

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Entidades del estado – Empresas industriales y comerciales del estado – Derecho privado – Artículo 32 – Ley 142 de 1994 – Contratos estatales

[...] Son contratos estatales todos aquellos suscritos por las entidades del Estado lo cual incluye a EPM por ser una empresas industriales y comerciales del Estado, con independencia del hecho de que su objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios y, en tal virtud, sus contratos se rijan por el derecho privado en los términos del artículo 32 de la Ley 142 de 1994.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Medio de control – Definición

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.”

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01 (68.656)
Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (EPM)
Demandados: SOCIEDAD AZACAN SAS Y
LIBERTY SEGUROS SA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Síntesis del caso: entre EPM y la sociedad Azacan SAS se suscribió un contrato para el mantenimiento y construcción de redes de acueducto el cual terminó unilateralmente porque el contratista reconoció su falta de capacidad financiera para ejecutarlo; la entidad contratante demanda la declaración de incumplimiento y la efectividad de la garantía del contrato; a su vez, el contratista demandó en reconvención con el fin de que se declare incumplido a EPM, se restablezca el equilibrio financiero del contrato y se le condene a indemnizar los perjuicios pues considera que la contratante lo dejó en imposibilidad de cumplir porque falló en la planeación del contrato y dio lugar a su desequilibrio económico.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por Empresas Públicas de Medellín EPM ESP y la sociedad Azacan SAS en contra de la sentencia de 24 de mayo de 2022 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala 4 de Oralidad negó las pretensiones de la demanda principal, las de la demanda de reconvenición y se abstuvo de condenar en costas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 18 de febrero de 2021 (ED_01CONSTANCIARECEPCIO(.pdf) NroActua 2, SAMAI), Empresas Públicas de Medellín EPM ESP promovió demanda en ejercicio del medio de control de

controversias contractuales en contra de la sociedad Azacan SAS y de la compañía aseguradora Liberty Seguros SA con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“2 – PRETENSIONES

2.1. Se declare que la Empresa AZACAN S.A.S., incumplió el contrato CW23559 celebrado entre EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y la EMPRESA AZACAN S.A.S.

2.2. Ante lo anterior, se declare la ocurrencia del siniestro a cargo de la Sociedad LIBERTY SEGUROS S.A. que garantizó el cumplimiento del contrato CW23559 celebrado entre EPM y AZACAN S.A.S., mediante el contrato de seguros estipulado en la Póliza de cumplimiento No. BO 2903642 con anexos de 0 a 6 a favor de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN como Asegurado y/o Beneficiario

2.3. Consecuencia de las anteriores declaraciones se condene de forma individual, conjunta o solidaria a las Empresas AZACAN S.A.S. y LIBERTY SEGUROS S.A. a pagar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., las siguientes sumas de dinero:

2.3.1. Mil Noventa y Tres Millones Quinientos Noventa y Siete Mil Doscientos Treinta y Un Pesos M. L. (\$1,093,597,231.00.), con ocasión de perjuicios por sobre costo de la nueva contratación con la Firma REDYCO S.A.S. para terminar las obras no ejecutadas por incumplimiento del Contratista.

2.3.2. Setecientos Treinta y Cuatro Millones Doscientos Treinta y Ocho Mil Cuatrocientos Pesos M. L. (\$734,238,400.00), con ocasión de Anticipo no amortizado ni devuelto por el contratista incumplido.

2.3.3. Cincuenta y Cuatro Millones Veinticinco Mil Ochocientos Treinta y Cuatro Pesos con Ochenta Centavos M. L (\$54.025.834,80) con ocasión de interés del anticipo entregado hasta el 31 de enero de 2021 sobre el anticipo no entregado ni amortizado por el Contratista incumplido.

2.3.4. Quinientos Trece Millones Novecientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cuarenta y Nueve Pesos M.L. (\$513.948.649,00), con ocasión de pago de salarios y prestaciones sociales por parte de EPM a los trabajadores del contratista incumplido que omitió pagar.

2.3.5. Ocho Millones Setecientos Catorce Mil Trescientos Cuarenta y Un Pesos M. L. (\$8.714.341,00), con ocasión del valor por concepto de materiales no devueltos o reintegrados por el incumplimiento del contratista

2.3.6. Seis Millones Setenta y Dos Mil Ochocientos Cincuenta y Un Pesos M. L. (\$6.072.851,00), con ocasión de medida de apremio impuesta al contratista en el desarrollo del contrato.

2.3.7. Once Millones Setecientos Cuatro Mil Setecientos Diecinueve Pesos con Ochenta Centavos (\$11.704.719,80), con ocasión de saldo a

favor de EPM con respecto de incumplimiento de ANS (Atención Niveles de Servicio) del Acta No 8.

2.3.8. Al pago indexado de las anteriores sumas de dinero.

2.3.9. Al pago de los intereses moratorios de las anteriores sumas, desde el momento que EPM tuvo que asumir los sobrecostos del incumplimiento contractual y hasta que las demandadas realicen el pago efectivo a EPM, realizando el descuento del interés ya liquidado en la pretensión No. 2.3.3. de este acápite.

2.3.10. Se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho.

• Suma de las pretensiones principales: \$2.422.302.026,60

3 - PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

3.1. Se declare que la Empresa AZACAN S.A.S., incumplió el contrato CW23559 celebrado entre EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y la EMPRESA AZACAN S.A.S.

3.2. Ante lo anterior, se declare la ocurrencia del siniestro a cargo de la Sociedad LIBERTY SEGUROS S.A. que garantizó el cumplimiento del contrato CW23559 celebrado entre EPM y AZACAN S.A.S., mediante el contrato de seguros estipulado en la Póliza de cumplimiento No. BO 2903642 con anexos de 0 a 6 a favor de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN como Asegurado y/o Beneficiario.

3.3. Consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a LIBERTY SEGUROS S.A a pagar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., las siguientes sumas de dinero por los montos garantizados para cada uno de los amparos de la póliza de cumplimiento No. BO 2903642 con anexos de 0 a 6 por la relación contractual como asegurado y/o beneficiario

3.3.1. Mil Noventa y Tres Millones Quinientos Noventa y Siete Mil Doscientos Treinta y Un Pesos M. L. (\$1,093,597,231.00.), con ocasión de perjuicios por sobre costo con la nueva contratación con la Firma REDYCO S.A.S para terminar las obras no ejecutadas del contrato por incumplimiento del Contratista, con cargo al amparo de cumplimiento del Contrato.

3.3.2. Setecientos Treinta y Cuatro Millones Doscientos Treinta y Ocho Mil Cuatrocientos Pesos M. L. (\$734,238,400.00), con ocasión de Anticipo no amortizado ni devuelto por el contratista incumplido, con cargo al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

3.3.3. Quinientos Trece Millones Novecientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cuarenta y Nueve Pesos M.L. (\$513.948.649,00), con ocasión de pago de salarios y prestaciones sociales a los trabajadores del contratista incumplido que pagó EPM, con cargo al amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

3.3.4. Al pago indexado de las anteriores sumas de dinero.

3.3.5 Al pago de los intereses moratorios de las anteriores sumas, desde el momento que EPM tuvo que asumir los sobrecostos del incumplimiento contractual y hasta que Seguros Liberty S.A. realice el pago efectivo a EPM.

3.3.6 Se condene a pagar las costas y agencias en derecho.

3.4. Consecuencial de la primera pretensión subsidiaria se condene a la Empresa AZACAN S.A.S. a pagar a favor de EPM las siguientes sumas de dinero que excede el monto de la garantía del contrato incumplido.

3.4.1. Cincuenta y Cuatro Millones Veinticinco Mil Ochocientos Treinta y Cuatro Pesos con Ochenta Centavos M. L. (\$54.025.834,80) con ocasión de interés no amortizado ni devuelto desde la entrega de éste hasta el 31 de enero de 2021 a cargo del Contratista incumplido AZACAN S.A.S.

3.4.2. Ocho Millones Setecientos Catorce Mil Trescientos Cuarenta y Un Pesos M. L. (\$8.714.341,00), con ocasión del valor por concepto de materiales no devueltos o reintegrados por el incumplimiento del contratista AZACAN S.A.S.

3.4.3. Seis Millones Setenta y Dos Mil Ochocientos Cincuenta y Un Pesos M. L. (\$6.072.851,00), con ocasión de medida de apremio impuesta al contratista AZACAN S.A.S. en el desarrollo del contrato.

3.4.4. Once Millones Setecientos Cuatro Mil Setecientos Diecinueve Pesos con Ochenta Centavos (\$11.704.719,80), con ocasión de saldo a favor de EPM con respecto de incumplimiento de ANS (Atención Niveles de Servicio) del Acta No 8.

3.4.5. Al pago indexado de las anteriores sumas de dinero.

3.4.6. Al pago de los intereses moratorios, desde el momento que EPM tuvo que asumir los sobrecostos del incumplimiento contractual y hasta que AZACAN S.A.S. realice el pago efectivo a EPM.

3.4.7. Se condene a pagar las costas y agencias en derecho.” (ED_02DEMANDA(.pdf) NroActua 2, SAMAI – mayúsculas fijas del original).

2. Hechos

El fundamento fáctico de la demanda (archivo 02 Demanda.pdf – índice 61 SAMAI primera instancia) es, en síntesis, el siguiente:

1) Entre EPM SA ESP y la sociedad Azacan SAS se suscribió el contrato número CW23559 el cual tuvo por objeto el mantenimiento, reposición, extensión y construcción de redes, acometidas y obras accesorias en las redes de acueducto de propiedad de EPM por un valor de \$15.733.680.000, con un anticipo de \$786.684.000 y un plazo de ejecución de 540 días calendario contados desde el

25 de abril de 2018; el asegurador del contrato fue la compañía Liberty Seguros SA y EPM asumió en forma directa la interventoría.

2) El contratista incumplió el contrato porque se retrasó en el pago de las obligaciones laborales y los trabajadores dejaron de asistir a los distintos frentes de obra; en el mes de enero de 2019 EPM le requirió al contratista un plan de acción para superar los retrasos en la ejecución que presentaba; sin embargo, mediante comunicación de 21 de enero de 2019 el contratista manifestó que no tenía disponibilidad de mano de obra ni materiales para atender la ejecución en la zona sur y solicitó la liquidación bilateral del contrato, al tiempo que abandonó las obras.

3) Como consecuencia del incumplimiento del contratista EPM sufrió los siguientes daños:

a) Materiales para la ejecución de obras que EPM le entregó y no fueron reintegrados, por valor de \$8.714.341,05.

b) Pago de parte de las obligaciones laborales que el contratista no asumió por la suma de \$513.948.649.

c) Anticipo sin amortizar por la suma de \$734.238.400 (los intereses sobre esas sumas de dinero ascienden a \$54.025.824,80).

d) Valor de la medida de apremio pactada por la suma de \$6.072.851.

e) Sobrecostos en los cuales incurrió para poder terminar los trabajos no terminados por Azacan por valor de \$1.093.597.231.

f) Saldo de un acta en favor de EPM por la suma de \$11.704.719 por incumplimiento del contratista de los acuerdos de niveles del servicio.

4) El contratista se negó a suscribir el acta de liquidación del contrato en la cual se incluían los montos antes indicados, por lo cual EPM formuló una reclamación ante Liberty Seguros SA por la suma de \$2.422.302.026 que corresponde a la

suma de los valores antes indicados; luego del cruce de varias comunicaciones con la compañía, esta no ha pagado la indemnización correspondiente.

3. Contestaciones de la demanda principal

3.1 Liberty Seguros SA

En la oportunidad legal, Liberty Seguros SA se opuso a las pretensiones de la demanda (archivo 26contestaciondemandaLibertyDigital.pdf – índice 61 SAMAI primera instancia) con sustento en lo siguiente:

1) No es cierto que EPM hubiera incurrido en sobrecostos por la suma de \$1.093.597.231, porque el nuevo contrato que suscribió con el contratista Redyco SAS para cumplir el objeto inicialmente contrato fue por una cifra similar a la pactada con Azacan SAS; tampoco puede reconocerse indexación sobre las sumas hipotéticas referidas en la demanda.

2) La póliza expedida por Liberty no garantizó la amortización del anticipo y, por el contrario, excluyó en forma expresa dicho amparo, por lo cual no le son exigibles los \$734.238.400 que, según se afirma, el contratista dejó de amortizar.

3) Reconoció que debe responder por la suma de \$403.767.685 por concepto de pagos laborales; los \$99.368.763 restantes que se reclaman son por conceptos diferentes a salarios y, por ende, no están amparados en la póliza.

4) No hay prueba de los supuestos materiales no devueltos por el contratista debido a que los materiales debía suministrarlos este último; por su parte, el valor de las medidas de apremio quedó incluido en el cruce de cuentas de la ejecución del contrato que aceptó EPM.

3.2 Azacan SAS

Su oposición a las pretensiones se sustentó en los siguientes argumentos:

1) El litigio solo puede incluir situaciones propias de la relación negocial entre las partes contratantes y en este no pueden discutirse incidencias propias de un contrato suscrito entre EPM y el tercero denominado Redyco SAS, lo ocurrido en ese otro contrato no puede servir de referente para juzgar el presente asunto ni se pueden cobrar en este litigio los sobrecostos que se generaron como consecuencia de aquel.

2) El incumplimiento de Azacan SAS estuvo determinado por la decisión de EPM de disponer la terminación unilateral y anticipada del contrato, momento hasta el cual cumplió *“en la medida que las condiciones financieras y de ejecución, establecidas por EPM, así se lo permitieron”*; la crítica situación económica que tuvo soportar la contratista derivó de la deficiente estructuración financiera del contrato y de la violación del deber de planeación por parte de la entidad contratante.

3) EPM tenía la carga de verificar que la oferta del contratista, que fue la de menor valor y acogió los parámetros dispuestos por la entidad, estaba sustentada en criterios objetivos y coincidía con las necesidades propias del objeto de contrato; el contrato estuvo mal estructurado financieramente porque la facturación real a la cual pudo llegar el contratista fue ampliamente diferente a la que tuvo en cuenta la entidad contratante al estipular la forma de pago el cual se realizaba en mensualidades vencidas; así las cosas, para el momento de la terminación del contrato, era esperable haber facturado un 66,67% mientras que solo se llegó a un 37,91% de avance, lo cual generó dificultades financieras al contratista y desequilibró la economía contractual, por lo tanto, se configura la excepción de contrato no cumplido.

4) Se configuró el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad contractual del contratista debido a que la ejecución de las obras requería permisos, autorizaciones y licencias para ocupar el espacio público, respecto de lo cual Azacan SAS cumplió sus deberes, pero, las autoridades municipales negaron en algunas oportunidades los permisos, lo cual escapaba al control del contratista.

5) No hay lugar a que Azacan SAS asuma los sobrecostos del contrato suscrito entre la entidad contratante y un tercero.

6) El anticipo fue invertido para los fines previstos en el contrato consistentes en pago de nómina, materiales, insumos y equipos, por lo cual no puede cobrarse ningún valor por concepto de anticipo no amortizado ni intereses sobre este.

7) La conducta de EPM desequilibró la ecuación económica del contrato y dejó al contratista en imposibilidad de cumplir; aunque el contratista estaba dispuesto a terminar bilateralmente el contrato, la entidad tomó esa determinación en forma unilateral.

4. Demanda de reconvención del contratista Azacan SAS

El 12 de julio de 2021 (índice 16 SAMAI primera instancia), el contratista formuló demanda de reconvención por considerar que la indebida estructuración financiera del contrato generó desequilibrio económico e impidió la ejecución contractual, tal como lo expuso como fundamento de la contestación de la demanda; elevó las siguientes pretensiones:

“Declarativas

1. Que se declare que el demandado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. incumplió el principio de economía y el deber de planeación a los que estaba obligado a sujetarse en sus procedimientos contractuales, como consecuencia de la deficiente estructuración financiera del Contrato CW23559, suscrito con AZACAN S.A.S.

2. Que se declare que el demandado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. rompió la ecuación financiera del Contrato CW23559 y condujo a AZACAN S.A.S. a un estado de desequilibrio económico

Condenatorias

3. Que se condene al demandado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a restablecer el equilibrio económico del Contrato CW23559, en favor de AZACAN S.A.S.

4. Que, en consecuencia de lo anterior, se condene al demandado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a pagar a AZACAN S.A.S. la suma de cuatro mil seiscientos noventa y seis millones, cincuenta y siete mil trescientos setenta y cinco pesos (\$4.696.057.375), por concepto del desfase de la facturación reflejado durante los 12 meses

en que se prolongó la ejecución del Contrato CW23559 (entre abril de 2018 y marzo de 2019).

5. Que, así mismo, se condene al demandado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a pagar a AZACAN S.A.S. los intereses moratorios causados sobre la suma antedicha, desde el momento en que dio por terminado anticipada y unilateralmente el Contrato CW23559 (13 de febrero de 2019) hasta cuando se produzca el pago efectivo de la misma.

6. Que se ordene la indexación de las sumas de dinero reconocidas en la sentencia que ponga fin al proceso.

7. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.” (pág. 5, archivo 32.Demandaenreconvenición.pdf, índice 16 SAMAI primera instancia – mayúsculas sostenidas del original y negrillas adicionales).

5. Contestación de la demanda de reconvenición

En la oportunidad legal EPM se opuso a las pretensiones de Azacan SAS formuladas en la demanda de reconvenición (archivo 36ContestacionDemandaReconvenicion.pdf), para lo cual adujo lo siguiente:

1) La entidad dejó claro que las cantidades de obra eran variables y obedecerían a la necesidad de la empresa y de la prestación del servicio, por lo tanto la cantidad de items a ejecutar no estaba previamente establecida; el contratista conocía esta situación desde la presentación de la oferta.

2) No hubo desequilibrio económico del contrato ya que siempre se mantuvieron las condiciones iniciales de contratación y EPM cumplió con todos sus compromisos contractuales.

3) La terminación del contrato estuvo fundamentada en el incumplimiento grave del contratista quien abandonó las obras, por lo cual está obligado a indemnizar los daños causados.

6. La sentencia apelada

El 24 de mayo de 2022, (archivo 75.Niegapretensiones.pdf), el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala 4 de Oralidad denegó las súplicas de la demanda principal y las de la demanda de reconvención, con sustento en las razones que a continuación se resumen:

1) Las pretensiones de la demanda de reconvención están llamadas al fracaso porque el contrato fue liquidado unilateralmente y no se demandó la liquidación; el acta de liquidación unilateral del contrato presta mérito ejecutivo y EPM determinó en esta las sumas a cargo del contratista y de la compañía aseguradora, razón por la cual el medio de control de controversias contractuales no es procedente respecto de las pretensiones de la demanda principal.

2) Las súplicas incoadas en contra de Liberty Seguros SA no prosperan porque, aunque la póliza *“no presta mérito ejecutivo, la discusión se traslada al presunto incumplimiento del contrato de seguro por parte de Liberty Seguros S.A, sin embargo esto no hizo parte de las pretensiones de la demanda principal ni de la causa petendi y, por tal motivo, en virtud del principio de congruencia, no puede emitirse ningún pronunciamiento ni proferir ninguna declaración y/o condena al respecto”* (pág. 17-18, archivo 75.Niegapretensiones.pdf).

3) El contrato es de derecho privado y, por ende, no son aplicables las normas de la Ley 80 de 1993 que prevén el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato; solo habría lugar a la revisión del contrato por excesiva onerosidad en los términos del artículo 868 del Código del Comercio pero no están acreditados los supuestos previstos en dicha norma ya que, se trata de un contrato terminado y no de prestaciones de futuro cumplimiento, circunstancia que impide la prosperidad de la demanda de reconvención.

4) La parte vencida debe asumir las costas del proceso en los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual es indiferente su conducta procesal.

7. Los recursos de apelación

7.1 Empresas Públicas de Medellín

En la oportunidad legal solicitó que se revoque la sentencia apelada y se acojan las pretensiones (archivo 78RecursoApelacioneEPM), para cuyo propósito razonó de la siguiente manera:

1) No existe un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato ni títulos ejecutivos con sustento en los cuales EPM pueda reclamar lo pretendido en la controversia que ahora se decide; el régimen jurídico del contrato es de derecho privado, la entidad carece de competencia para imponer decisiones unilaterales y la liquidación solo podía ser bilateral, razón por lo cual el juez de primera instancia de contrato denegó justicia por no resolver de fondo las pretensiones de la demanda principal.

2) El documento denominado acta de cierre de cuentas no es un acto administrativo, EPM no goza de prerrogativas o competencia para cobrar coactivamente los créditos en su favor ni para declarar obligaciones, lo cual solo es permitido a la administración por medio de acto administrativo.

3) El ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales no es incompatible con las pretensiones planteadas, por el contrario, el artículo 141 del CPACA permite su ejercicio para reclamar la declaración de incumplimiento del contrato y las indemnizaciones y condenas a las que haya lugar; aunque existan diversas acciones procedentes el demandante puede escoger la que considere idónea.

7.2 Azacan SAS

La sociedad demandante, por su parte, sustentó su inconformidad e insistió en las pretensiones de la demanda (archivo 80RecursoApelacionAZACAN.pdf) como se resume a continuación:

1) Aún en los contratos de derecho privado está involucrado el ejercicio de función pública y la prestación de los servicios a cargo del Estado, razón por la cual el contratista también tiene derecho a que se mantenga el equilibrio económico de la relación contractual.

2) La sentencia de primera instancia es contradictoria porque, pese a que cita decisiones del Consejo de Estado según las cuales las entidades exceptuadas del estatuto de contratación no profieren actos administrativos, seguidamente concluye que la liquidación del contrato corresponde a esta categoría de decisiones unilaterales y sostiene que este debe demandarse, aún si no fue notificado al demandante.

3) El tribunal desconoció las pruebas aportadas al proceso y que revelan la existencia de desequilibrio económico del contrato, la indebida planeación financiera atribuible a la entidad que lo enfrentó a la difícil situación económica y el hecho de que el contratista solo empezó a incumplir en diciembre de 2018 y que en el mes siguiente la entidad tomó la decisión de terminar el contrato.

4) En su condición de contratista Azacan SAS estuvo dispuesto a suscribir la liquidación bilateral del contrato con el fin de superar los problemas de la ejecución y resolver en forma amistosa el conflicto con su contraparte, pero, EPM tomó las decisiones en forma unilateral para ocultar su propia culpa y poder señalarlo como incumplido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo¹, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i)

¹ En forma previa se verifica que no operó caducidad respecto de las pretensiones de la demanda principal ni de la de reconvención, toda vez que el contrato terminó el 13 de febrero de 2019 por determinación de EPM (archivo 24.pdf); en las condiciones contractuales se estableció que la liquidación sería dentro de los 180 días calendario siguientes a la terminación (numeral 7.3 condiciones particulares de la obra, archivo 21.pdf), esto es, el plazo para liquidar venció el 14 de agosto de 2019 y, consecuentemente, el de caducidad de la acción el 13 de agosto de 2021, mientras que la demanda principal se presentó el 18 de febrero de 2021 (ED_01CONSTANCIARECEPCIO(.pdf) NroActua 2, SAMAI) y la de reconvención el 12 de julio de 2021 (índice 16 SAMAI primera instancia), esto es, en forma oportuna.

objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) procedencia e idoneidad del medio de control de controversias contractuales, (iii) el incumplimiento contractual de Azacan SAS, (iv) cuantía de los perjuicios sufridos por EPM, (v) responsabilidad de la compañía aseguradora Liberty Seguros SA, (vi) el equilibrio económico del contrato y ausencia de derecho del contratista para reclamar su restablecimiento y, (vii) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) La demanda principal se dirigió a obtener la declaración de incumplimiento del contratista, la efectividad de la garantía del contrato y la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento; el contratista demandado se opuso a las pretensiones por considerar que la indebida planeación financiera del contrato la dejó en imposibilidad de cumplir y desequilibró la ecuación económica del contrato, por lo cual reclama que se reconozca la excepción de contrato no cumplido; además, formuló demanda de reconvención para que se condene a EPM a restablecer dicho equilibrio; finalmente, la aseguradora se opuso a la cuantía de la indemnización pretendida por EPM y pidió aplicar las exclusiones acordadas en la póliza, especialmente la de falta de amortización del anticipo, riesgo que consideró no amparado.

2) El tribunal de primera instancia negó las pretensiones de ambas demandas; las de la principal por considerar que la acción es indebida, EPM debió acudir a la acción ejecutiva para cobrar la indemnización de perjuicios y no se demandó el incumplimiento del contrato de seguro; en cuanto a la de reconvención, el contratista no tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico porque el contrato es de derecho privado y el artículo 868 del Código de Comercio solo es aplicable respecto de prestaciones de futuro cumplimiento y no por un contrato terminado.

3) Los dos extremos de la relación contractual apelaron e insistieron en las pretensiones formuladas en la demanda principal y en la de reconvención; EPM sostuvo que en razón del régimen del contrato sus decisiones no son actos administrativos que puedan ser exigidas por jurisdicción coactiva e insistió en la

procedencia del medio de control escogido; por su parte, Azacan SAS considera que no estaba obligada a demandar la liquidación del contrato y que probó el desequilibrio económico del contrato el cual fue generado por la indebida planeación atribuible a la contratante.

4) La Sala revoca parcialmente la sentencia apelada y, en su lugar, acoge parcialmente las pretensiones de la demanda principal por considerar que el medio de control de controversias contractuales es procedente y está probado el incumplimiento de la sociedad contratista el cual no fue determinado por EPM y, en consecuencia, se determina la responsabilidad de la aseguradora en los términos de la póliza expedida por esta, lo cual sí fue pedido expresamente por la entidad contratante; de otro lado, se confirma el fallo adverso a las pretensiones de la demanda de reconvención toda vez que, tal como lo sostuvo el tribunal de primera instancia, las normas de la Ley 80 de 1993 que regulan el derecho al restablecimiento del equilibrio contractual no son aplicables al contrato materia de al litis, regido por el derecho privado, no se dan los supuestos previstos en el artículo 868 del Código de Comercio, al tiempo que la posibilidad de variación en las cantidades de obra fue prevista por las partes y aceptada por estas.

2. Procedencia e idoneidad del medio de control de controversias contractuales

1) El medio de control de controversias contractuales promovido por EPM es idóneo para tramitar y resolver de fondo sus pretensiones, para lo cual es indiferente el régimen jurídico del contrato y la naturaleza de los actos expedidos.

2) En efecto, son contratos estatales todos aquellos suscritos por las entidades del Estado lo cual incluye a EPM por ser una empresas industriales y comerciales del Estado, con independencia del hecho de que su objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios y, en tal virtud, sus contratos se rijan por el derecho privado en los términos del artículo 32 de la Ley 142 de 1994².

² Ley 142 de 1994, "ARTÍCULO 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado."

3) En ese contexto, el mecanismo procesal idóneo para discutir judicialmente asuntos como el incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, que es lo reclamado por EPM en este caso concreto, es el de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.” (destaca la Sala).

4) En efecto, lo pretendido por EPM en este proceso es que se declare incumplida a su contraparte, se le indemnicen los perjuicios causados con este y que se haga efectiva la garantía del contrato, peticiones que derivan de un contrato suscrito entre las partes, razón sencilla pero suficiente para concluir que el medio de control idóneo para plantearlas judicialmente es el escogido por la referida empresa de servicios públicos domiciliarios.

5) Contrario al entendimiento del tribunal de primera instancia, EPM no tenía facultades para liquidar unilateralmente el contrato con efectos de acto administrativo unilateral por razón del régimen del contrato; las partes acordaron que ante la ausencia de acuerdo que permitiera liquidar el contrato bilateralmente, EPM efectuaría un cierre de cuentas y tomaría las medidas necesarias para exigir sus derechos, lo cual no excluye la posibilidad de acudir al juez del contrato; lo pactado sobre liquidación del contrato es del siguiente tenor:

“7.3. Liquidación

Dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la fecha de terminación de las obras, LAS PARTES elaborarán un documento de “liquidación” dentro del cual dejarán constancia expresa

del cumplimiento de las obligaciones principales, el soporte que existe para ello y la condición de “paz y salvo” a la que se ha llegado.

En la etapa de liquidación LAS PARTES acordarán los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacciones a que haya lugar con ocasión de la ejecución del contrato. En el acta de liquidación bilateral constarán, además, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen LAS PARTES para poner fin a las divergencias presentadas y declararse a paz y salvo.

Para la liquidación del contrato EL CONTRATANTE le exigirá a EL CONTRATISTA la extensión o ampliación de las garantías que sean pertinentes, con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones que puedan presentarse después del vencimiento del plazo del contrato.

Si EL CONTRATISTA no se presenta a la liquidación del contrato, o LAS PARTES no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, vencido el término establecido para la liquidación, EL CONTRATANTE procederá a efectuar un cierre de cuentas y tomará las medidas que sean necesarias para cumplir con las obligaciones y exigir los derechos que resulten, según sea el caso. (pág. 59 prueba 12.pdf, Condiciones particulares de la obra – mayúsculas fijas del original y negrillas adicionales).

6) En esa perspectiva, EPM elaboró el documento denominado “acta de cierre de cuentas” (archivo prueba 38.pdf) en el cual recogió la información de lo ejecutado, los valores pagados al contratista y a terceros con ocasión del contrato, lo dejado de ejecutar, las medidas de apremio tomadas por la entidad y los perjuicios que el incumplimiento le generó; sin embargo, este documento no tiene la naturaleza de acto administrativo y, por ende, no puede ejecutarse por la vía coactiva en los términos del artículo 99 del CPACA³ ni tampoco era

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“ARTÍCULO 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

(...).

5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.”.

necesario o perentorio su control judicial para efectos de que el conflicto pueda y deba ser resuelto por el juez del contrato; además, el medio de control de controversias contractuales no tiene carácter residual o subsidiario, esto es, su procedencia no exige la ausencia de otros mecanismos de control judicial, de modo tal que nada obsta para que las partes del contrato puedan acudir a este para obtener la declaración judicial del derecho que pretenden, con independencia de la posibilidad de reclamarlas por otras vías, incluida la ejecutiva, aunque esto último no era viable en el presente caso.

7) De conformidad con lo antes expuesto, EPM tiene pleno derecho de acudir ante el juez del contrato en procura de la decisión de las controversias surgidas con su contratista, el medio de control escogido es el previsto para tal efecto en la ley y, por ende, sus reclamos deben ser decididos de fondo tal como lo reclama en el recurso de alzada.

3. El incumplimiento contractual de Azacan SAS

1) Azacan SAS no discute y, por el contrario, está plenamente probado que incumplió el contrato; la defensa del contratista se sustenta en que su incumplimiento fue determinado en forma directa por la indebida planeación financiera del contrato por parte de EPM, lo cual quedó desvirtuado.

2) El acta de inicio del contrato, cuyo plazo de ejecución se pactó en 540 días calendario, se suscribió el 25 de abril de 2018 (prueba 19.pdf pruebas demanda) y el incumplimiento del contratista se evidenció a partir de diciembre del mismo año cuando se verificó que el contratista no atendió el objeto contratado en los tiempos previstos, circunstancia que generó acumulación de solicitudes de los usuarios que se quedaron sin atender en los términos de los niveles de servicio acordados⁴.

⁴ En esa oportunidad el jefe de la Unidad de Operación y Mantenimiento Provisión Aguas de EPM le remitió un oficio a la contratista en los siguientes términos: *“Haciendo el seguimiento a las órdenes de trabajo del contrato, EPM ve con gran preocupación como a partir de la segunda quincena del mes de diciembre de 2018 hasta la fecha, no se han ejecutado los trabajos en los tiempos de atención establecidos contractualmente de las actividades de reparación de daños, llenos, pavimentos y las actividades de inversión, lo que ha generado una acumulación sustancial de solicitudes.”* (prueba 20.pdf pruebas demanda).

3) En respuesta, mediante oficio de 21 de enero de 2019, el contratista solicitó la liquidación bilateral del contrato y ofreció cederlo si EPM lo encontraba viable⁵; el 25 de enero de 2019 EPM manifestó su intención de terminar el contrato por graves incumplimientos del contratista y cese total de la ejecución del contrato⁶.

⁵ En el documento suscrito por el representante legal de Azacan SAS se lee lo siguiente: *“En atención a su oficio 20190130005887 y dada nuestra conversación del día de hoy , en la que se expusieron los diversos inconvenientes que en la actualidad presenta el contrato, nos permitimos muy respetuosamente solicitar a EPM la liquidación bilateral del mismo, por lo cual quedamos atentos a sus instrucciones con el propósito de que la misma se realice de común acuerdo entre las partes; incluso, no nos apartamos de la posibilidad de una cesión si para EPM es una opción aceptable”* (prueba 21.pdf pruebas demanda).

⁶ En el oficio de 25 de enero de 2018 remitido al contratista por la vicepresidenta de Suministros y Servicios Compartidos de EPM señaló lo siguiente: *“Considerando las comunicaciones cruzadas, correos enviados por AZACAN S.A.S, y las conversaciones telefónicas sostenidas entre las partes, EPM ha realizado el análisis técnico, financiero y jurídico de la situación en la que se encuentra actualmente el contrato de la referencia, con fundamento en el cual, se hacen las siguientes observaciones:*

- *AZACAN ha presentado una serie de incumplimientos desde el 13 de diciembre de 2018, los cuales se relacionan en la comunicación enviada por EPM el 18/01/2018 con radicado 20190130005887.*
- *Retrasos en los pagos de las nóminas de la segunda quincena de diciembre y primera quincena de enero al personal del contratista, radicado 20190130003136 de 10/01/2019 y 20190130005657 de 21/01/2019*
- *Falta de materiales y disponibilidad de los trabajadores para la ejecución de las actividades del contrato, tal como lo relaciona el director del Proyecto en correos del 18 y 21 de enero de 2019, donde también solicita que para que Las Empresas Públicas tome medidas de contingencias en el caso de un evento en las redes de acueducto de la zona Sur del Valle de Aburrá, y comunicación 20190130006322 de 18/01/2019.*
- *El cese total de actividades del contratista AZACAN en la zona sur con el contrato de mantenimiento, desde el 18 de enero de 2019, ocasionando traumatismo en la atención del mantenimiento en el área de influencia del contrato, lo que ha obligado a EPM a disponer de personal, maquinaria y equipo propios, además de desplazar los recursos del contrato de mantenimiento de la zona norte para atender los daños más urgentes en el sector sur, como parte de su responsabilidad empresarial ante la comunidad afectada, ha implicado incurrir en costos adicionales y onerosos a los estimados por la Empresa para garantizar la prestación del servicio 370 de acueducto y atender las solicitudes de sus clientes en dicho sector.*
- *AZACAN reconoce que presenta inconvenientes para continuar con la ejecución del contrato y solicita la Liquidación bilateral del mismo, mediante comunicación CW23559-OP-059-2019-EPM del 21/01/2019.*

AZACAN presenta dificultades operativas y problemas con el flujo de caja, que llevan a retrasos en los pagos de los trabajadores, de sus proveedores y falta de materiales para la ejecución de la obra.

Esta situación se constituye en un incumplimiento grave, que genera impactos negativos para EPM en cuanto a la calidad de la prestación del servicio, aumento del indicador de agua no contabilizada, mayores costos de reparación por el incremento de las afectaciones de la malla vial en los diferentes municipios atendidos con este contrato, que a su vez conllevan a la demora en la pavimentación de zanjas y apiques, originando aumento del número de quejas por el retraso y/o la no atención oportuna de los requerimientos o solicitudes de los usuarios y altos riesgos de accidentalidad.” (...).

4) El 13 de febrero de 2019 (prueba24.pdf pruebas demanda), EPM terminó unilateralmente el contrato por incumplimiento grave del contratista⁷, con ocasión de las razones señaladas en el oficio anterior y por no encontrar justificado el incumplimiento debido a que EPM pagó en tiempo las cuentas de cobro, las condiciones de la contratación y los horarios para la prestación del servicio fueron conocidas por el contratista desde la fase precontractual.

5) Azacan SAS no cuestiona el incumplimiento y reconoce que solicitó la liquidación bilateral del contrato porque su situación financiera hacía imposible ejecutarlo; sin embargo, atribuyó esa circunstancia a la indebida planeación económica del contrato porque los porcentajes de ejecución real fueron menores a aquellos informados por la entidad contratante y que tuvo en cuenta para confeccionar la oferta; contrario a ese entendimiento, lo demostrado en este proceso es que los oferentes siempre conocieron que el contrato sería a precios unitarios y las cantidades de obra a ejecutar serían variables por razón de las necesidades del servicio.

⁷ Según lo dispuesto en las condiciones generales de contratación 7.2 sobre terminación anticipada del contrato por incumplimiento de una de las partes en los siguientes términos:

“Además de las causales de terminación anticipada del contrato, previstas en el numeral 5.9. de la Condiciones Generales Contratación Bienes y Servicios y con fundamento en los artículos 1546 y 1602 del Código Civil colombiano, en concordancia con el artículo 870 del Código de Comercio, las partes acuerdan que el contratante cumplido podrá dar por terminado el contrato en forma anticipada, cuando se presente un incumplimiento grave, total o parcial, de las obligaciones a cargo de una parte. Se considera, entre otros, como incumplimiento grave de:

EL CONTRATISTA, la ocurrencia de uno de los siguientes eventos:

- a) Cuando haya incurrido en causales de medidas de apremio provisionales que superen el dos por ciento (2%) del valor del contrato;*
- b) El incumplimiento de una obligación ambiental que dé lugar a la revocatoria de un permiso o licencia ambiental;*
- c) El incumplimiento que dé lugar a que EL CONTRATANTE incumpla una obligación de carácter regulatorio o legal;*
- d) El incumplimiento de lo previsto en la cláusula de las Condiciones Generales Contratación Bienes y Servicios en cuanto a las obligaciones de protección a la información personal,*
- f) El incumplimiento en los pagos de salarios, obligaciones laborales y liquidación a un porcentaje superior al 50% del personal vinculado al contrato por dos o mas periodos de pago consecutivos.*

EL CONTRATANTE:

- a) El no elaborar y envío de las órdenes de pago de las respectivas actas de obra por más de tres periodos consecutivos sin justa causa-*

Para garantizar el debido proceso y el derecho de contradicción, la parte que invoca la causal a través del representante legal, para el caso de EL CONTRATISTA, o el competente por parte de EL CONTRATANTE, comunicará a través de la funcionalidad del sistema de información habilitada para recibir comunicaciones y notificaciones, la decisión de iniciar el proceso de terminación anticipada del contrato, indicándole la causal que se invoca.”

6) El objeto contractual consistía en el “*mantenimiento, reposición, extensión, construcción de redes, acometidas y otras accesorias de la infraestructura de las redes de acueducto de EPM*” (pág. 3 prueba12.pdf pruebas demanda) en una zona determinada del municipio de Medellín; en las condiciones particulares de obra y en el anexo técnico aceptados por el oferente Azacan SAS⁸ se precisó, en forma expresa e inequívoca, que las cantidades de obra requeridas podían variar de acuerdo con las necesidades del servicio.

a) En el primero de los referidos documentos se previó lo siguiente respecto de los precios unitarios de la obra:

“5. CONTRATO

5.1. Valor

*El valor inicial del contrato es estimado y corresponde al valor por el que la oferta fue aceptada. **El valor final será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por EL CONTRATANTE, por los precios unitarios aceptados y los pactados en el caso de obra adicional y extra**; el valor de reconocimientos a que haya lugar de ser el caso y el valor de los reajustes a que haya lugar en los precios de la obra contractual y adicional y en la extra si así se pactó expresamente en forma justificada. Si el oferente incluyó en los precios de su oferta valores correspondientes a especificaciones o características no solicitadas, EL CONTRATANTE al momento de la aceptación definirá si acepta o no, lo no solicitado, de no aceptarlo, del valor de la oferta se descontará el valor de lo no solicitado para efectos de determinar el valor inicial del contrato.*

5.2. Plazo de ejecución

Corresponde al plazo dentro del cual se deben realizar las obras “objeto” del contrato, así como la entrega y recepción de las mismas - se fija en quinientos cuarenta (540) días calendario, contados a partir de la fecha que se señale en la orden de inicio.

(...).

5.4. Forma de pago

⁸ En la carta de presentación de la oferta, Azacan SAS, a través de su representante legal, señaló: “*Manifiesto que he comprendido el contenido de la solicitud de ofertas, incluidas sus informaciones, aclaración y/o modificaciones (si las hubiere), las condiciones generales de la contratación de bienes y servicios y demás anexos del proceso, acepto las exigencias contenidas en ellos y garantizo que la oferta cumple con las mismas. (...) igualmente se adquiere el compromiso de ejecutar el contrato por los precios cotizados (o ajustados de ser el caso), en las condiciones contractuales y técnicas exigidas en los documentos de esta solicitud de oferta (...).* (pág 1 Prueba10.pdf pruebas demanda).

Durante la ejecución del contrato EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA los valores facturados por éste y aprobados por el mismo, a los treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de radicación de la factura previo el cumplimiento de los requisitos que más adelante se indican y elaborada con el cumplimiento de todos los requisitos legales, tanto de forma como de contenido. Si la fecha de pago corresponde a un día no hábil, éste se hará el día hábil siguiente.” (pág. 27 prueba12.pdf pruebas demanda – mayúsculas fijas del original y negrillas adicionales).

b) Por su parte, en el anexo técnico se dispuso lo siguiente:

“Normas y especificaciones de construcción

1.1 Generalidades

EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta que las cantidades de órdenes de trabajos entregadas para su ejecución pueden variar, ya que éstas dependen de las necesidades de EPM y deberá estar preparado para reprogramar sus recursos, de acuerdo con los requerimientos.” (pág. 2 prueba18.pdf pruebas demanda – mayúsculas sostenidas y negrillas originales).

7) Adicionalmente, el contratista no probó que las referidas estipulaciones lo hubieran dejado en imposibilidad de cumplir; si bien alegó que la baja ejecución lo afectó financieramente al punto de impedirle continuar con el contrato, no se presentaron evidencias que respalden dicha situación, por el contrario, consta que la oferta fue por \$15.733.680.000 para ser ejecutados en 540 días (pág 12 prueba10.pdf pruebas demanda); distinto a lo afirmado en la demanda, se probó que las cantidades de obra estimadas aumentaron por lo cual el 3 de octubre de 2018 se modificó el contrato con obra adicional y obra extra en la suma de \$533.609.520 (prueba 15.pdf pruebas demanda), y el 29 de noviembre de 2018 en la suma de \$61.730.050 por concepto de obra extra (prueba16.pdf pruebas demanda).

8) El dictamen financiero de parte aportado por Azacan SAS señala que no se respetó la estructura financiera del proyecto debido a que la expectativa del contratista, según el valor inicial y sus adiciones, era que el proyecto tuviera un valor mensual de \$907.167.754 y amortizar \$131.114.000 mensuales de anticipo con el fin de terminar de hacerlo en un 100% en un plazo de 12 meses; el perito concluyó que la facturación total fue de \$6.189.955.671 lo cual equivale a un

37,91% del valor total del contrato y que debía haberse ejecutado al menos un 66,67% para mantener la estructura financiera del oferente (archivo 7062201 dictamenfinal.pdf pruebas contestación Azacan).

9) Las conclusiones del perito únicamente revelan cuál fue el valor estimado del contrato y el porcentaje de ejecución para el momento de la terminación (lo cual ocurrió entre el 25 de abril de 2018 y el 18 de enero de 2019, fecha esta última de la terminación del contrato), sin embargo, no demuestra la forma en que los porcentajes de ejecución indicados dejaron a Azacan SAS en imposibilidad de ejecutar las prestaciones que estaban a su cargo, no se refiere a la estructura de costos que dispuso el contratista para sustentar su oferta, los inventarios de materiales necesarios para la ejecución, los valores del personal, equipos y, en general, los gastos fijos y variables que el contratista debía asumir mensualmente para mantener en funcionamiento la estructura ofertada para ejecutar ni la forma en que esto se vio afectado de cara a la capacidad financiera (índice de liquidez, capital de trabajo, índice de endeudamiento y patrimonio) que la empresa debía acreditar para quedar habilitada en los términos de las condiciones particulares de obra.

10) En ese contexto fáctico y probatorio, el incumplimiento del contratista no está justificado porque conoció y aceptó que las cantidades de obra podían variar, esto es, que no eran fijas ni la entidad se obligó a garantizar un determinado valor de ejecución mensual; además, no acreditó que el cumplimiento de esa obligación le impuso una carga abiertamente desproporcionada que lo dejó en imposibilidad de cumplir, pues, el dictamen solo da cuenta de que el contrato no se ejecutaba en exactas proporciones mensuales en razón del valor total estimado, premisa no suficiente para tener por justificado el incumplimiento contractual que Azacan SAS no controvertió.

11) De conformidad con lo expuesto, la súplica de la demanda principal relativa a la declaración de incumplimiento formulada por EPM en contra de Azacan SAS prospera y, por ende, esta última está obligada a resarcir los perjuicios derivados de su conducta antijurídica, los cuales se determinan en el siguiente acápite.

4. Cuantía de los perjuicios sufridos por EPM

En la demanda principal EPM reclama indemnización de los siguientes valores: (i) materiales entregados por EPM al contratista que no fueron reintegrados, (ii) obligaciones laborales que el contratista incumplió y EPM asumió, (iii) suma del anticipo que quedó sin amortizar, (iv) valor de la medida de apremio aplicada por EPM, (v) saldo de un acta en favor de EPM por desconocimiento del acuerdo de niveles de servicio y, (vi) sobrecostos en los cuales incurrió EPM en el nuevo proceso de contratación necesario para cumplir con el objeto inicialmente contratado con Azacan SAS, por lo cual la Sala se pronuncia a continuación sobre cada uno de estos:

4.1 Materiales entregados por EPM al contratista que no fueron reintegrados

Contrario a lo que estimó el tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo pactado por las partes, aunque el contratista debía suministrar los materiales de obra, existía un porcentaje menor de estos que era entregado por EPM y que el contratista debía reintegrar mediante un procedimiento previamente establecido. El anexo técnico del contrato reguló dicho aspecto del contrato en los siguientes términos:

“NOTA: EPM suministrará las tuberías de Polietileno, PVC, BIAxIAL, válvulas, hidrantes, accesorios en hierro dúctil, uniones de transición, collares, medidores, entre otros para la construcción y/o reposición de redes y para la reparación de daños en redes, las cuales serán entregados por los almacenes de EPM o PROVEEDORES en una bodega o almacén ubicado en el Valle de Aburra donde EL CONTRATISTA podrá reclamar los suministros cuando se requieran, previa autorización de la Interventoría.

Es importante que el proponente tenga en cuenta en sus propuestas, estos suministros por parte de EPM.

La persona designada por el CONTRATISTA para recoger los elementos debe entregar en los despachos, adicional al formato descrito en el párrafo anterior, la orden de autorización firmada por el Interventor de EPM, en ningún caso se harán entregas sin autorización de la Interventoría.

EL CONTRATISTA entregará a EPM una programación mensual de las tuberías que requiera para la ejecución de las obras, las cuales serán suministradas por EPM.

EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta para el manejo de los materiales entregados por EPM que para todas las tuberías el nivel máximo de desperdicio será del uno por ciento (1%). EPM se reserva el derecho de modificar dichos porcentajes de acuerdo con los resultados de mediciones en obra y/o con base en la experiencia de instalación de redes de gas o de otros servicios. El material de desperdicio y los productos defectuosos deberán reintegrarse al almacén de EPM. EL CONTRATISTA asumirá el valor del material de desperdicio y de los productos defectuosos que no sean reintegrados, al igual que el valor del material que exceda los niveles máximos de desperdicio establecidos.

Los materiales que deban ser reintegrados deberán entregarse limpios, pesados y medidos para que sirvan para futuros usos, en el lugar que se indique oportunamente. El transporte correrá por cuenta del CONTRATISTA.

Los materiales serán entregados solo a aquellas personas que sean autorizados por EL CONTRATISTA, para esto deberán diligenciar un formato con el nombre de la persona, cédula, descripción del elemento a retirar, cantidad y número de placa del vehículo en el cual se transportara los materiales. LOS PROVEEDORES deberán verificar esta información antes de entregar los insumos conjuntamente con la Interventoría. El cargue de los bienes a EL CONTRATISTA será por cuenta de LOS PROVEEDORES quienes serán responsables de todo riesgo o siniestro sobre cada uno de los bienes que se propone suministrar, hasta tanto no haga entrega física de los mismos en el sitio contractualmente indicado. Una vez recibidos los materiales por EL CONTRATISTA a conformidad, son de su entera responsabilidad. EPM no se hace responsable por aquellos bienes que LOS PROVEEDORES entreguen en sitios diferentes al indicado contractualmente.

El transporte de los materiales que suministre EPM, desde el sitio de recogida hasta el sitio de la obra, será por cuenta de EL CONTRATISTA, al igual que el transporte que se utilizará para el reintegro de los materiales no utilizados.” (pág 2 prueba48.pdf documentos demanda – mayúsculas fijas del original).

De lo expuesto se colige que existía un procedimiento contractual previsto en forma expresa para la entrega de estos materiales, en el cual debía quedar constancia escrita de la autorización de la interventoría para la entrega de materiales y el acta o formato de entrega correspondiente; a pesar de que no se aportaron estos documentos, EPM presentó un anexo contentivo de los materiales no reintegrados ni utilizados en obra (prueba42.pdf pruebas demanda) y Azacan SAS reconoció como cierto el hecho de la demanda⁹ según el cual recibió y no reintegró estos materiales, razón por la cual se reconocerá el valor reclamado,

⁹ En la demanda se afirmó: “H. El contratista AZACAN S.A.S. recibió por parte de EPM materiales para la ejecución de las obras, de los cuales no devolvió la totalidad, adeudando a la empresa el valor de \$8.714.341.05, los cuales se pueden evidenciar en la prueba documental No. 42.” (pág. 10 demanda.pdf).

esto es, la suma de \$8.714.341.05 en los términos reclamados en la pretensión 2.3.5 de la demanda principal.

Valor a pagar a EPM por materiales no reintegrados: \$8.714.341,05

4.2 Obligaciones laborales

El contratista Azacan SAS reconoce como cierto que, por razón de su situación financiera, le solicitó a EPM asumir el pago de obligaciones laborales con cargo a los recursos facturados y pendientes de pago al contratista, por valor de \$227,033,399.20; sin embargo, lo reclamado en la demanda no es dicha suma la cual era de propiedad de Azacan SAS; EPM reclama que adicionalmente pagó \$513,948,649.00 por concepto de obligaciones laborales de Azcacan SAS con su personal, valor este que es el pretendido a título de indemnización.

EPM aportó las autorizaciones suscritas por el representante legal de Azacan SAS que se relacionan a continuación, con el fin de que EPM realizara pagos laborales en forma directa:

Fecha	Autorización	Ubicación prueba
1 de febrero de 2019	Seguridad social con cargo a facturas 555, 556 y 557 (no se precisa valor)	Prueba27.pdf
7 de marzo de 2019	\$70.063.400 pago de seguridad social del mes de enero de 2019 “con cargo a actas pendientes de pago”.	Prueba28.pdf
4 de abril de 2019	\$241.900.148,99 autorizó pagar salarios sin cargo a actas o cuentas pendientes en favor del contratista	Prueba29.pdf
4 de abril de 2019	\$1.300.100 planilla de seguridad social de febrero de 2019 (con cargo a facturas pendientes de pago)	Prueba30.pdf
29 de abril de 2019	\$147.536.688 acreencias laborales con cargo a actas pendientes de pago	Prueba31.pdf

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

6 de junio de 2019	\$114.205.868 autorizó pagar salarios sin cargo a actas o cuentas pendientes en favor del contratista	Prueba32.pdf
25 de junio de 2019	\$93.540.753 por prestaciones sociales \$6.685.100 \$3.285.500 \$535.900 Estos tres últimos conceptos por planillas de aportes a seguridad social. Todo lo anterior con cargo a actas pendientes de pago.	Prueba33.pdf

Adicionalmente, esto es, además de los pagos realizados en virtud de lo anterior por autorización de Azacan SAS, EPM probó haber suscrito acuerdos de transacción con el fin de zanjar las deudas de Azacan SAS con sus empleados durante la ejecución del contrato, para lo cual aportó los correspondientes contratos de trabajo (prueba51.pdf pruebas demanda), los acuerdos transaccionales y los comprobantes de egreso -en los cuales se identifica plenamente que lo acordado corresponde a acreencias laborales derivadas del contrato materia de la litis que el contratista dejó de pagar- (prueba 52.pdf pruebas demanda), con las personas y por los valores que se relacionan a continuación:

Abel Arango Ramírez	\$2.735.116
Adán Atehortúa	\$4.032.511
Adán de Jesús Cano Castro	\$1.479.149
Aicardo de Jesús Pabón Correa	\$2.433.221
Albeiro de Jesús Ramírez Gil	\$4.763.118
Álber Wilson Gallo Quintero	\$3.097.276
Álbert Augusto Álvarez Arroyave	\$1.375.570
Alcides Manuel Torreglosa Vertel	\$1.856.743
Aldemar Bermúdez Franco	\$10.992.551
Alejandro Rivas Ibarguen	\$2.362.170
Alejandro Vanegas Tejada	\$950.072
Alpidio Arango	\$1.867.157
Álvaro García Cabrales	\$2.083.575
Ana Milena Estrada Trejos	\$3.118.954

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

Ánderson Rojas Quiroz	\$1.491.732
Andrés Felipe Calle Zapata	\$1.715.068
Ángel María Mosquera Valencia	\$3.332.321
Antonio José Restrepo Duque	\$3.610.172
Arbey de Jesús Cano	\$3.107.343
Armando de Jesús Jaramillo Vásquez	\$1.018.556
Aurelio Alberto Londoño Londoño	\$2.730.527
Benjamín Benítez Mosquera	\$4.340.554
Bernardo Antonio Ramírez	\$2.901.986
Bernardo Torres Ríos	\$3.012.814
Bibiana Marcela Arboleda Marín	\$179.008
Carlos Alberto Rodríguez Guisao	\$806.940
Carlos Alberto Sánchez Vélez	\$1.000.870
Carlos Alfredo Guzmán Rojas	\$3.049.445
Carlos Enrique Vélez Jaramillo	\$1.192.644
Carlos Mario Arroyave Cárdenas	\$2.807.874
Carlos Mario Mercado Guerrero	\$919.128
Carmelo Valencia Córdoba	\$1.886.494
César Augusto Rodríguez López	\$626.100
Cristian Geovanny Henao Chamorro	\$839.043
Cristian Geovanny Henao Chamorro	\$170.000
Daniel Augusto García Gil	\$2.837.324
Daniela Higueta Valencia	\$1.852.870
Daniela Sánchez Valencia	\$3.576.457
Danitsa Alejandra Manrique	\$2.311.596
Darío Alonso Puerta	\$1.624.080
Darío de Jesús Céspedes Villa	\$2.714.681
Darío de Jesús Correa Londoño	\$577.400
Darío de Jesús Isaza Carmona	\$1.156.088
Denis Janett Rendón Salazar	\$7.650.150
Denis Janett Rendón Salazar	\$4.795.477
Desiderio Eliécer Sánchez García	\$1.508.486
Diego de Jesús Rendón Trejos	\$3.581.291
Duván Arley Gutiérrez Arroyave	\$925.190
Édier Urrergo Urrego	\$825.824
Edith Patricia Gómez Gutiérrez	3.218.713

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

Edwin Cetré Torres	\$310.057
Edy Johana Flórez Cárdenas	\$4.583.342
Efrén de Jesús Giraldo	\$436.154
Elkin Andrés Galvis Urango	\$3.612.395
Elkin Lombana Chinchilla	\$253.070
Élmer Valencia Blandón	\$1.694.853
Emiro Montoya Sánchez	\$1.810.618
Enor Banda Argúmedo	\$2.084.953
Érika Johana Betancur Barrera	\$2.384.646
Ernesto Arturo Pérez Sierra	\$5.390.553
Eugenio Antonio Gil	\$2.133.548
Évelyn Giraldo Amariles	\$4.471.787
Évelyn Giraldo Amariles	\$405.094
Fernando Antonio Valenzuela Escobar	\$2.197.993
Francisco Javier Chica Montoya	\$2.937.637
Fredy Arley Zapata Graciana	\$2.405.071
Fredy Humberto Saldarriaga Moreno	\$5.651.664
Gabriel Hernando Martínez González	\$1.764.466
Gabriel Hernando Martínez González	\$2.387.484
Gildardo Antonio Montoya Avendaño	\$2.094.903
Giovanni Albeiro Álvarez Hurtado	\$4.235.878
Giovanni Albeiro Álvarez Hurtado	\$858.000
Giovanny Bedoya Muñetón	\$867.592
Gloria Vivian Ocampo Montoya	\$3.986.467
Gonzalo de Jesús Cadavid Arroyave	\$1.722.093
Guido Fernando Quiñones Delgado	\$1.838.617
Guillermo Horacio Gómez González	\$2.556.552
Guillermo León Vanegas Palacio	\$3.581.830
Guillermo Tamayo Zapata	\$2.652.144
Gustavo de Jesús Yepes Morales	\$1.300.425
Héctor Alonso Zapata Holguín	\$3.838.528
Héctor León Machado	\$3.304.118
Héidy Sulay Muñoz Gallo	\$7.396.856
Hernán David Ramírez Rivera	\$4.214.099
Hernando Ocampo	\$4.393.353
Hugo Alexis Tabares Sepúlveda	\$1.617.993

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

Iroldo Oliveira Barrera Quintana	\$4.573.775
Jaime Alberto Bustamante Herrera	\$2.145.092
Jair Alexánder Restrepo	\$1.080.750
Jair Ovidio Londoño Londoño	\$2.710.764
Javier Alberto Quiceno Ortiz	\$3.039.253
Javier Arley Dávila Urrego	\$3.493.397
Jesús Abad Estrada Serna	\$2.519.507
Jesús Alberto Marulanda Muñoz	\$1.615.950
Jesús Alonso Valle	\$1.074.519
Jesús Antonio Bran Guisao	\$2.934.107
Jesús Antonio González Jaramillo	\$1.214.957
Jesús Antonio Vanegas Taborda	\$3.892.707
Jesús Éver Urrutia Palomeque	\$70.689
Jesús Guillermo Arango Berrío	\$2.748.602
Jhon Alexánder Negrete Moya	\$2.396.016
Jhon Bayron Torres Posada	\$2.067.293
Jhon Jaime Rodríguez Eusse	\$2.294.056
Jhon Jairo Rodas Gallego	\$1.735.293
Jhotan Darney Aguas Peralta	\$1.177.471
Jhon Fredy Quiroz Benítez	\$6.386.377
Jhon Smith Santos García	\$3.613.510
Jorge Andrés Betancur Orozco	\$499.110
José Armando Vásquez Rojas	\$3.950.614
José Arturo Giraldo	\$2.450.779
José Daniel Jiménez Vásquez	\$801.102
José Elías Barrios Morelo	\$2.524.563
José Gabriel Ardila Cano	\$575.069
José Gil Sotelo Camaña	\$2.226.041
José Jesús Martínez Sánchez	\$2.787.256
José Roberto Sánchez Ospina	\$1.763.704
Juan Alirio Benítez Borja	\$2.512.096
Juan Antonio Landeta Landeta	\$3.276.064
Juan Camilo Taborda Muriel	\$2.157.780
Juan Camilo Tovar Ospina	\$864.226
Juan Carlos Quintero Arias	\$2.311.588
Juan David Bedoya Martínez	\$564.437

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

Juan Gabriel Osorio Espinosa	\$833.572
Juan Guillermo Marín Gómez	\$1.530.306
Juan José Ríos Hernández	\$1.770.201
Julián Andrés González Gallego	\$2.270.415
Julián Andrés González Gallego	\$576.458
Julio César Cano Sierra	\$1.684.587
Leidy Bibiana Pérez Caballero	\$1.264.107
León Jaime Garzón	\$1.170.855
León Jair Arroyave Cárdenas	\$3.034.875
León Jairo Cano Restrepo	\$4.342.464
Leonardo Ibarguen Longa	\$1.751.080
Leonel Rubén Sánchez Ocampo	\$2.435.721
Libardo Elías Rojas Arango	\$2.586.619
Libardo José Ballesta Ruíz	\$1.379.892
Lilibeth Mildrey Villa Calle	\$5.367.592
Lilitebh Mildrey Villa Calle	\$370.000
Luis Alberto Durango Moreno	\$1.833.526
Luis Alberto Londoño Henao	\$3.830.007
Luis Alberto Ospina	\$2.068.616
Luis Alejandro Ostós Ortiz	\$3.069.685
Luis Alfonso Paternina Martínez	\$2.351.737
Luis Avelino Mosquera Rodríguez	\$3.690.886
Luis Ernesto Cano Cano	\$1.952.126
Luis Ernesto Gil Torres	\$29.744.341
Luis Fernando Céspedes Molina	\$1.873.043
Luis Fernando García Gómez	\$1.680.900
Luis Hernando Urrego Pérez	\$1.094.309
Luis Ignacio Yarce Carvajal	\$3.251.505
Luis María Sánchez Velásquez	\$318.930
Luisa Fernanda Echavarría Restrepo	\$2.048.777
Luz Adriana Pereira Marín	\$2.568.559
Luz Dary Salcedo Ardila	\$3.732.058
Maico Alexánder Sánchez Rodríguez	\$254.418
María Fernanda Patiño Orozco	\$2.885.900
María José Restrepo Gálvez	\$1.192.001
María Teresa Niño Ramos	\$7.558.218

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

Mario Alberto González Jaramillo	\$1.289.883
Mario Alberto Jaramillo Marín	\$3.475.353
Mario de Jesús Pulgarín Estrada	\$2.730.556
Matías López Peñafiel	\$2.935.102
Miguel Ángel Castaño Muñoz	\$2.875.090
Milton Albeiro Pamplona Galeano	\$3.244.493
Nilson de Jesús Caicedo Medrano	\$3.146.384
Nolbert Martínez Blandón	\$1.002.036
Norberto Martínez Mosquera	\$2.831.381
Ocaris Arturo Lopera Guerra	\$1.694.950
Óffer de Jesús López Cartagena	\$1.082.084
Ómar de Jesús Zuleta Henao	\$2.082.808
Óver Alejandro Roldán Carvajal	\$1.085.990
Pascual Antonio Benítez Pérez	\$2.808.334
Pedro Eugenio Gamboa Moreno	\$1.578.259
Pedro Pablo Álvarez Isaza	\$1.296.395
Rafael Julio Luján Gutiérrez	\$1.119.696
Ramón Adolfo Villa López	\$869.597
Ramón Aníbal García Guiral	\$3.188.041
Reinaldo de Jesús Villegas Calle	\$2.157.248
Roberto de Jesús Vásquez López	\$1.491.625
Rodrigo Vinicio Villota Bravo	\$2.669.771
Ronal Enrique Blanco Benítez	\$4.847.263
Rúby Carmenza Estupiñán	\$768.676
Rudelsino Díaz Sierra	\$1.821.115
Sebastián Valderrama Valencia	\$1.296.379
Serafín de Jesús López Ríos	\$3.179.944
Sergio Alberto Bran Sánchez	\$4.291.286
Sergio Alejandro Arroyave Mira	\$4.917.838
Sergio de Jesús Acevedo Saldarriaga	\$2.861.658
Sergio Luis Congote Cruz	\$1.665.404
Sotero de Jesús Quiroz Sepúlveda	\$3.138.669
Vanessa Rivera Gómez	\$3.729.473
Vanessa Rivera Gómez	\$796.742
Wéimar Andrés Duque Villada	\$982.314
Wéndy Vanessa Yánez Morales	\$2.573.694

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
 Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

Wílmer Yesid Céspedes Molina	\$2.667.558
Wílmer Yesid Céspedes Molina	\$601.348
Wilson de Jesús Salgado López	\$3.969.235
Wilson Franco Martínez	\$2.640.679
Wilson Manuel Arroyo Ballesta	\$779.673
Wilson Úsuga Castaño	\$1.336.749
Yan Carlos Cantero Hernández	\$2.065.058
Yesenia Stefanía Henao Pallares	\$5.236.544
Yesenia Stefanía Henao Pallares	\$246.667
Yésica Alexandra Villa Calle	\$1.529.539
Yoel Uriaes Avilés	\$1.881.693
Yohan Alexis Restrepo Londoño	\$2.437.654
Yon Alexis Calle Zapata	\$2.204.486
Yon Fredy Zapata Cataño	\$1.269.446
Yon Jairo Rendón Cano	\$3.430.275
Yordi Neira Beltrán	\$618.505
Yurani Andrea Zapata Sarrazola	\$3.656.358
TOTAL	\$531.930.000

Para la Sala es claro que el contratista está llamado a asumir no solamente aquellas sumas que expresa e inequívocamente autorizó a la contratante a erogar con cargo a los saldos en su favor, sino todas las demás que debió erogar con ocasión del incumplimiento del contratista, respecto de las cuales la ley lo hace solidariamente responsable¹⁰, estas últimas, a título de indemnización de perjuicios, toda vez que el pago de salarios y prestaciones era una obligación contractual de Azacan SAS y está probado que su incumplimiento le generó daños a EPM en la cuantía antes indicada.

¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo, "artículo 34 ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero **el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.**" (se resalta).

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, como el perjuicio probado es superior al reclamado, se reconocerá esto último, esto es, la suma de **\$513,948,649.00** pretendida por EPM por concepto de pago de salarios, prestaciones y aportes de los empleados según lo reclamado en la pretensión 2.3.4 de la demanda principal.

4.3 Anticipo sin amortizar e intereses sobre el anticipo

Se acreditó que EPM pagó las siguientes sumas por concepto de anticipo:

Fecha	Ubicación prueba	Valor pago
27 de abril de 2018	Prueba45.pdf	\$786.684.000
24 de octubre de 2019	Prueba46.pdf	\$786.684.000
Total anticipo		\$1.573.386.000

Según las actas de pago aportadas por EPM (prueba47.pdf), el contratista ejecutó \$6.081.488.651,94 de los cuales \$839.129.600,02 corresponden a amortización del anticipo, por lo cual existe un saldo sin amortizar de \$734.238.400; el contratista no alegó ni probó haber amortizado una cifra superior, razón por la cual hay lugar a ordenar la devolución del anticipo no amortizado por la referida suma.

En cuanto a lo intereses sobre el anticipo estos quedaron regulados en las condiciones particulares del contrato de obra en los siguientes términos:

“EL CONTRATANTE ofrece un anticipo hasta de cinco por ciento (5%) sobre el valor de aceptación del contrato, pero advierte que, en caso de aceptarse la suma correspondiente, la misma causará intereses a favor de EL CONTRATANTE a la tasa del DTF + 3 puntos para la moneda nacional y que el valor de amortización del mismo anticipo e intereses será descontado en cuotas iguales dentro del plazo de amortización pactado, el cual en todo caso no será mayor al plazo de ejecución del contrato.” (pág. 31 prueba12.pdf pruebas demanda).

EPM afirma que el contratista no ha pagado la suma de \$54.025.834,80 por concepto de intereses sobre el anticipo pendiente de amortizar y el contratista no desvirtuó tal negación indefinida mediante la acreditación del pago correspondiente; al contestar la demanda, Azacan SAS sostuvo que EPM no

puede cobrarle los intereses sobre el anticipo ni el saldo no amortizado porque dio lugar al desbalance financiero del contrato, argumento de defensa que no prospera según lo decidido en el acápite que antecede.

Con sustento en lo expuesto, se condenará a la sociedad demandada Azacan SAS a reintegrar a EPM el valor del anticipo amortizado y los intereses en los siguientes términos (pretensiones 2.3.2 y 2.3.3 de la demanda principal):

Anticipo no amortizado:	\$734.238.400,00
Intereses:	\$54.025.834,80
Total:	\$788.264.234,80

4.4 Medida de apremio

Está probado que mediante oficio de 2 de mayo de 2019 (prueba26.pdf pruebas demanda) EPM le impuso una medida de apremio a Azacan SAS por la suma \$6.072.850,52, correspondiente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes por cada día calendario de retraso en el pago de la nómina de los trabajadores.

En las condiciones particulares de obra aceptadas por el contratista se establecieron medidas de apremio provisionales como mecanismo de solución directa por el incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños generados por la transgresión de las obligaciones del contrato¹¹.

¹¹ **“6.8. Descuentos por incumplimiento de acuerdos de nivel de servicio (ANS) y medidas de apremio provisionales** Con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el 1602 del Código Civil Colombiano, en la costumbre mercantil y las normas internas de contratación de EL CONTRATANTE, con la presentación de la oferta y la celebración del contrato, EL CONTRATISTA acuerda y acepta la aplicación de los descuentos por incumplimiento de los ANS y las medidas de apremio provisionales, acorde con lo establecido en este numeral.

Los descuentos por incumplimiento de los ANS y la aplicación de las medidas de apremio provisionales, son un mecanismo de solución directa de las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, por el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, en los casos contemplados en este numeral. La aplicación de descuentos por incumplimiento de los ANS y las medidas de apremio provisionales, no libera ni atenúa la responsabilidad de EL CONTRATISTA del cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la celebración del contrato. Los perjuicios que se ocasionen

Azacan SAS no presentó ningún reparo concreto respecto de los fundamentos de hecho que motivaron la medida apremio ni desvirtuó probatoriamente los fundamentos de hecho en los cuales se sustentó; por el contrario, está acreditado que, en efecto, incurrió en grave incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social respecto del personal que determinaron a EPM a suscribir numerosos contratos de transacción en los términos antes indicados; así las cosas, EPM tiene derecho a cobrar la suma determinada por ese concepto (pretensión 2.3.6 de la demanda principal).

Total a pagar a EPM por medida de apremio derivada del no pago oportuno de obligaciones laborales por el contratista: **\$6.072.850,52**

4.5 Saldo de un acta en favor de EPM por incumplimiento de los acuerdos de niveles de servicio

EPM reclama el pago de \$11.704.719,80, que afirma le debe el contratista por concepto de descuentos por incumplimiento de los acuerdos de niveles de

como consecuencia del retardo o del incumplimiento podrán hacerse efectivos en forma separada.

Las medidas de apremio provisionales tendrán un límite máximo igual al diez por ciento (10%) del valor del contrato y serán reportadas en el Sistema de Información de Proveedores y Contratistas o en el registro que EL CONTRATANTE tenga habilitado para el efecto. Los Descuentos por incumplimiento de los ANS no serán registrados en el Sistema de Información de Proveedores y Contratistas, ni en el registro que EL CONTRATANTE tenga habilitado para el efecto. La aplicación de cualquiera de las anteriores no será reportada a la cámara de comercio. Adicional a las demás obligaciones contempladas para cada parte en la presente solicitud de oferta EL CONTRATISTA acepta que, aplicada la medida de apremio provisional, surge para él la obligación de pago de la misma, la cual será exigible en los términos señalados más adelante. Los Descuentos por incumplimiento de los ANS y las medidas de apremio provisionales, son diferentes a lo que se pacta como cláusula penal por incumplimiento, cada figura es independiente.

6.8.2. Causales para la aplicación de medidas de apremio provisionales

6.8.2.8. Por no pagar los salarios o compensaciones, prestaciones sociales, seguridad social integral y parafiscales del personal empleado en la ejecución del contrato, dentro de las fechas establecidas por la ley, se podrá aplicar una medida de apremio provisional de cinco (5) SMDLV, independientemente del número de trabajadores a quienes no se les haya pagado; por cada día calendario de retraso, hasta tanto se dé cumplimiento.” (pág. 48 – 49 prueba12.pdf - mayúsculas fijas del original, negrillas de la Sala).

servicio¹², hecho que aceptó en forma pura y simple Azacan SAS al contestar la demanda¹³, razón por la cual se reconocerá la referida suma.

Total a reconocer por saldo derivado de incumplimiento de los acuerdos de niveles de servicio (ANS): **\$11.704.850,52**

4.6 Sobrecostos en el nuevo proceso de contratación

EPM demostró que el 8 de marzo de 2019 contrató a la sociedad Redyco SAS con un plazo de trescientos (300) días calendario con el fin de realizar mantenimiento, reposición, extensión y construcción de redes en la zona asignada a Azacan SAS (prueba40.pdf pruebas demanda), contrato que tuvo unos precios unitarios distintos (prueba41.pdf); no obstante, la diferencia entre lo pactado con Azacan SAS y lo pagado con ocasión del nuevo contrato no puede considerarse como un perjuicio causado por el contratista demandado.

Tiene en cuenta la Sala que la ejecución de los trabajos se debía realizar según surgiera la necesidad del servicio, circunstancia por la cual, precisamente, no puede señalarse a ciencia cierta que Azacan SAS ejecutaría el 100% de los items inicialmente previstos, razón por la cual dicho contratista asumió la variación de las cantidades de obra a ejecutar como una incidencia normal del contrato, en esas condiciones, no es posible afirmar que los trabajos ejecutados por el nuevo contratista son equivalentes a aquello que Azacan SAS dejó de ejecutar, sino que ellos corresponden a la necesidad del servicio que surgió durante el nuevo plazo de ejecución pactado, distinto del inicialmente previsto y, por ende, no equiparable a este.

¹² Dice la demanda: "4.14. El contratista en el desarrollo del contrato incumplió los ANS, Teniendo en cuenta los descuentos por incumplimiento en los ANS según el numeral 1.2.10.2 del anexo técnico, que le fueron notificadas al contratista, queda un saldo por pagar por parte de AZACÁN así:

Acta	Valor del descuento	RI	Radicado	Saldo por pagar
8	14,018,000.00	6602379	20190130012985	11,704,719.80"

(pág. 17 archivo 02demanda.pdf).

¹³ En la contestación de la demanda se lee: "El hecho 4.14 Es cierto". (pág. 7 archivo 29contestacionAZACAN).

Por lo tanto, por no existir prueba del nexo causal entre el incumplimiento del contratista Azacan SAS y los mayores valores pagados por EPM no se condenará a aquel al pago de los valores reclamados por tal concepto en la pretensión 2.3.1 de la demanda principal la cual no prospera.

4.7 La indemnización que debe pagar Azacan SAS en favor de Empresas Públicas de Medellín EPM ESP

En los términos antes referidos, la indemnización de perjuicios a cargo de Azacan SAS y en favor de Empresas Públicas de Medellín incluirá los siguientes valores y se indexará con el fin de compensar la pérdida de su poder adquisitivo, desde la época de la terminación del contrato hasta la fecha de esta sentencia, según lo pedido en la pretensión 2.3.8 de la demanda:

Concepto	Valor
Materiales no reintegrados	\$8.714.341,05
Obligaciones laborales	\$513,948,649.00
Anticipo e intereses	\$788.264.234,80
Medida de apremio	\$6.072.850,52
Incumplimiento ANS	\$11.704.850,52
Total	\$1.328.704.925,89

La referida suma se actualiza con el índice de precios al consumidor entre febrero de 2019 (cuando terminó el contrato) y el último conocido en la época de la presente sentencia, así:

$$VA = VH * \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$VA = \$1.328.704.925,89 * \frac{135.39 \text{ (agosto de 2019)}}{101,18 \text{ (febrero de 2019)}}$$

$$VA = \$1.777.953.744$$

No se reconocen intereses moratorios sobre estas sumas de dinero y, por consiguiente, se niega la pretensión 2.3.9 de la demanda principal porque la obligación de pagarlas deviene de la presente sentencia en la cual se discutía tal pretensión de EPM; de esta manera, las sumas reconocidas solo causarán intereses de mora desde la ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

5. Responsabilidad de la compañía aseguradora Liberty Seguros SA

Contrario a lo que resolvió el tribunal de primera instancia, la demanda principal sí incluyó pretensiones expresas e inequívocas tendientes a que se determine la responsabilidad contractual de Liberty Seguros SA en calidad de asegurador del contrato, para lo cual se pidió que se declare la ocurrencia del siniestro y se le condene al pago de las sumas a su cargo en los términos de la póliza de seguro número BO2903642.

Para resolver de fondo estas súplicas no era necesario reclamar “*el incumplimiento*” del contrato de seguro, pues, las súplicas de la demanda principal están encaminadas a que se declare la ocurrencia del siniestro y, producto de esa declaración, la cual está contenida en la presente sentencia, surgen las obligaciones a cargo de la aseguradora.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a analizar si con fundamento en la póliza de cumplimiento número BO 2903642 Liberty Seguros SA está obligado a indemnizar los perjuicios causados por el contratista.

5.1 Anticipo no amortizado

EPM reclama que se declare el siniestro de no amortización del anticipo; en la referida póliza de seguros expedida por Liberty Seguros SA no se amparó la amortización del anticipo y, por el contrario, se excluyó de manera expresa dicho amparo, en los siguientes términos:

“OBJETO DE LA PÓLIZA: GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS

OBLIGACIONES A CARGO DEL GARANTIZADO, ORIGNADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO NRO. CW23559 (...) GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS, PAGO DE MULTAS, CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y DEMÁS SANCIONES IMPUESTAS, BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, CALIDAD Y ESTABILIDAD DE LA OBRA, PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES LABORALES DEL PERSONAL A EMPLEAR SEGÚN ACEPTACIÓN DE OFERTA (...). **NOTA: LA PRESENTE PÓLIZA NO SE EXTIENDE A AMPARAR LA AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO.**” (pág. 1 prueba17.pfd pruebas demanda - mayúsculas sostenidas originales, negrillas adicionales).

Por lo anterior, Liberty Seguros SA no está obligada a indemnizar a EPM el valor del anticipo no amortizado ni sus intereses.

5.2 Salarios y prestaciones

Liberty Seguros SA sí garantizó el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales hasta por un tope de \$2.360.052.000, razón por la cual hay lugar a declarar ocurrido el siniestro de “*no pago de salarios y prestaciones sociales*”, con sustento en el cual se condenará a la aseguradora a pagar a EPM el cien por ciento (100%) del perjuicio reconocido por este concepto (\$513,948,649.00); el argumento de la aseguradora según el cual los valores son menores a los reclamados por EPM está probatoriamente desvirtuado, toda vez que se acreditó que la entidad demandante pagó por concepto de indemnizaciones laborales un cifra superior a la reclamada en la demanda principal; en consecuencia, se le condena al pago de la referida suma en favor de EPM.

5.3 Cumplimiento

EPM pretende que se haga efectiva la garantía del contrato por los demás valores correspondientes a (i) no reintegro de materiales entregados por la contratante (\$8.714.341,05), (ii) pago de la medida de apremio (\$6.072.850,52) y, (iii) saldo de acta por incumplimiento de los niveles de servicio (\$11.704.850,52).

El amparo de cumplimiento otorgado por Liberty Seguros SA asciende a la suma de \$3.146.736.000 y cubre lo siguiente:

“1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO (...) EL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL.” (pág. 4 prueba17.pdf pruebas demanda – mayúsculas fijas del original).

Las tres obligaciones antes referidas están cobijadas por el amparo de cumplimiento debido a que estaban a cargo del contratista en virtud de lo expresamente acordado por las partes, tal como analizó al verificar su imputabilidad a Azacan SAS, por lo cual la aseguradora del contrato está llamada a indemnizar a EPM el siniestro correspondiente por la suma total de: \$26.492.042,09, según se resume en la siguiente tabla:

Materiales no reintegrados	\$8.714.341,05
Medida de apremio	\$6.072.850,52
Incumplimiento ANS	\$11.704.850,52
Total amparo cumplimiento	\$26.492.042,09

5.4 Síntesis de la indemnización de perjuicios a cargo de Liberty Seguros SA

Como consecuencia de lo expuesto, Liberty Seguros SA deberá indemnizar a Empresas Públicas de Medellín SA ESP por los valores señalados, los cuales se indexan con base en el IPC con el fin de compensar su pérdida de poder adquisitivo:

Amparo afectado	Valor histórico	Índice final	Índice inicial	Valor actualizado
Amparo de salarios y prestaciones	513,948,649,00	135,39	101,18	\$687.719.980
Amparo de cumplimiento	\$26.492.042,09	135,39	101,18	\$35.449.274
Total				\$723.169.254

6. El equilibrio económico del contrato y ausencia de derecho del contratista para reclamar su restablecimiento

Se confirma la sentencia apelada en cuanto denegó las pretensiones de la demanda de reconvención, pues, tal como lo resolvió el tribunal y lo ha reiterado esta Sala¹⁴, en los contratos regidos por el derecho privado no son aplicables las previsiones de la Ley 80 de 1993 que dispone el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato; si bien en el contrato materia de la litis se pactaron cláusulas excepcionales, el desequilibrio alegado por el contratista no deriva del ejercicio de estas sino de supuestas fallas en la planeación contractual¹⁵; además, el artículo 868 del Código de Comercio, este sí aplicable al caso, solo permite reclamar por la excesiva onerosidad respecto de prestaciones de futuro cumplimiento¹⁶.

7. Costas

No se impone condena en costas en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365¹⁷ del Código General del Proceso toda vez que las pretensiones

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 2 de marzo de 2022 exp. 51.393 y de 16 de agosto de 2022, exp. 63.489 MP Fredy Ibarra Martínez, entre otras.

¹⁵ Ley 142 de 1994. “(...) 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, 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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.**” (negritas adicionales).

¹⁶ Código de Comercio, “**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.” (se resalta).

¹⁷ Código General del Proceso, “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”.

de la demanda prosperaron parcialmente al igual que algunos argumentos de oposición de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Revócase parcialmente la sentencia de 24 de mayo de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala 4 de Oralidad, en su lugar se dispone:

PRIMERO. Declárase que la sociedad Azacan SAS incumplió el contrato número CW23559 suscrito con Empresas Públicas de Medellín EPM ESP.

SEGUNDO. En consecuencia, **condénase** a la sociedad Azacan SAS a pagar a Empresas Públicas de Medellín SA ESP la suma de MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$1.777.953.744).

TERCERO. Declárase la ocurrencia de los siniestros de “*cumplimiento*” y “*salarios y prestaciones*” amparados por Liberty Seguros SA con la póliza número BO 2903642 y, en consecuencia, condénase a Liberty Seguros SA a pagar a Empresas Públicas de Medellín EPM ESP la suma de SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$723.169.254).

CUARTO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda principal.

Expediente: 05001-23-33-000-2021-00359-01(68.656)
Demandante: Empresas Públicas de Medellín SA ESP
Controversias contractuales

QUINTO. Cáusense intereses de mora sobre las sumas reconocidas en esta sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

SEXTO. Abstiénese de condenar en costas de primera instancia.

2°) **Confírmase** la sentencia apelada en cuanto denegó las pretensiones de la demanda de reconvención.

3°) **Abstiénese** de imponer condena en costas de segunda instancia.

4°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de Subsección
(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.