de las ordenes de trabajo (con sus direcciones y en algunas ocasiones con la hora de visita) es entregado diariamente por EPM y CONSULTELE es únicamente el ejecutor. Si la visita es fallida, no es por problemas imputables al contratista.*

*“(…).*

*“No objeto que CONSULTELE le colabore a EPM en cualquier dirigencia lícita peor lo que es francamente inaceptable es que se hayan repetido visitas fallidas y hecho actividades que no son parte de la instalación y que se hayan ordenado ejecutarlas a espaldas de esta gerencia y de la dirección del contrato y por lo tanto no hayamos tenido la oportunidad de negociarlas ni cuantificarlas con ustedes. Esto ha traído como consecuencia que el contrato haya sido alterado unilateralmente en cuanto se refiere a la ejecución de instalaciones; y claramente no fue preservado el equilibrio económico financiero del contrato”.*

A los dos días, el 20 de marzo de 2003, Consultel Ltda. nuevamente remitió un documento a la entidad informando que<sup>34</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

---

<sup>33</sup> Folio 119 a 121 del anexo.

<sup>34</sup> Folios 122 a 124 del anexo.

*“Cuando CONSULTEL firmó el contrato del asunto se comprometió a ejecutar aproximadamente la siguiente cantidad de instalaciones de red de abonado (suma de ítems 8, 9, 10, 11):*

*“4374 instalaciones / mes (30.623 /7meses)  
182 instalaciones / día (4374 /24 días)*

*“CONSULTEL planeó montar una infraestructura para ejecutar dicho número de instalaciones. La forma en que se ha venido entregando el trabajo diario a CONSULTEL ha traído como resultado que hayamos tenido que aumentar la infraestructura (herramienta, equipos, dotación, implementos de impacto comunitario) muy encima de lo proyectado inicialmente en la propuesta.*

*“Los instaladores están teniendo que trabajar hasta por la noche, lunes a sábado y en las últimas semanas varios domingos. Esto está produciendo cansancio y lo mas preocupante es que el índice de incapacidades por accidentes de trabajo y enfermedades se ha incrementado apreciablemente.*

*“Desde el 16 de febrero del presente año debimos contratar 2 cuadrillas (12 instaladores y 2 carros) con miras al plan de reposición de redes y el 3 de marzo ingresaron 2 cuadrillas adicionales. Además 6 parejas y 2 carros fueron trasladados del personal del Administración de “cabeceras” por una semana, pero finalmente permanecieron haciendo instalaciones hasta el día de marzo.*

*“El domingo 2 de marzo se inició el programa de reposición de redes con muchos problemas, que yo constaté personalmente en el terreno. Al día siguiente solo pudieron iniciar actividades alrededor de las 10 a.m, se siguieron presentando problemas similares los días 11, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de marzo.*

*“Los problemas que se están presentando se deben a la información dada por EPM requiere depuración y son los siguientes:*

*“1.- EPM da un listado de usuarios con direcciones y número de tap a dónde se debe conectar la instalación. Cuando llegan los instaladores, el tap de la instalación listada no corresponde a la realidad y deben iniciar las gestiones ante EPM para la asignación de otro tap; entre tanto han transcurrido más o menos 20 minutos.*

*“2.- se asignan casas desocupadas.*

*“3.- Se asignan casas que no tienen red de fibra óptica.*

*“4.- El usuario no permite el cambio de la instalación por que dice no haber sido informado por EPM; o debido a que algunos no lo sabían, hacen esperar a la pareja mientras lo confirman.*

*“5.- Las fuerzas de ventas no le informa apropiadamente al cliente de que consta la venta (según el usuario afirma que le dijeron que la extensión estaba incluida en la afiliación). Cuando los instaladores le aclaran, el usuario hace desmontar parte o toda la instalación o la cancela”.*

En respuesta, la entidad, en documento del 14 de abril de 2003, advirtió al contratista que<sup>35</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“El ítem de visitas perdidas tiene la filosofía de cubrir las eventualidades, entre otras, que usted presenta a nuestra consideración para que se le pague por administración.*

*“Adicionalmente le informo que el panorama descrito por usted en su comunicación es similar al que presenta diariamente con el otro esquema, de hecho lo invito para que examine el porcentaje de visitas perdidas diferentes a las de la reposición y pueda comprobar que son similares.*

*“Le informamos entonces, de acuerdo a lo anterior, las instalaciones se seguirán pagando con los ítems convenidos en el contrato”.*

A la semana siguiente, el 28 de marzo de 2003, el contratista manifestó al interventor lo siguiente<sup>36</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Respondo su solicitud verbal sobre la posibilidad de suministrar personal de instalación hasta agotar el valor contratado.*

*“Luego de un análisis detallado de los costos en la que incurre CONSULTEL y comparándolos con los ingresos que obtenemos de parte de EPM llegamos a las siguientes conclusiones:*

*“1.- Para CONSULTEL no resulta viable económicamente suministrar personal por administración o por actividad, pues en ambos casos estamos perdiendo dinero, especialmente en la última modalidad. Ya nos habíamos manifestado al respecto.*

*“2.- CONSULTEL está dispuesto a colaborar a EPM en la siguiente modalidad, de acuerdo al pliego de condiciones:*

*“Suministrar el personal operativo y vehículos que EPM necesita cobrándole al valor al que lo estamos pagando actualmente (incluyendo el porcentaje de prestaciones 56.4%). El costo directo incluye: sueldos. Horas extra, vehículos, prestaciones. A este costo directo se le aplicaría el AIU de nuestro contrato (30%) CONSULTEL pone a disposición todo el personal administrativo, bodegas equipos, dotación de oficina, seguridad e insumos”.*

Luego, el 7 de abril de 2003, Consultel Ltda. informó a la entidad lo siguiente<sup>37</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“De acuerdo con la conversación que tuvimos con respecto a la ampliación del contrato después del 20 de abril del 2003, es importante que me precise lo siguiente:*

---

<sup>35</sup> Folio 127 del anexo.

<sup>36</sup> Folio 125 del anexo.

<sup>37</sup> Folio 126 del anexo.

*“El nombre de las personas que solicita permanezcan en el contrato; y el tiempo que deben estar vinculados (hasta cuándo).*

*“Número de vehículos y tiempo de permanencia CONSULTEL deberá seleccionar los que a la fecha de ampliación tengan documentación vigente por el tiempo adicional.*

*“Tipo y cantidad de materiales que debe suministrar.*

*“Cuando el contrato se estaba iniciando hicimos una reunión en las oficinas de despacho (Multicentro caribe), donde usted, el personal de apoyo y oficina de CONSULTEL y yo, precisamos que al realizar el trabajo cada pareja realizaba una visita a la dirección indicada en la orden de trabajo y que si no se podía ejecutar por motivos no imputables a CONSULTEL la pareja continuaba el recorrido de su ruta sin tener que repetir la visita a la misma dirección. CONSULTEL confió en que dicha directriz se estaba ejecutando a partir de entonces, pero para sorpresa nuestra encontramos que EPM ha estado ordenando la repetición de visitas perdidas. Le reitero mi solicitud hecha en días pasados de que se nos dé por escrito esta “orden de interventoría” de acuerdo al numeral 4.14 del pliego de condiciones”.*

Así pues, es claro que desde febrero de 2002 hasta marzo de 2003, las partes mantuvieron un intercambio de correspondencia que, en resumen, se centró en discutir las desavenencias que giraron alrededor de la repetición de las visitas no exitosas, por manera que de presentarse efectos nocivos derivados de esa situación, ya debían ser de pleno conocimiento del contratista para la época en que se aproximaba el fenecimiento del plazo inicialmente estipulado, esto es, el 21 de abril de 2003.

No obstante lo anterior, con posterioridad al surgimiento de las discrepancias puestas de presente, la firma Consultel decidió de manera libre y espontánea suscribir el acta de modificación bilateral del contrato a la que se hizo anterior mención.

La Sala evidencia que en el texto del acta se dejó constancia de que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“... el contratista declara expresamente que con lo pactado en esta acta de modificación unilateral no se genera ningún costo adicional, por lo tanto renuncia a ejercer acción o reclamación, o a presentar solicitudes de indemnización y compensación en contra de las Empresas, así como a intentar acciones en contra de las mismas que tengan como fundamento la modificación ahora pactada (...). Vigencia del contrato original, en cuanto no hayan sido modificadas por la presente cata siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas originales del contrato 050114649”.*

De ahí que si, de acuerdo con los testimonios, el problema obedeció a que la repetición de las visitas no exitosas no fue debidamente documentada por la interventoría y que por esa razón no se reconoció íntegramente su pago, no se explica la Sala entonces

por qué al suscribir el acta de modificación 1, el supuesto afectado con esa situación no mostró reparo alguno al respecto y, por el contrario, a pesar de que para entonces ya se habían discutido los problemas financieros referentes a la ejecución del contrato en punto a la repetición de las visitas no exitosas, renunció a las reclamaciones derivadas de la mencionada modificación, sustentada, paradójicamente, en la necesidad de agotar el presupuesto del contrato que hasta entonces no se había ejecutado en su totalidad.

Surge entonces el interrogante dirigido a despejar el por qué, si aún no se habían imputado al presupuesto del contrato las visitas no exitosas que faltaban por reconocer y pagar, el contratista hubiera manifestado su clara anuencia frente a la falta de agotamiento del valor del contrato, si se tiene en consideración que, con cargo al mismo, debían reconocerse las visitas no exitosas que supuestamente hasta entonces no habían sido pagadas.

Así mismo se observa que, luego de esas modificaciones, el contrato fue objeto de dos adiciones más en valor y una de ellas en plazo, sin que en alguno de esos acuerdos el contratista hubiera registrado inconformidad en torno a los arreglos económicos que allí se vertían, a lo que se suma que en ambos casos manifestó expresamente su renuncia a las reclamaciones derivadas de las negociaciones que allí se trababan.

Así lo muestra el acta del 20 de junio de 2003, por medio de la cual las partes perfeccionaron la modificación bilateral No. 2. En esta oportunidad decidieron ampliar el plazo de ejecución hasta el 19 de julio de 2003 e incrementaron el valor del contrato en \$260'000.000 por concepto de obra adicional<sup>38</sup>. Así mismo, se introdujo la siguiente constancia<sup>39</sup> (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“... el contratista declara expresamente que con lo pactado en esta acta de modificación unilateral no se genera ningún costo adicional, por lo tanto renuncia a ejercer acción o reclamación, o a presentar solicitudes de indemnización y compensación en contra de las Empresas, así como a intentar acciones en contra de las mismas que tengan como fundamento la modificación ahora pactada”.*

Una vez más, el 18 de julio de 2003, las partes suscribieron el acta de modificación bilateral No. 3, por medio de la cual resolvieron aumentar el valor del contrato en \$27'000.000 por concepto de obra extra.

---

<sup>38</sup> Folios 51 a 52 del anexo.

<sup>39</sup> Folios 51 a 52 del anexo.

En ese documento también se consignó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“...el contratista declara expresamente que con lo pactado en esta acta de modificación unilateral no se genera ningún costo adicional, por lo tanto renuncia a ejercer acción o reclamación, o a presentar solicitudes de indemnización y compensación en contra de las Empresas, así como a intentar acciones en contra de las mismas que tengan como fundamento la modificación ahora pactada”<sup>40</sup>.*

Sentado lo anterior, viene al caso puntualizar que en varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, para disponer su suspensión cuando las circunstancias existentes no hagan posible su ejecución en el término convenido, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse al tiempo de la celebración del contrato, al de su respectiva modificación o cuando se dispuso la suspensión<sup>41</sup>.

A propósito de las modificaciones del contrato y a los efectos que se desprenden del acuerdo que en ese sentido se suscribe sin que las partes hubieran previsto algún mecanismo para contener los percances económicos que pudieran desencadenarse por el paso del tiempo, se ha considerado:

*“Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘venire contra factum proprium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”<sup>42</sup>.*

---

<sup>40</sup> Folios 53 a 54 del anexo..

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, exp. 47336. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 3 de agosto de 2016, exp. 56.513, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández. Esta postura fue reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 21 de septiembre de 2017, exp. 37.478, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Siguiendo ese esquema, es cierto que durante la relación comercial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión.

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o medida dispuestos para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual<sup>43</sup> que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

Se suma a lo anterior que las circunstancias anotadas no se alteran por el hecho de que el contrato bajo examen se hubiera regido por normas de derecho privado, pues lo dicho no es nada distinto a la forma en que debe materializarse y honrarse el principio de la buena fe contractual, el cual ha de estar presente en todas las relaciones comerciales con independencia del conjunto normativo que las fundamenten.

Ante el panorama expuesto y regresando al caso concreto es preciso puntualizar que el arreglo incorporado en los documentos de adición del precio y extensión de plazo fue producto del consenso de las partes, en un primer momento, para agotar el valor del contrato y, luego, para adicionarlo presupuestalmente en procura del cabal cumplimiento de su objeto y para lograr la ejecución de obras extras, las cuales, dicho sea de paso, no se especificaron en su contenido.

Se recuerda, además, que en las tres modificaciones en referencia, las partes convinieron que las demás cláusulas del contrato quedarían incólumes, circunstancia que conducía a que los precios de los ítemes contractuales inicialmente acordados,

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. *“No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad comerciales guardar silencio respecto de las reclamaciones respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. . recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”*.

entre ellos, las visitas no exitosas y todos aquellos que se reputan afectados, según dijo el censor, por cuenta de su repetición, conservaran su primigenia estimación cuantitativa, no obstante que para entonces es evidente que ya habían surgido los hechos alegados como origen de los sobrecostos en su ejecución.

Siendo ello así y no habiéndose cuestionado la legalidad de los acuerdos en comento, debe concluirse que gozan de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. En ese orden, no resulta ajustado a nuestro ordenamiento jurídico que en sede judicial se desconozca el libre consentimiento que en dicho acuerdo se depositó frente a la imposibilidad de hacer reclamaciones posteriores<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Sobre el particular ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

*“Por manera que la ahora demandante, en ejercicio de su autonomía privada y sin contrariar las normas imperativas, renunció a cualquier reconocimiento con ocasión de la extensión del plazo hasta el 20 de julio de 1990, acto dispositivo que resulta congruente con el artículo 15 del Código Civil, según el cual ‘podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia’.*

*“58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Ley co Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas*

*prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación comercial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.*

*“(...)”.*

*“61. Y en sentencia de 31 de agosto de 2011, indicó:*

*‘No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole.*

*‘Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad recíproca lealtad*

## Conclusión

De conformidad con todo cuanto antecede, la Sala considera que la reclamación elevada por la sociedad Consultel Ltda., consistente en los supuestos sobrecostos asumidos por causa de la repetición de las visitas no exitosas no tiene vocación de prosperidad, lo que lleva a confirmar la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## 5.- Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

## FALLA

---

*que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato’.*

*“62. De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘venire contra factum proprium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.*

*“63. Por lo tanto, respecto a los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia en obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, la ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en negocios jurídicos adicionales que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato, máxime cuando en los mismos hizo expresa renuncia de reclamaciones por los hechos que dieron lugar a su celebración”.*

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2016, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia,

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**