

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO (Exceptio non adimpleti contractus) – Código Civil artículo 1609 – Alcance – Contrato bilateral – Incumplimiento del contrato – Medio exceptivo – Relación de causalidad directa entre el incumplimiento del demandante y la resistencia del demandado – Demostración de incumplimientos actuales

La excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus), consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, constituye un mecanismo de defensa propio de los contratos bilaterales que permite a una de las partes abstenerse legítimamente de cumplir sus obligaciones mientras la otra no haya cumplido las suyas o no se allane a hacerlo en la forma y tiempo debidos. El fundamento de esta figura radica en la interdependencia de las prestaciones recíprocas y en la buena fe, fijando que quien pretende exigir el cumplimiento del otro debe, a su vez, haber satisfecho sus deberes o estar en la posición real y seria de hacerlo. Por ello, este medio exceptivo solo procede cuando se acredita (i) un incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte; (ii) una relación de causalidad directa entre ese incumplimiento y la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento propio; y (iii) que quien la alega no se encuentre, a su turno, en una situación de incumplimiento grave que desdibuje la buena fe contractual. No se trata, entonces, de un mecanismo para suspender indefinidamente las obligaciones o para desconocer el acuerdo de voluntades, sino de una herramienta estricta de equilibrio, cuyo ejercicio debe ser proporcionado y coherente con la naturaleza y el momento de las prestaciones afectadas.

Bajo esta óptica, la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido exige verificar una relación de causalidad directa y actual entre el incumplimiento del demandante y la resistencia del demandado. De allí que no pueda edificarse sobre irregularidades pretéritas o históricas, sino que exige la demostración de incumplimientos actuales, concurrentes y de tal gravedad que hagan objetivamente inexigible la prestación propia en el momento en que esta debe ejecutarse. Por la misma razón, tampoco puede ser invocada por quien, con pleno conocimiento de esas faltas pretéritas, las ha tenido por superadas al suscribir modificaciones contractuales posteriores que redefinen los plazos, alcances y condiciones de ejecución, generando en la contraparte la legítima expectativa de que tales hechos no volverán a ser alegados como obstáculo para el cumplimiento de la prestación bajo las nuevas condiciones pactadas.

En este sentido, salvo que se acredite la existencia de un vicio del consentimiento, o que los incumplimientos anteriores no fueron efectivamente superados por las renegociaciones y que, pese a la diligencia exigible, no era razonable conocer su subsistencia al momento de suscribir las modificaciones, las faltas anteriores de la contraparte no pueden servir de excusa para dejar de cumplir cuando se ha aceptado continuar la ejecución bajo otros términos, reconociendo que esas nuevas condiciones resultan suficientes para garantizar la prestación correspondiente. Finalmente, la Sala deja consignando que quien alega esta excepción, acepta que ha incumplido, pues justamente justifica esa omisión en su contraparte.

OBLIGACIÓN DE HACER – Código Civil artículo 1610 – Incumplimiento contractual – Solicitud al juez – Apremiar al deudor para ejecución del contrato o – Ejecución de la obra por un tercero a expensas del deudor o – Indemnización de perjuicios resultantes por parte del deudor – Acreditación de requisitos – Necesidad y razonabilidad de la contratación del tercero – Identidad del objeto entre lo dejado de hacer y lo posteriormente contratado – La realidad de un daño patrimonial – Mayor costo (sobrecosto) – Cuantificación con criterios objetivos

Conforme al artículo 1610 del Código Civil, cuando la obligación del deudor consiste en una obligación de hacer, el acreedor no queda habilitado para imponer por su sola decisión la ejecución sustitutiva ni para trasladar unilateralmente su costo al incumplido. La norma prevé, precisamente, que el acreedor “puede pedir al juez: “1º) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2º) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3º) que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”. Así, la ejecución por un tercero con cargo al deudor presupone la intervención judicial, en cuanto corresponde al juez verificar la mora o incumplimiento del obligado, la fungibilidad de la prestación y la necesidad y razonabilidad de la contratación sustitutiva y de los costos reclamados. En el presente asunto EPM hace uso de la alternativa prevista en el numeral 3º citado, solicitando que se condene al contratista a indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento, los cuales se concretan —en lo pertinente— en el mayor costo asumido para obtener la ejecución de la obra por un tercero y corregir los defectos dejados por Azacán. En tal medida, la contratación sustitutiva no se invoca como un mecanismo de “ejecución por cuenta propia” con efectos autoimpuestos, sino como un hecho de mitigación y de continuidad del proyecto cuyo impacto patrimonial se reclama por equivalencia y bajo control judicial, mediante la acreditación de su relación causal con el incumplimiento y de la razonabilidad de los valores reclamados.

No obstante, la procedencia del cobro de los sobrecostos aducidos por EPM no es automática, en tanto y en cuanto es preciso acreditar concurrentemente: (i) la certeza del incumplimiento; (ii) la necesidad y razonabilidad de la contratación del tercero; (iii) la identidad del objeto entre lo dejado de hacer y lo posteriormente contratado; y (iv) la realidad de un daño patrimonial consistente en un mayor costo (sobrecosto) para la entidad, que pueda cuantificarse con arreglo a criterios objetivos.

(...) la actuación de EPM constituyó una medida razonable de mitigación, orientada a proteger el patrimonio público invertido, a asegurar el cumplimiento de las obligaciones frente a la concesión y, de manera principal, a salvaguardar el derecho de los usuarios a recibir el servicio de acueducto en condiciones de continuidad y seguridad. Esta conclusión resulta plenamente coherente con el deber de adoptar medidas razonables para mitigar el daño y de garantizar, en el caso específico de la demandante, la continuidad en la prestación de los servicios públicos.

En consecuencia, la Sala encuentra que la gestión de EPM fue razonable y proporcionada, pues al aprovechar la capacidad instalada de un contratista en la zona, no solo protegió la inversión pública y aseguró la pronta prestación del servicio a los usuarios, sino que

actuó en beneficio del propio deudor incumplido, minimizando el monto final de los perjuicios al evitar los mayores gastos y demoras inherentes a la movilización de una nueva empresa constructora.

[...]la Sala concluye que existe una identidad sustancial de objeto entre las obligaciones asumidas por Azacán en el Frente 7 y las labores que Acassa S.A.S. ejecutó para su terminación y para la recuperación del urbanismo en la vía intervenida, pues en todos los casos se trata de la misma infraestructura, en el mismo corredor, bajo las mismas especificaciones técnicas, encaminada a habilitar el servicio público de acueducto en el sector, incluyendo las pruebas hidrostáticas y la restitución de las condiciones de la vía. En consecuencia, los sobre costos en que incurrió EPM con el contratista sustituto a través de los contratos [...] en la medida en que correspondan a cantidades de obra que debieron ser ejecutadas por Azacán o a reparaciones de trabajos por él mal ejecutados —y no a ampliaciones, mejoras o actividades ajenas al alcance contractual original— son, en principio, imputables al contratista incumplido dentro de los límites que se precisan a continuación, toda vez que constituyen el mayor gasto en que la entidad se vio obligada a incurrir para obtener, por vía de sustitución, el mismo resultado que contractualmente le era exigible a aquel.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA – Contrato de seguro de cumplimiento – Asegurado – Beneficiario – Legitimación en la causa – Indemnización de perjuicios – Contratista – No se le atribuye derecho para exigir la póliza – Relación entre asegurado y beneficiario – Improcedencia del llamamiento

(...) [L]a Sala comparte el planteamiento de la aseguradora en cuanto a la improcedencia del llamamiento en garantía formulado por Azacán, pues de conformidad con las condiciones de la póliza, se tiene que el asegurado y beneficiario, es exclusivamente la entidad contratante, mientras que el contratista ostenta la calidad de garantizado sin que el clausulado le atribuya derecho autónomo alguno para exigir la cobertura. Por tanto, no existe una relación obligacional directa de la cual Azacán pueda derivar la acción de garantía, dado que la legitimación para exigir el pago de la indemnización corresponde únicamente al asegurado-beneficiario, esto es, a EPM, quien efectivamente la ejerció mediante las pretensiones de la demanda principal. Bajo este entendido, el llamamiento en garantía se declarará improcedente, sin perjuicio de que ello no afecta la posibilidad de imponer una condena a la aseguradora en su calidad de demandada principal, en atención a la responsabilidad que se deriva del contrato de seguro de cumplimiento.

CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO – Procedencia de la indemnización – Ocurrencia del incumplimiento – Cumplimiento a cargo de entidad contratante – Perjuicio patrimonial cierto y cuantificable dentro del periodo de la cobertura – Efectos patrimoniales de incumplimiento pueden manifestarse con posterioridad a la vigencia de la póliza – Incumplimiento contractual en vigencia de la cobertura – Notificación del siniestro

Como se reconoció por la aseguradora en su contestación, existen tres presupuestos que deben acreditarse para que proceda la indemnización: la ocurrencia del incumplimiento; el cumplimiento de las obligaciones de EPM en su calidad de asegurado; y la existencia de un perjuicio patrimonial cierto y cuantificable dentro del período de cobertura.

Como se expuso en los capítulos anteriores, la Sala concluyó, con base en el acervo probatorio, que: (i) Existió un incumplimiento objetivo imputable a Azacán respecto de las obligaciones de instalar y poner en servicio las redes, incluida la ejecución satisfactoria de las pruebas hidrostáticas y la adecuada custodia de la tubería instalada. (...) (ii) EPM cumplió sus obligaciones esenciales como contratante y asegurado. No se acreditó incumplimiento de la entidad que pueda exonerar a la aseguradora, ni se demostró la configuración de fuerza mayor o caso fortuito en los términos de las exclusiones de la póliza. (...) (iii) Se acreditó un daño patrimonial cierto y cuantificado, consistente en los mayores costos en que EPM debió incurrir para obtener, por vía de sustitución, el mismo resultado que estaba a cargo de Azacán, (...).

En cuanto al requisito temporal, el incumplimiento del contratista se consolidó al vencimiento del plazo contractual —28 de septiembre de 2018—, fecha en la cual aún se encontraba vigente el amparo de cumplimiento de conformidad con las condiciones de la póliza y sus modificaciones según se ha expuesto. El hecho de que las erogaciones para culminar la obra y reparar las deficiencias se hayan efectuado en 2019 y 2020 no excluye la cobertura, habida cuenta de que, según la propia póliza, los efectos patrimoniales del incumplimiento pueden manifestarse con posterioridad a la vigencia, siempre que el incumplimiento haya ocurrido dentro de ella y se reclame dentro de los términos de prescripción.

Está también acreditado que EPM notificó oportunamente el siniestro y formuló la reclamación dentro de los plazos legales, aspecto que tampoco es discutido por la asegurado y que de hecho admitió al referirse al aviso de siniestro y al trámite adelantado con los ajustadores. De este modo, debe concluirse que se encuentran satisfechos los presupuestos para hacer efectivo el amparo de cumplimiento.

[...]

Dado que el daño indemnizable supera el límite del amparo de cumplimiento, la responsabilidad de Suramericana debe restringirse a la suma asegurada. En consecuencia, la Sala condenará a la aseguradora a concurrir al pago de los perjuicios causados a EPM por la suma de \$1.914'013.868, en la medida en que este monto se encuentra cubierto por la póliza de cumplimiento 1341501-5.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veintiséis (2026)

Expediente: 050012333000-2021-00490-01 (72407)

Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Demandada: Azacán S.A.S. y otro

Acción: Controversias contractuales

Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Su configuración exige la demostración de un incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte, así como una relación de causalidad directa entre ese aquel y la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento propio / EJECUCIÓN COMPENSATORIA O POR EQUIVALENTE - Conforme al artículo 1610 del Código Civil, ante el incumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor insatisfecho puede pedir, junto con la indemnización de la mora, que se le autorice para hacer ejecutar el hecho convenido por un tercero a expensas del deudor / SOBRECOSTOS POR EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR UN TERCERO - En tales eventos, el daño resarcible no equivale al valor total del nuevo contrato, sino al mayor costo o sobreprecio que debió asumir la entidad como consecuencia directa del incumplimiento, esto es, el equivalente al diferencial pagado al contratista sustituto, por las actividades contractuales que debieron ser ejecutadas por el contratista original / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA - El tomador de la póliza, cuando no ostenta la calidad de asegurado ni beneficiario, no puede llamar en garantía al asegurador, por carecer de acción para exigir la cobertura / AFECTACIÓN DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO - Exige acreditar la ocurrencia del incumplimiento y la existencia de un perjuicio patrimonial cierto y cuantificable dentro del período de cobertura.*

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda principal y se accedió parcialmente a las pretensiones formuladas en la reconvención.

La controversia refiere al presunto incumplimiento de un contrato de obra para la construcción de infraestructura de acueducto. La entidad contratante pretende la declaración de responsabilidad del contratista y su aseguradora junto con la indemnización de los perjuicios causados. Por su parte, el contratista exige a la entidad, el pago de saldos y costos que según su versión no fueron reconocidos durante la ejecución del contrato.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde al fallo proferido el 13 de noviembre de 2024¹, que resolvió la demanda² presentada el 12 de marzo de 2021³ por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (la contratante, demandante principal o demandada en reconvención o EPM) en contra de Seguros Generales Suramericana S.A. (la aseguradora o Suramericana) y la sociedad Azacán S.A.S. (el contratista, demandante en reconvención o demandado principal), así como la demanda de reconvención⁴ presentada por esta última, cuyos hechos principales, fundamentos de derecho y pretensiones se exponen a continuación.

Demanda

2. El 28 de agosto de 2015, EPM y Azacán celebraron el contrato de obra CT-2014-000386-A1, cuyo objeto fue la *“Construcción del tanque de almacenamiento La Fe, impulsión Planta San Nicolás – Tanque La Fe, obras complementarias y redes asociadas al proyecto Valle San Nicolás. Grupo 2”*, por valor inicial de \$14.901’898.675, bajo precios unitarios no reajustables y por cantidades estimadas, con un plazo de 270 días calendario contados entre el 28 de agosto de 2015 y el 23 de mayo de 2016. La interventoría se confió a WSP Colombia S.A. mediante el contrato CT-2014-00366-A1.

3. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, Azacán constituyó a favor de EPM el seguro de cumplimiento contenido en la Póliza Matriz 1341501-5, expedida por la compañía Seguros Generales Suramericana S.A. Esta garantía amparó la ejecución del negocio jurídico con una vigencia comprendida entre el 28 de agosto de 2015 y el 28 de noviembre de 2018, cubriendo el riesgo de incumplimiento hasta por un límite asegurado de \$1.914’013.868.

4. Durante la ejecución, las partes suscribieron un total de doce (12) Actas de Modificación Bilateral (AMB) que ampliaron el plazo total a 1.032 días calendario y aumentaron el valor final del contrato a \$19.140’138.672; dentro de esas modificaciones se redefinió el alcance contratado por la imposibilidad de ejecutar las redes de Polietileno de Alta Densidad (PEAD) previstas en el municipio de Rionegro, acordándose una compensación de obra consistente, entre otros frentes, en redes en Alto Palmas y, de manera relevante, en la construcción del tramo 7 de la red no regulada en hierro dúctil de 600 mm entre el parque Los Salados y la glorieta La Fe, con suministro de tubería PEAD y en Hierro Dúctil (HD) a cargo de EPM.

5. La compensación quedó formalizada principalmente en las AMB 9 y 10, mediante las cuales se levantó una suspensión por falta de tubería HD, se extendió en nueve meses el plazo para ejecutar el tramo 7 y se suprimieron definitivamente las cantidades inicialmente previstas en Rionegro, pactando además ítems

¹ Expediente digital, archivo “114Sentencia_000202100490CONTRACT”.

² Expediente digital, archivo “005ED_01DEMANDACONTRACTUAL”.

³ SAMAI, primera instancia, índice 1.

⁴ Expediente digital, archivo “19052021. PTE DDA PRESENTA DEMANDA RECONVENCION”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

adicionales y una actualización de precios sustentada en el mayor tiempo de ejecución. Posteriormente, con el AMB 11 del 28 de agosto de 2018, se amplió el plazo en 90 días para la terminación de todas las actividades pendientes, incluidas pruebas hidrostáticas, desinfección y acabados, y se reconoció expresamente que 77 de esos días (41 por inicio tardío y 36 por bajos rendimientos) eran imputables a Azacán.

6. A pesar de que la tubería HD llegó a la obra el 9 de octubre de 2017, el contratista no dispuso oportunamente los recursos para su descarga, labor que tuvo que asumir EPM, y el Plan de Manejo de Tránsito (PMT) para intervenir la vía (concesionada a Devimed S.A.) fue presentado con inconsistencias que requirieron varias correcciones. Adicionalmente, Azacán entregó cronogramas incompletos y desfasados respecto del plazo contractual, sin atender las observaciones de la interventoría, la cual dejó constancia de que el retraso en el inicio de obra del tramo 7 era imputable exclusivamente al contratista por deficiencias en actividades preliminares y en la logística general de la obra.

7. En desarrollo de la ejecución del tramo 7, la interventoría hizo un seguimiento semanal dejando evidencia de la insuficiencia de recursos de maquinaria, personal, materiales y organización en los frentes de obra, lo que se tradujo en bajos rendimientos de instalación, y por ende, en un incumplimiento consistente y reiterado de las obligaciones de ejecutar los trabajos.

8. Al vencimiento del plazo contractual, prorrogado hasta el 28 de septiembre de 2018 mediante el AMB 12, el contratista solo había ejecutado el 87,12 % del valor contratado. La interventoría registró que por los bajos rendimientos, el contratista dejó de instalar 785,19 metros lineales de tubería HD, además de diversos tramos de tubería PEAD y un conjunto amplio de actividades complementarias, como vaciados, cunetas, obras de estabilización, cerramientos, paisajismo, señalización y otras obras accesorias.

9. A lo anterior, se sumó la no realización de las pruebas hidrostáticas exigidas contractualmente sobre las redes instaladas: aunque desde noviembre de 2017 la interventoría y EPM reiteraron al contratista que el diseño, suministro de insumos y ejecución de las pruebas eran de su responsabilidad⁵, Azacán solo presentó un diseño el 21 de junio de 2018 que requirió ajustes y fue aprobado definitivamente por EPM el 4 de septiembre de 2018, pero el contratista no ejecutó las pruebas antes de la terminación del contrato, lo que obligó a EPM a contratar a Acassa para verificar la estanqueidad de las tuberías instaladas.

10. Con ocasión de estos incumplimientos, EPM se vio obligado a contratar: (i) con Acassa (contratos CW51135 y CW17273⁶) la terminación de las redes de acueducto inconclusas (incluyendo empalmes y accesorios), la realización de las pruebas hidrostáticas omitidas, la ejecución de la gestión ambiental pendiente y la reparación

⁵ Según las normas técnicas NEGC 704 y 706, y la especificación particular 716N1.

⁶ Aunque en la demanda y en algunos anexos se menciona "CW13273", los documentos contractuales y el consolidado de contratación con terceros lo identifican como **CW17273**.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

de los daños y obras defectuosas dejadas en la zona; y, ⁽ⁱⁱ⁾ con Procopal S.A. (contrato CW26696) la repavimentación y recuperación técnica de la carpeta asfáltica en la vía Las Palmas, necesaria para restablecer la seguridad vial afectada por las intervenciones abandonadas.

11. El incumplimiento del contrato ocasionó a EPM perjuicios por la suma de \$2.116'472.929, correspondientes a: ⁽ⁱ⁾ \$1.914'843.235 por los sobrecostos en que incurrió la entidad al contratar con Acassa las obras que Azacán dejó de ejecutar o ejecutó defectuosamente⁷; y ⁽ⁱⁱ⁾ \$201'629.694 por mayor costo de interventoría derivado de las prórrogas imputables al contratista.

12. Con fundamento en lo expuesto, solicitó declarar el incumplimiento del contrato por parte de Azacán, declarar la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza matriz de cumplimiento, liquidar judicialmente el negocio jurídico y, en consecuencia, condenar individual, conjunta o solidariamente a Azacán y a la aseguradora al pago de la suma de \$2.116'472.929, más indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho⁸. Subsidiariamente, pidió declarar el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro para que, tras la liquidación judicial del contrato según lo que resulte probado, se condene a la aseguradora a pagar la indemnización hasta el límite del valor asegurado y a Azacán a pagar la suma que exceda dicha garantía, junto con la indexación e intereses moratorios⁹.

⁷ Dentro de esta suma se desglosaron: (i) \$979'998.155 por el sobrecosto del contrato CW51135, luego de depurar de dicho contrato las partidas que no eran alcance de Azacán, de forma que el valor reclamado corresponde solo a las actividades que el contratista principal estaba obligado a ejecutar; (ii) \$365'116.479 por el costo de las pruebas hidrostáticas realizadas bajo el mismo contrato, a las tuberías instaladas por Azacán que éste no realizó; (iii) \$133'310.895 por ítems ambientales y de gestión social que debían ejecutarse dentro del contrato principal y que EPM debió asumir también bajo el contrato CW51135; (iv) \$335'103.477 por la atención de problemas de calidad y reprocesos sobre obras realizadas por Azacán hasta antes del abandono (contrato CW51135); y (v) \$101'314.229 por sobrecostos en la recuperación de urbanismo y obras en la vía, atendidos a través del contrato CW13273 celebrado con Acassa S.A.S. Se indicó que la pavimentación posterior a cargo de Procopal (contrato CW26696) no generó sobrecostos.

⁸ Textualmente se solicitó: **3.1.** Se declare que la Empresa AZACAN S.A.S., incumplió el contrato CT 2014-000386- A1 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 SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. que garantizó el contrato CT 2014- 000386- A1 (...). **3.3.** Se solicita al Despacho Liquidar Judicialmente el contrato CT 2014- 000386-A1 suscrito entre EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y la EMPRESA AZACAN S.A.S. **3.4.** Como consecuencia de lo anterior, se condene de forma individual a la compañía de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. conforme al contrato de seguro en el riesgo de cumplimiento y la suma que exceda de este valor asegurado se condene a la empresa AZACAN S.A.S., o condene conjunta o solidariamente a las Empresas AZACAN S.A.S. y a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a pagar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., las siguientes sumas de dinero: **3.4.1.** ... (\$979.998.155), con ocasión de perjuicios por sobre costo con las nuevas contrataciones de obras no ejecutadas por incumplimiento del Contratista AZACAN, y que fueron ejecutados por el contratista ACASSA con el contrato CW51135. **3.4.2.** ... (\$101.314.229), con ocasión de perjuicios por sobre costos de atención a puntos críticos no realizados por el contratista incumplido AZACAN y que fueron ejecutados por el contratista ACASSA en con el contrato CW13273. **3.4.3.** ... (\$335.103.477), con ocasión de perjuicios por atención de problemas de calidad de obra ejecutada hasta antes de presentarse el incumplimiento total por abandono de la obra y que fueron ejecutados por el contratista ACASSA en el marco del contrato CW51135. **3.4.4.** ... (\$365.116.479) con ocasión de perjuicios derivados del incumplimiento de AZACÁN por no realizar las pruebas hidrostáticas, requisito técnico que fue ejecutado por el contratista ACASSA con el contrato CW51135. **3.4.5.** ... (\$133.310.895) con ocasión de los perjuicios por sobrecostos requeridos por el incumplimiento de AZACAN en la gestión ambiental y social, que fueron ejecutados con el contrato CW51135. **3.4.6.** ... (\$201.629.694), con ocasión de perjuicios por sobre costo de Interventoría debido a los aumentos de plazo imputados a AZACÁN en el contrato CT 2014 - 000386-A1, acordados en el Acta de Modificación bilateral 11. **3.4.7.** Al pago indexado de las anteriores sumas de dinero. **3.4.8.** 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. **3.4.9.** Se condene a la Empresa AZACAN S.A.S. a pagar las costas y agencias en derecho".

⁹ **4.1.** Se declare que la Empresa AZACAN S.A.S., incumplió el contrato (...) **4.2.** Ante lo anterior, se declare la ocurrencia del siniestro a cargo de la Sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. que garantizó el contrato (...). **4.3.** Se solicita al Despacho Liquidar Judicialmente el contrato (...). **4.4.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. a pagar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., las sumas de dinero que le corresponde asumir de acuerdo con el contrato de seguros citado y aportado al proceso. **4.5.** Al pago indexado de las anteriores sumas de dinero. **4.6.** 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 la demandada realice el pago efectivo a EPM. **4.7.** Se condene a pagar las costas y agencias en derecho. **4.8.** Consecuencial de la primera pretensión subsidiaria se condene a la Empresa AZACAN S.A.S. a pagar a favor de EPM las sumas de dinero que exceden el monto de la garantía del contrato incumplido. **4.9.** Al pago indexado de la anterior suma de dinero. **4.10.** Al pago de los intereses moratorios (...). **4.11.** Se condene a pagar las costas y agencias en derecho.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

Contestación de la demanda

13. Azacán¹⁰ se opuso a la totalidad de las pretensiones, alegando que no existió incumplimiento del contrato sino una imposibilidad material de ejecutar la totalidad de las obras, derivada de la deficiente planeación de EPM desde la etapa precontractual y durante la ejecución. Sostuvo que el proyecto se contrató con diseños incompletos o errados, cantidades de obra apenas aproximadas y sin viabilidad constructiva en tramos relevantes (especialmente en Rionegro), lo que obligó a realizar ajustes permanentes y a doce (12) actas de modificación bilateral (AMB) que alteraron el alcance y la localización de las obras.

14. Afirmó que presentó su oferta de buena fe confiando en que EPM había definido correctamente la obra; no obstante, en la práctica encontró que las cantidades de redes en El Retiro, Rionegro y Envigado eran inciertas, que las longitudes eran “aproximadas”, que se incluyeron tramos sin definición de cantidades y que, ante la imposibilidad de intervenir Rionegro por falta de aval municipal, EPM terminó reasignando al contratista tramos distintos, con otras tipologías de tubería, alterando sustancialmente el objeto inicialmente concebido.

15. Destacó que aceptó y ejecutó las numerosas modificaciones contractuales para permitir la continuidad del proyecto, pero, pese a ello, la contratante mantuvo una intervención desordenada, con definiciones tardías y contradictorias, lo que generó “tiempos muertos” y obstáculos que hicieron imposible cumplir el cronograma originalmente previsto.

16. Resaltó la negativa de EPM - 27 de septiembre de 2018- a conceder una última prórroga de 134 días que ya había sido concertada y con la cual habría culminado la totalidad de las obras antes y a menor costo que el obtenido con la contratación posterior de Acassa. Sostuvo que EPM solo retomó las obras varios meses después mediante nuevos contratos con terceros, con un costo total sustancialmente superior al que habría representado permitir a Azacán terminar la obra.

17. Frente a los hechos que EPM calificó como incumplimientos, admitió que al momento de la terminación aún quedaban actividades por concluir, pero afirmó que ello obedeció a deficiencias de planeación y diseño, a la reasignación tardía de frentes de trabajo y a la falta de definiciones oportunas por parte de EPM y de la interventoría. En lo relativo a las pruebas hidrostáticas, sostuvo que se trató de actividades que exigían diseños específicos, definición de presiones de prueba, accesorios y elementos suministrados por el fabricante de la tubería, y que la obtención de esos insumos y definiciones estuvo marcada por la falta de organización de EPM y por dificultades con el proveedor, lo que hizo materialmente imposible culminar las pruebas.

18. También refutó la cuantificación de los perjuicios derivados de las obras

¹⁰ Expediente digital, archivo “037ED_13ContestacionAZACAN”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

ejecutadas por terceros. Señaló que las sumas reclamadas corresponden a contratos posteriores que incluyeron obras adicionales o diferentes a las originalmente pactadas con Azacán, así como a ajustes por cambios regulatorios y ambientales, de modo que no existe prueba de que esos montos deriven exclusiva y causalmente de un incumplimiento suyo.

19. Con fundamento en lo expuesto, estructuró su defensa jurídica en tres excepciones principales: ⁽ⁱ⁾ la excepción de contrato no cumplido, fundamentada en que EPM incumplió primero sus obligaciones de planeación, entrega de diseños completos y disponibilidad del espacio público; ⁽ⁱⁱ⁾ la falta de legitimación en la causa por activa, con sustento en que la parte que incumple sus propios deberes no está habilitada para demandar la declaratoria de incumplimiento de la otra; y, ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la invocación del principio conforme al cual “*nadie está obligado a lo imposible*”, justificando que las obras no terminadas y las pruebas no realizadas obedecieron a imposibilidades generadas por la contratante. Sobre esa base, pidió negar todas las pretensiones indemnizatorias y declarar que el siniestro no se configuró.

20. La aseguradora¹¹ también se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando que la fuente de su obligación se regía estrictamente por el contrato de seguro, y que EPM no demostró la ocurrencia del siniestro indemnizable. Invocó la excepción que denominó “*límite contractual*”, señalando que su responsabilidad se encontraba restringida al valor asegurado y a la vigencia establecida en la póliza.

21. Para enervar la declaratoria del siniestro, se adhirió sustancialmente a las defensas propuestas por Azacán. Argumentó que el supuesto incumplimiento del contrato no era imputable a su asegurado, sino que la causa eficiente de la terminación fue la negligencia y la deficiente planeación de la entidad, a quien le correspondía acreditar lo contrario. Afirmó que si la responsabilidad recaía en EPM (mora del acreedor), la obligación de indemnizar quedaba extinguida. Además, indicó que la cuantificación de los perjuicios presentada por la contratante era excesiva y no estaba debidamente probada.

22. Sostuvo que, para que pudiera derivarse responsabilidad contractual y hacerse efectiva la póliza de cumplimiento, EPM debía demostrar cumulativamente: ⁽ⁱ⁾ un incumplimiento real y jurídicamente imputable al contratista; ⁽ⁱⁱ⁾ el propio cumplimiento de sus obligaciones, en particular las relacionadas con planeación, diseños y permisos; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la existencia de un daño cierto, directo y cuantificado, atribuible a ese incumplimiento, enfatizando que la simple alegación de sobre costos no basta para comprometer el seguro.

Demanda de reconvención

23. Dentro del término oportuno, Azacán presentó demandada de reconvención¹² en contra de EPM, reiterando los cuestionamientos formulados en su contestación de la demanda principal en el sentido de que fue EPM quien incumplió sus

¹¹ Expediente digital, archivo “041ED_14ContestacionSurame”.

¹² Expediente digital, archivo “19052021. PTE DDA PRESENTA DEMANDA RECONVENCION”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

obligaciones de planeación, entrega de diseños, definición de cantidades y gestión de permisos y licencias, al punto de afectar gravemente la normal ejecución del contrato y hacer imposible la terminación de las obras en las condiciones pactadas.

24. Expuso que EPM adelantó el proceso de selección con información apenas aproximada sobre la localización y longitudes de redes en El Retiro, Rionegro y Envigado, sin asegurarse de contar con la viabilidad real para intervenir, particularmente en el municipio de Rionegro, donde los permisos fueron negados y la administración manifestó su oposición a la entrada de EPM como prestador del servicio de acueducto. Indicó que estos hechos, sumados a la necesidad de introducir múltiples modificaciones mediante las doce AMB, evidencian una vulneración del principio de planeación que no puede trasladarse al contratista.

25. En esa misma línea, la reconvención describió que la imposibilidad de ejecutar las redes previstas en Rionegro llevó a EPM a compensar el alcance con nuevas obras en otros sectores del circuito La Fe y de Alto Palmas, con cambios de tecnología de tubería y la necesidad de suspender y reanudar el contrato mientras llegaban los materiales y se definían diseños finales, circunstancias que habrían generado sobrecostos no reconocidos que desbordaron el riesgo propio asumido por el contratista bajo el negocio jurídico celebrado.

26. Afirmó que el contratista se vio imposibilitado para continuar y terminar las obras por el incumplimiento de EPM en sus deberes de planeación, entrega de diseños y obtención de permisos, de manera que actuó legítimamente en ejercicio de la excepción de contrato no cumplido hasta el vencimiento del plazo; sobre esa base, solicitó que se declarara que sus obligaciones se extinguieron por imposibilidad de ejecución y que los efectos económicos de esa situación debían ser asumidos por EPM.

27. Finalmente, cuantificó bajo juramento estimatorio los perjuicios que afirmó le fueron ocasionados por los incumplimientos de EPM, en la suma de \$1.127'455.319, discriminados en \$136'439.826 por utilidad dejada de percibir y \$991'015.492 por sobrecostos derivados del cambio de ejecución diurna a nocturna en la instalación de la tubería de hierro dúctil (HD); este último rubro se sustentó en un dictamen pericial de parte, comprendiendo ajustes realizados entre enero y junio de 2018, así como otros conceptos que la reconvención vinculó directamente a decisiones de EPM sobre el método constructivo y la logística de la obra¹³.

28. Con fundamento en lo anterior, Azacán solicitó¹⁴: (i) declarar la existencia del

¹³ Como actividad nocturna asociada al retiro de escombros de pilas, implementación de planes de manejo de tránsito nocturnos, recargos nocturnos para personal profesional y transporte adicional en ese horario.

¹⁴ "2.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS: 2.1.1. Que se declare que entre EMPRESA PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y AZACAN S.A.S. se celebró el contrato CT 2014-000386-A1 (...). 2.1.2. Que se declare que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. incumplió el contrato (...) 2.1.3. Que se declare que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., es la responsable de la planeación, diseños y cantidades de obra del "Proceso de Contratación PC-2015-000782 Por Solicitud de Ofertas Técnicas y Económicas" (...) 2.1.4. Que se declare que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., es la responsable de la socialización del proyecto, consecución de permisos y licencias (...) 2.1.5. Que se declare que las acciones y omisiones de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., afectó la normal ejecución del negocio jurídico a tal punto que imposibilitó la terminación de las obras (...) 2.1.6. Que se declare que AZACAN S.A.S., por causas que no le son imputables, derivadas de actos extraordinarios e imprevistos de terceros, fuerza mayor e incumplimiento de las obligaciones de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., estuvo imposibilitada para continuar ejecutando y terminar las obras (...) 2.1.7. Que se declare que AZACAN S.A.S. actuó legítimamente y en ejercicio de la excepción de contrato no cumplido durante



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

contrato CT-2014-000386-A1; (iii) declarar que EPM era la responsable de la planeación, diseños, cantidades de obra, socialización del proyecto y consecución de permisos y licencias, y que sus acciones y omisiones afectaron la ejecución al punto de hacer imposible la terminación de las obras, de modo que Azacán actuó legítimamente en ejercicio de la excepción de contrato no cumplido hasta el vencimiento del plazo; (iii) declarar que el Acta de Cierre de Cuentas del 26 de agosto de 2020, remitida por EPM, no fue suscrita por Azacán por razones que no le son atribuibles; (iv) declarar la nulidad del acta antes indicada; y (v) condenar a EPM a pagar la suma de \$1.127'455.319, más los demás perjuicios y costos que se llegaren a demostrar en el proceso, indexados y con intereses comerciales moratorios a la máxima tasa legal, así como al pago de costas y agencias en derecho.

Contestación de la demanda de reconvención

29. EPM¹⁵ se opuso a todas las pretensiones de la demanda de reconvención, afirmando que cumplió con sus obligaciones contractuales y que las deficiencias y la imposibilidad de terminar la obra fueron consecuencia directa del incumplimiento y la falta de recursos del contratista. Reiteró los argumentos de su demanda principal, en el sentido de que Azacán dejó la obra inconclusa (87.12% de ejecución), defectuosa y sin las pruebas hidrostáticas requeridas contractualmente. Negó haber vulnerado el principio de planeación, exponiendo que el contrato se estructuró correctamente, que se entregaron los diseños oficiales (planos planta perfil) desde junio de 2017, y que estos eran suficientes para que Azacán iniciara la planeación logística.

30. Respecto a la imposibilidad de intervenir en Rionegro (el 70% del alcance original), argumentó que la negativa del municipio a otorgar permisos fue un hecho imprevisto y no imputable a su responsabilidad, causado por un cambio en la administración local y un interés político sobre la prestación del servicio. Explicó que este impacto se subsanó mediante las AMB, acordando compensar el alcance con nuevas obras con la libre y manifiesta aquiescencia de Azacán.

la ejecución del contrato (...) 2.1.8. Que se declare que las obligaciones, y sus accesorios, a cargo de AZACAN S.A.S. se extinguieron por efectos de la imposibilidad de ejecución del contrato (...) 2.1.9. Que se declare que el Acta de Cierre de Cuentas del 26 de agosto de 2020, remitida por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., no fue suscrita por AZACAN S.A.S., por razones que no le son atribuibles. 2.1.10. Que se declare la nulidad del Acta de Cierre de Cuentas del 26 de agosto de 2020 (...) 2.1.11. Que se declare que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. con su incumplimiento causó perjuicios económicos a AZACAN S.A.S. los cuales le deben ser reconocidos y pagados. 2.1.12. Se liquide en sede judicial el contrato CT 2014-000386-A1 correspondiente a la aceptación de oferta del 16 de julio de 2015. 2.2. PRETENSIONES DE CONDENA: 2.2.1. (...) se condene a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. a pagar a favor de AZACAN S.A.S.: 2.2.1.1. ... (\$136.439.826,74) o la suma que resulte probada en el proceso, por concepto de utilidad dejada de percibir. 2.2.1.2. ... (\$991.015.492) o la suma que resulte probada en el proceso por concepto de sobrecostos derivados del cambio de actividad diurna a nocturna exigida por EPM los cuales se desagregan en los pendientes que a continuación se señalan derivados del incremento de costos por cambio de jornada: 2.2.1.2.1. ... (\$125.588.260,00) o la suma que resulte probada en el proceso por concepto de ajustes (Enero/18 –junio/18). 2.2.1.2.2. ... (\$24.286.412,00) o la suma que resulte probada en el proceso por concepto de actividad nocturna-retiro de escombros de pilas. 2.2.1.2.3. ... (\$177.501.078,00) o la suma que resulte probada en el proceso por concepto de PMT nocturno. 2.2.1.2.4. ... (\$31.579.584,00) o la suma que resulte probada en el proceso por concepto de recargo nocturno para personal profesional. 2.2.1.2.5. ... (\$632.060.158,00) o la suma que resulte probada en el proceso por concepto de pago de actividades de transporte nocturno. 2.3. Que dentro de la liquidación judicial que realice el Tribunal Administrativo del contrato (...) se imponga a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., la obligación de pagar los perjuicios, costos y extracostos que resulten demostrados en el proceso por concepto de las pretensiones declarativas anteriormente mencionadas, en su modalidad de daño emergente, lucro cesante y costos de oportunidad, entre otros; 2.4. Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte en favor de AZACAN S.A.S., se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribunal. 2.5. Que se condene a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. en costas y agencias en derecho (...).

¹⁵ Expediente digital, archivo "RESPUESTA DE EPM A LA DEMANDA DE RECONVENCION DE AZACAN".



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

31. Se opuso a las reclamaciones por sobrecostos asociados al trabajo nocturno, PMT y transporte. Sostuvo que, según las condiciones del Anexo Técnico, el riesgo de trabajar en jornada nocturna por exigencias de terceros (Devimed, como concesionario de la vía) y los sobrecostos de personal y logística ya estaban incluidos en la administración del contrato, así como en el ítem de recargo nocturno pactado, el cual fue pagado en su totalidad. También negó la procedencia de la pretensión de recibir la utilidad por la obra no ejecutada, ya que el lucro cesante no procedía al ser el incumplimiento atribuible al propio contratista. Agregó que el valor adeudado a Azacán por ajuste de precios (\$114.285.317), fue legalmente compensado con la deuda de este último por el mayor costo de la interventoría (\$357.985.023), quedando un saldo a favor de EPM de \$201.629.694, que fue el reclamado en la demanda principal.

32. Finalmente, contravirtió el dictamen pericial aportado por Azacán indicando que carecía de valor probatorio por ser “sesgado y no objetivo”, toda vez que se basó únicamente en las comunicaciones del contratista, omitiendo las respuestas de EPM y los informes de la interventoría, careciendo además de un análisis técnico integral (hidráulica, diseños). Señaló que el contratista Acassa S.A.S. terminó las obras sin problemas, demostrando que los impedimentos alegados por el contratista no eran de carácter técnico, sino logístico y financiero.

33. Con base en lo indicado, concluyó que EPM no incumplió sus obligaciones, que no adeuda valor alguno al contratista y que, por el contrario, fue Azacán quien desconoció sus obligaciones bajo el contrato.

Llamamiento en garantía

34. Azacán promovió llamamiento en garantía en contra de Suramericana con fundamento en el artículo 225 del CPACA y en la póliza de cumplimiento que amparó el contrato solicitando que, en caso de condena, la aseguradora asumiera el pago de las sumas que eventualmente se le imputaran al contratista o, subsidiariamente, reembolsara los pagos que este realizara como consecuencia de la sentencia. Dicho llamamiento fue admitido mediante auto del 3 de septiembre de 2021¹⁶, donde se precisó que la compañía de seguros, ya vinculada como demandada principal, se tendría por notificada del llamamiento y se le correría el traslado correspondiente para que se pronunciara sobre el mismo.

35. La aseguradora contestó oportunamente el llamamiento en garantía, afirmando que Azacán carece de legitimación en la causa y de interés para formularlo, por cuanto la póliza de cumplimiento 1341501-5 tiene como asegurado exclusivo a EPM y solo protege el patrimonio de esta última, mientras que el contratista ostenta únicamente la calidad de garantizado. Con base en esa premisa se opuso al llamamiento realizado, resaltando que el seguro de cumplimiento indemniza exclusivamente al asegurado por los incumplimientos del contratista, y

¹⁶ Expediente digital, archivo “17_AUTOADMITELLAMAMIENTOENGARANTIA”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

además, objetó el juramento estimatorio presentado por Azacán, señalando que la reclamación excedía el límite de la suma asegurada.

Alegatos en primera instancia

36. Surtido el debate probatorio¹⁷, en proveído del 16 de junio de 2023¹⁸, el *a quo* corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto, quien guardó silencio, mientras que las partes presentaron sus alegatos.

37. Azacán¹⁹ reiteró lo expuesto en su contestación de la demanda principal y en la demanda de reconvención, defendiendo la validez del dictamen pericial que allegó frente al informe técnico aportado por EPM, al cual restó valor probatorio por haber sido elaborado por funcionarios de la misma entidad, agregando que esta se autoinfligió un perjuicio económico mayor al contratar a un tercero para culminar las obras en lugar de prorrogar el contrato existente.

38. La aseguradora²⁰ reafirmó lo indicado en su contestación y sostuvo que, a la luz de la prueba recaudada, las dificultades, atrasos y sobre costos del contrato se debieron a fallas de planeación, diseños y gestión de permisos de EPM, y no a un incumplimiento de Azacán. Argumentó que EPM conocía la inviabilidad de las obras en Rionegro antes de la contratación, evidenciando un grave incumplimiento imputable exclusivamente a la entidad. Con base en ello, concluyó que no se configuró el siniestro amparado por la póliza.

39. EPM reiteró lo expuesto en su demanda principal y en la contestación a la demanda de reconvención, agregando que el dictamen pericial presentado por Azacán era inválido e imparcial y debía desestimarse, mientras que las demás pruebas acreditaban que EPM cumplió sus obligaciones. Afirmó que se acreditó el incumplimiento del contratista, por lo que Suramericana y Azacán debían indemnizar los perjuicios reclamados.

Los fundamentos de la sentencia de primera instancia

¹⁷ Conforme al acta de la audiencia inicial del 8 de marzo de 2021, el decreto de pruebas se dividió de la siguiente manera: **(1) Demanda Principal:** (i) las pruebas documentales aportadas en la demanda y las contestaciones; (ii) los testimonios de Laura Victoria Pineda, Arley Antonio Gómez, Daniel Pérez Patiño, Juan Carlos Herrera, Alex Aguilar y Camilo Augusto Prado (solicitados por EPM) y los de Angélica María Arbeláez, José Fernando Gallego y Frenier José Acosta (solicitados por Azacán); (iii) los interrogatorios de parte a los representantes de Azacán S.A.S. y Seguros Generales Suramericana S.A., sustituyéndose el del representante de EPM por un informe bajo juramento al tratarse de una entidad pública; (iv) la exhibición de documentos (estudios previos, diseños, planos, comunicaciones e informes de interventoría y correspondencia) a cargo de EPM y, mediante aviso, a las entidades Pamcol y Devimed; y (v) librar oficio al municipio de Rionegro para que allegara el acto administrativo de negación de intervención por parte de EPM en su jurisdicción; **(2) Demanda de Reconvención:** (i) los documentos relacionados en la demanda de reconvención y en las contestaciones; (ii) el dictamen pericial rendido por la ingeniera Liliana Estrada Parías, ordenando su comparecencia a audiencia para su contradicción; y (iii) se remitió a lo decidido respecto de la demanda principal frente a las solicitudes sobre testimonios, interrogatorios y exhibición de documentos por coincidir en su objeto y sujetos. Expediente digital, archivo “36_AUDIENCIALEBRADA_ACTAAUDIEN”.

¹⁸ Expediente digital, archivo “99_AUTOTRASLADO10DIAS”.

¹⁹ Expediente digital, archivo

“107_RECEPCIONMEMORIALPORCORREOELECTRONICO_ALEGATOS_RAD20210049000A”.

²⁰ Expediente digital, archivo

“104_RECEPCIONMEMORIALPORCORREOELECTRONICO_ALEGATOS_MEMORIALALEGATOSDE”



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

40. El Tribunal *a quo* declaró probada la excepción de contrato no cumplido a favor de Azacán, negó en su integridad las pretensiones de la demanda principal y declaró el incumplimiento contractual de EPM, accediendo parcialmente a la demanda de reconvención. Condenó a EPM a pagar a Azacán \$181'596.053,44 por sobrecostos en actividades nocturnas y \$115'496.066,94 por utilidades dejadas de percibir, para un total de \$297'092.120,38; finalmente, tuvo por liquidado el contrato de obra CT-2014-000386-A1 incluyendo dichos valores²¹.

41. Como punto de partida, consideró que tanto la demanda principal como la de reconvención fueron presentadas dentro del término de caducidad. Señaló, además, que el contrato CT-2014-000386-A1, por involucrar a una empresa de servicios públicos domiciliarios, se regía por el derecho privado y la Ley 142 de 1994, de modo que las actuaciones de EPM —incluido el acta de cierre de cuentas— tenían naturaleza contractual y no de acto administrativo, razón por la cual no procedía declarar su nulidad, sino examinarlas como manifestaciones de la autonomía de la voluntad dentro de la relación contractual.

42. A partir del pliego de condiciones, el contrato, las actas de modificación, las comunicaciones entre las partes y demás pruebas recaudadas, concluyó que EPM incurrió en incumplimientos relevantes en la fase de planeación, en los diseños, en la definición de cantidades de obra y en la gestión de permisos, licencias y condiciones necesarias para la ejecución, lo que dio lugar a modificaciones sucesivas, dificultades en campo e imposibilidad de culminar todas las obras dentro del plazo contractual.

43. Destacó que el incumplimiento de EPM se originó desde el momento en que no se pudieron ejecutar las obras en Rionegro por la falta de permisos de ese municipio, falla de planeación que se proyectó sobre toda la etapa de ejecución, incluidas las compensaciones y modificaciones posteriores. Aunque el contratista consintió en tales cambios suscribiendo múltiples actas de modificación bilateral, indicó que estas se celebraron de manera improvisada y sobre la marcha para enfrentar el déficit de planeación inicial, y que la ausencia de definiciones, diseños y entrega oportuna de materiales por parte de EPM constituyó un incumplimiento grave que colocó a Azacán en una razonable imposibilidad de cumplir en los

²¹ “**PRIMERO:** DECLARAR la EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO a favor de AZACÁN S.A.S.; en razón de ello, SE NIEGAN las pretensiones de la demanda principal interpuesta por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., lo anterior de acuerdo con la motivación precedente. **SEGUNDO:** DECLARAR el incumplimiento contractual de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., en virtud del Contrato de Obra CT-2014-000386-A1 de 2015 celebrado con AZACÁN S.A.S., de conformidad con las consideraciones antes expuestas. **TERCERO:** ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda de reconvención interpuesta por AZACÁN S.A.S. en contra de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva. **CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. a pagar a favor de AZACÁN S.A.S., las siguientes sumas por concepto de indemnización de perjuicios causados por la entidad contratante derivados del incumplimiento contractual (...) Sobrecostos \$181.596.053,44 (...) Utilidades dejadas de percibir \$115.496.066,94 (...) Total \$297.092.120,38. **QUINTO:** TENER POR LIQUIDADO el Contrato de Obra CT-2014-000386-A1 de 2015 celebrado entre EPM E.S.P. y AZACÁN S.A.S., en los términos dispuestos en el numeral anterior. **SEXTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda de reconvención. **SÉPTIMO:** De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condena en costas de primera instancia a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., teniendo en cuenta que se negaron las pretensiones de la demanda principal, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación. Las agencias en derecho se fijan en el equivalente al 3% del valor de lo pedido (cuantía que sirvió para estimar la competencia), de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, artículo 5 numeral 1, del Consejo Superior de la Judicatura. **OCTAVO:** Toda vez que prosperaron de forma parcial las pretensiones de la demanda de reconvención, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia. **NOVENO:** En firme esta providencia archívese el expediente”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

tiempos pactados.

44. Si bien reconoció que el contratista también incurrió en retrasos y dejó obra sin ejecutar, consideró que esos comportamientos eran consecuencia directa del incumplimiento previo y grave de EPM. Por ello, tuvo por configurada la excepción de contrato no cumplido, lo que impedía a la entidad exigir el cumplimiento del contratista, reclamar perjuicios y hacer efectiva la póliza, lo que conducía a la improcedencia de las pretensiones de la demanda principal.

45. En línea con lo expuesto en la demanda de reconvención, estimó que EPM afectó la normal ejecución del contrato al no asegurar oportunamente las condiciones de diseño, socialización y permisos frente a autoridades y terceros, desconociendo el principio de planeación, haciendo imposible la ejecución para el contratista y generando daños que, según el reparto de riesgos pactado, debían ser asumidos por la entidad contratante. Determinó que el acta de cierre de cuentas se elaboró conforme a lo previsto en el pliego de condiciones, pues las partes no alcanzaron un acuerdo sobre la liquidación del contrato. No obstante, una vez acreditado el incumplimiento de la entidad contratante, correspondía analizar los perjuicios reclamados por el contratista a título de indemnización y, en consecuencia, procedía la liquidación judicial del contrato con base en los valores demostrados en el expediente.

46. A partir del dictamen técnico aportado con la demanda de reconvención, concluyó que el contratista asumió sobrecostos por trabajo nocturno por \$125'588.260, actualizados con el IPC de septiembre de 2018 a octubre de 2024 hasta \$181'596.053,44, y dejó de percibir utilidades por \$79'874.809, actualizados en igual periodo a \$115'496.066,94, rubros que debían reconocerse en la liquidación judicial. Concluyó que los demás conceptos reclamados por daño emergente y lucro cesante no fueron probados y, en todo caso, correspondían a riesgos incluidos en el precio global del contrato.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

47. Inconforme con la decisión del *a quo*, EPM interpuso recurso de apelación²² con el propósito de obtener la revocatoria de la sentencia de primera instancia. En su lugar, solicitó que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda principal y se desestimen en su totalidad las súplicas de la reconvención.

48. Como fundamento de su disenso, alegó que el *a quo* incurrió en un error sustancial al atribuir las dificultades de ejecución del contrato a una supuesta falta de planeación de la entidad, desconociendo que EPM realizó las gestiones previas necesarias, tales como estudios, diseños y socialización del proyecto desde el año 2008. Argumentó que la negativa del municipio de Rionegro a otorgar los permisos de intervención obedeció a un hecho imprevisible derivado de un cambio de voluntad política de la administración local, y no a una negligencia de la entidad.

²² Expediente digital, archivo "122RecepcionMemor_Rekursodeapelacionse".



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

Además, destacó que el Tribunal omitió valorar el Anexo Técnico del contrato, el cual establecía expresamente que la gestión y los costos de los permisos de rotura y ocupación de espacio público eran una obligación exclusiva del contratista.

49. En esa misma línea, censuró que se desconociera el valor de las doce (12) AMB suscritas voluntariamente por las partes. Sostuvo que Azacán conoció y aceptó las variaciones de cantidades y la ejecución de obras compensatorias en otros municipios, asumiendo los riesgos propios de un contrato a precios unitarios, sin manifestar en su momento inconformidad alguna. Por ende, consideró que la sentencia validó una conducta contraria a la buena fe contractual, al permitir que el contratista alegara fallas de planeación y desequilibrio financiero solo cuando se hicieron evidentes sus propios incumplimientos, contradiciendo su comportamiento previo de aceptación y ejecución de las modificaciones.

50. Respecto a la responsabilidad contractual, arguyó que existe prueba irrefutable del incumplimiento de Azacán, consistentes en la deficiente calidad técnica de las obras (como la falta de pruebas hidrostáticas) y el abandono injustificado de frentes de trabajo. En consecuencia, cuestionó la aplicación de la excepción de contrato no cumplido acogida por el Tribunal, afirmando que no se demostró que las supuestas fallas de la entidad generaran una imposibilidad real de ejecución. Para reforzar este punto, puso de presente que los problemas de liquidez y capacidad operativa del contratista no eran coyunturales ni imputables a este contrato, sino estructurales, debido a su falta de capacidad financiera y de trabajo.

51. Finalmente, denunció errores en la valoración probatoria y en la liquidación judicial. Reprochó que el fallo de instancia restara valor a los informes de interventoría y a los testimonios que documentaron el incumplimiento sistemático del contratista, otorgando en cambio plena credibilidad a un dictamen pericial de parte que se limitó a replicar las cifras reclamadas por el contratista sin análisis propios, y con fundamento en el cual, exclusivamente, el *a quo* justificó los rubros concedidos en sede de reconvención. Asimismo, calificó de incongruente la liquidación ordenada, toda vez que reconoció utilidades dejadas de percibir sobre obras no ejecutadas o defectuosas por culpa del contratista, ignoró los sobrecostos en que incurrió EPM para culminar los trabajos con terceros y aplicó una indexación que desconoció pagos ya actualizados.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

52. De conformidad con la demanda principal y de reconvención, los medios de defensa, lo decidido por el Tribunal y el recurso de apelación interpuesto, corresponde a la Sala establecer si se configuran los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido a favor de Azacán, o si, por el contrario, las dificultades en la ejecución no constituyeron un incumplimiento previo y grave de las obligaciones a cargo de EPM que justificaran la inejecución de las prestaciones a cargo del contratista. Definido el presunto incumplimiento contractual imputado a Azacán, la



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

Sala determinará si procede revocar los conceptos reconocidos en la sentencia de primera instancia a favor su favor²³ y acceder a la condena al pago de perjuicios a favor de EPM, a la declaratoria de siniestro y a la liquidación judicial del contrato.

La excepción de contrato no cumplido y su aplicación en el caso concreto

53. La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, constituye un mecanismo de defensa propio de los contratos bilaterales que permite a una de las partes abstenerse legítimamente de cumplir sus obligaciones mientras la otra no haya cumplido las suyas o no se allane a hacerlo en la forma y tiempo debidos. El fundamento de esta figura radica en la interdependencia de las prestaciones recíprocas y en la buena fe, fijando que quien pretende exigir el cumplimiento del otro debe, a su vez, haber satisfecho sus deberes o estar en la posición real y seria de hacerlo. Por ello, este medio exceptivo solo procede cuando se acredita ⁽ⁱ⁾ un incumplimiento actual, relevante y jurídicamente imputable a la otra parte; ⁽ⁱⁱ⁾ una relación de causalidad directa entre ese incumplimiento y la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento propio; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ que quien la alega no se encuentre, a su turno, en una situación de incumplimiento grave que desdibuje la buena fe contractual. No se trata, entonces, de un mecanismo para suspender indefinidamente las obligaciones o para desconocer el acuerdo de voluntades, sino de una herramienta estricta de equilibrio, cuyo ejercicio debe ser proporcionado y coherente con la naturaleza y el momento de las prestaciones afectadas.

54. Bajo esta óptica, la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido exige verificar una relación de causalidad directa y actual entre el incumplimiento del demandante y la resistencia del demandado. De allí que no pueda edificarse sobre irregularidades pretéritas o históricas, sino que exige la demostración de incumplimientos actuales, concurrentes y de tal gravedad que hagan objetivamente inexigible la prestación propia en el momento en que esta debe ejecutarse. Por la misma razón, tampoco puede ser invocada por quien, con pleno conocimiento de esas faltas pretéritas, las ha tenido por superadas al suscribir modificaciones contractuales posteriores que redefinen los plazos, alcances y condiciones de ejecución, generando en la contraparte la legítima expectativa de que tales hechos no volverán a ser alegados como obstáculo para el cumplimiento de la prestación bajo las nuevas condiciones pactadas.

55. En este sentido, salvo que se acredite la existencia de un vicio del consentimiento, o que los incumplimientos anteriores no fueron efectivamente superados por las renegociaciones y que, pese a la diligencia exigible, no era razonable conocer su subsistencia al momento de suscribir las modificaciones, las faltas anteriores de la contraparte no pueden servir de excusa para dejar de cumplir cuando se ha aceptado continuar la ejecución bajo otros términos, reconociendo que esas nuevas condiciones resultan suficientes para garantizar la prestación correspondiente. Finalmente, la Sala deja consignando que quien alega esta

²³ Correspondientes a sobrecostos por trabajo nocturno y utilidad dejada de percibir.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

excepción, acepta que ha incumplido, pues justamente justifica esa omisión en su contraparte.

56. La controversia en el *sub examine* gira en torno a si el contratista podía legítimamente excusarse de cumplir la obligación final de ejecutar todas las obras antes del 28 de septiembre de 2018 –fecha límite fijada en el Acta de Modificación Bilateral 12 (AMB 12)– alegando incumplimientos de EPM. En este sentido, reiterando lo antes indicado, el contratista demandado no desconoce la inejecución de las obras para el momento en que venció el plazo contractual.

57. El Tribunal negó las pretensiones de la entidad contratante al considerar que los problemas surgidos al inicio del contrato, atribuibles a una falta de planeación de esta, repercutieron en toda la ejecución y justificaron la inejecución final del contratista. La Sala, se aparta de tal postura, en particular ante la exigencia de un incumplimiento actual y concurrente y la incidencia de las modificaciones contractuales aceptadas por el contratista, lo que desconoce principios como la fuerza vinculante de lo pactado (art. 1602 C.C.) y la buena fe que debe presidir la ejecución del contrato.

58. El contrato de obra que suscita la controversia fue celebrado el 16 de julio de 2015 y tenía por objeto la construcción de redes de acueducto y obras asociadas al proyecto “Valle San Nicolás”, con un plazo inicial de 270 días; no obstante, pocos meses después –el 27 de noviembre de 2015–²⁴, la alcaldía de Rionegro negó expresamente el permiso de ocupación del espacio público para la instalación de aproximadamente 23 km de tubería (cerca del 70% del alcance original). Ante esta situación, las partes optaron por renegociar y reestructurar el proyecto. A través de doce (12) Actas de Modificación Bilateral (AMB), el contrato sufrió cambios significativos de alcance, plazo y valor, con el consentimiento expreso del contratista en cada ocasión.

59. Estas modificaciones incluyeron la supresión de las obras de Rionegro y su compensación con frentes de trabajo en otros municipios (v.gr. en El Retiro y Envigado), manteniendo los precios unitarios inicialmente pactados. Igualmente, se formalizaron suspensiones temporales y ajustes técnicos para atender situaciones imprevistas, como el cambio de tipología de tubería ante la falta de suministro de tubería en 2017. En suma, las partes reiteraron la relación contractual bajo nuevas condiciones, en ejercicio de su autonomía negocial, para superar los obstáculos presentados, como se ilustra en el siguiente cuadro²⁵:

	Fecha / Hito	Objeto principal y efecto en el plazo	Situación atendida (causa)
Contrato Inicial	16-jul-2015	Plazo: 270 días. (Rionegro, El Retiro, Envigado).	Alcance original.
AMB 1	12-ene-2016	Cambio de metodología: zanja abierta a Perforación Horizontal Dirigida (PHD).	Optimización técnica.

²⁴ Conforme al oficio SP18-05.02-2625.

²⁵ Expediente digital, carpeta “2. Actas de modificación bilateral del contrato”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

AMB 2	24-may-2016	Prórroga: 60 días. Inclusión obras Alto Palmas (Envigado).	Inicio compensación por Rionegro.
AMB 3	23-jul-2016	Prórroga: 45 días. Ajustes diseño viaductos.	Imprevistos climáticos y técnicos.
AMB 4	05-sep-2016	Prórroga: 60 días. Supresión parcial Rionegro / Adición Pinos.	Reestructuración del alcance.
AMB 5	05-nov-2016	Prórroga: 45 días. Ajustes operativos.	Condiciones de obra.
AMB 6	19-dic-2016	Prórroga: 63 días. Cierre fin de año y emergencia vial.	Fuerza mayor temporal.
AMB 7	20-feb-2017	Prórroga: 70 días. Obras nocturnas (Devimed).	Exigencias de terceros.
AMB 8	01-may-2017	Prórroga: 18 días. Tiempo administrativo.	Definición compensación total por la no ejecución de Rionegro.
Suspensión	19-may-2017	Suspensión por 96 días.	Suministro tubería y diseños.
AMB 9	22-ago-2017	Reinicio y formalización de compensación.	Reactivación del contrato.
AMB 10	30-may-2018	Adición: \$3.189 MM. Prórroga: 376 días.	Modificación del Alcance: Compensación definitiva - Rionegro por El Retiro.
AMB 11	31-may-2018	Prórroga: 90 días (hasta 28 de agosto 2018).	Plazo para remates y pruebas finales.
AMB No. 12	28-ago-2018	Prórroga Final: 31 días (hasta 28 de septiembre 2018).	Cierre definitivo: Saneamiento por tema "pilas".

60. El AMB 10²⁶, formalizada el 23 de octubre de 2017, operó como un mecanismo adoptado por las partes para rescatar el contrato frente al bloqueo administrativo en el municipio de Rionegro, eliminando del alcance los 23 kilómetros de redes inviables en dicha zona y reemplazándolos por una mayor densidad de obras en el municipio de El Retiro (Sector San José). Esta reconfiguración implicó una adición presupuestal de \$3'189.610.369 y el desembolso de un nuevo anticipo del 10% para reactivar el flujo de caja del constructor. Como punto medular de este acuerdo, Azacán aceptó que con ocasión de esta reestructuración y los nuevos recursos, el contrato quedaba “*totalmente compensado*”, por lo que expresamente renunció a formular reclamaciones futuras²⁷, obligándose además a absorber este nuevo alcance de obra dentro del cronograma existente que finalizaba el 30 de mayo de 2018, validando así que las condiciones para la ejecución exitosa estaban restablecidas.

61. Se precisa que las estipulaciones contenidas en la AMB 10 no comprometieron la validez del negocio ni implicaron una alteración ilegítima de las condiciones de contratación, pese a los ajustes relevantes introducidos. Si bien las partes acordaron la sustitución de ciertas obligaciones —incluido el esquema de suministro de tubería— y reordenaron el trazado y las metas físicas ante restricciones prediales y de permisos que impedían ejecutar en algunos sectores

²⁶ Expediente digital, archivos “2.19 Actas de Modificación Bilateral 10 Justificación” y “2.20 Actas de Modificación Bilateral 10 radicado 20170130131439 formalización”.

²⁷ Se dejó consignado por el contratista que “[c]on esta modificación se entiende que el contrato queda compensado y no presentaremos ninguna reclamación en el futuro”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

inicialmente previstos, tales variaciones recayeron sobre las condiciones técnicas y operativas de ejecución (el cómo y el dónde), manteniendo incólume el objeto contractual y su finalidad funcional (la construcción e implementación de la infraestructura del proyecto Valle de San Nicolás). A ello se suma que la formalización del AMB 10 ratificó expresamente que continuaban vigentes las condiciones originales del contrato en cuanto no hubiesen sido modificadas, preservándose el esquema de contratación a precios unitarios y, por tanto, sin una redefinición global del régimen económico, sino con la fijación y formalización de los ítems estrictamente necesarios para materializar el cambio de obra. En ese orden, el ajuste no respondió a una alteración de riesgos para favorecer al contratista, sino a una necesidad técnica sobreviniente y documentada, orientada a conservar la utilidad del contrato sin desnaturalizar la identidad del negocio.

62. El acta de modificación 11²⁸ del 31 de mayo de 2018, se fundamentó en la necesidad crítica de viabilizar la terminación de las obras ante los graves retrasos acumulados por Azacán S.A.S., quien, tras haber iniciado la instalación de tubería con 41 días de demora (12 de diciembre en lugar del 1 de noviembre) y sostener un rendimiento deficiente del 42% frente a lo programado (instalando solo 1.414 metros de los 2.280 previstos), solicitó una prórroga de 90 días calendario; de este periodo, se determinó técnicamente que 77 días obedecían exclusivamente a la ineficiencia del contratista, razón por la cual, como condición para la suscripción del acuerdo, Azacán aceptó asumir la carga económica de la extensión, comprometiéndose a pagar los costos de la interventoría durante el periodo que le era imputable, a ejecutar por su cuenta y riesgo integral los diseños y suministros para las pruebas hidrostáticas y de desinfección, y a renunciar irrevocablemente a cualquier cobro por mayor permanencia, garantizando la entrega de la totalidad de las obras faltantes a más tardar el 28 de agosto de 2018.

63. En el AMB 12²⁹ se concedió una ampliación de plazo de 31 días calendario, del 29 de agosto al 28 de septiembre de 2018. La justificación se vinculó a ajustes técnicos sobrevenidos en el tramo 7 (red no regulada y regulada entre el Parque Los Salados y la glorieta La Fe), donde los estudios geotécnicos evidenciaron alto riesgo por taludes inestables, obligando a modificar el alineamiento y ejecutar obras de estabilización no contempladas en la AMB 10 (gaviones, geomallas, trinchos y, finalmente, la construcción de 7 pilas de 7 metros en la berma de la vía concesionada). EPM reconoció expresamente que el “tema de las pilas” correspondía a un imprevisto que forzó un rediseño durante la ejecución, motivo por el cual aceptó tramitar la modificación. En esta última ampliación del plazo: (i) se fijó no habría lugar a reclamaciones por mayor permanencia en obra; (ii) se dejó constancia de que los atrasos en los rendimientos de la obra y en las modificaciones anteriores eran imputables al contratista; (iii) se previó que EPM evaluaría eventuales sobrecostos de interventoría para trasladarlos a Azacán; (iv) se exigió que el seguimiento del avance físico y de la inversión se hiciera conforme a la

²⁸ Expediente digital, archivos “2.21 Actas de Modificación Bilateral 11 Justificación” y “2.22 Actas de Modificación Bilateral 11 radicado 20180130068461 formalización”.

²⁹ Expediente digital, archivos “2.23 Actas de Modificación Bilateral 12 Justificación” y “2.24 Actas de Modificación Bilateral radicado 12 20180130111233 formalización”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

programación presentada por el contratista; y ^(v) se estableció que, al término del nuevo plazo, si Azacán no había culminado las obras a satisfacción, EPM procedería con las reclamaciones por incumplimiento.

64. De esta forma, luego de que, con conocimiento actual y detallado de las dificultades antecedentes, se determinara por las partes que el contrato quedaba totalmente compensado (AMB 10) y se otorgara al contratista un plazo adicional para la terminación de la obra debido a retrasos e ineficiencias suyas –como la demora en iniciar la instalación– (AMB 11), bajo el AMB 12 se redefinió un nuevo plazo en el que Azacán aceptó terminar las obras, sin que se supeditara su obligación de resultado a la previa satisfacción de otras prestaciones por parte de EPM.

65. La defensa de Azacán se cimentó en la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* para justificar la no entrega de las obras al vencimiento del plazo contractual. En su contestación, no desconoció el hecho objetivo de que para el 28 de septiembre de 2018 las obras no estaban concluidas ni funcionales, sin embargo, atribuyó esta situación a una cadena de incumplimientos previos y concurrentes de EPM que, a su juicio, hicieron imposible la ejecución. El argumento central de la defensa sostiene que la entidad incurrió en una “*deficiente y manifiesta falta de planeación*”, al contratar con ausencia y deficiencia de diseños, los cuales debieron ajustarse de manera permanente y sin solución oportuna, y especialmente, al incluir contractualmente tramos sin viabilidad constructiva (Rionegro), lo que derivó en un contrato sin línea clara de ejecución y sometido a variaciones constantes.

66. En esa misma línea argumentativa, reprochó que los planos, estudios y diseños —abarcando desde las redes reguladas y no reguladas hasta los despieces de tubería y aspectos geotécnicos— no fueron entregados oportuna ni adecuadamente, por lo que tuvo que trabajar sobre premisas técnicas inestables, con estudios parciales y cambiantes, lo que le generó tiempos muertos y una mayor permanencia en obra que no le fue compensada. Aseveró que existían hitos por definir y múltiples aspectos pendientes de aclaración por parte de la contratante y la interventoría, pese a lo cual se le exigió presentar cronogramas provisionales cuyo incumplimiento posterior se le imputó injustamente.

67. En primer término, la denominada deficiente planeación del proyecto —particularmente en lo relativo a la inviabilidad inicial de las obras en Rionegro—, corresponde a hechos de la fase precontractual y de los primeros meses de ejecución, que fueron objeto de una reestructuración integral del negocio mediante las AMB 9 y 10. Una vez se constató la negativa del municipio de Rionegro a autorizar las intervenciones, las partes acordaron suprimir definitivamente esos 23 km de redes y compensar su alcance con nuevas obras en otros frentes (como El Retiro y Alto Palmas), con adiciones presupuestales, desembolsos de un nuevo anticipo y redefinición de plazos, dejando consignado que el contrato quedaba *totalmente compensado* y que el contratista renunciaba a reclamaciones futuras por la imposibilidad de ejecutar en ese municipio. En tales condiciones, Azacán no puede, sin desconocer la fuerza vinculante del negocio jurídico (art. 1602 C.C.) y el



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

principio de buena que rige su ejecución, reabrir sus causas como una falta actual de EPM un asunto que con pleno conocimiento de causa tuvo por superado, para con ello, excusarse de terminar las obras en las condiciones bajo las cuales luego de comprometió.

68. Algo similar ocurre con las supuestas deficiencias, ausencia y cambios constantes en planos y diseños. Si bien es cierto que durante la ejecución se presentaron ajustes técnicos y modificaciones de alcance que llevaron a la suscripción de varias de las AMB e, incluso, a una suspensión temporal por falta de tubería (periodo durante el cual EPM reconoció los costos administrativos al demandante)³⁰, lo cierto es que el propio contratista aceptó que tales dificultades quedaban resueltas con la reconfiguración del contrato. La ejecución se retomó cuando ya se contaba con la tubería HD, se había definido el tramo 7 en hierro dúctil y se habían entregado los planos oficiales de planta y perfil que sirvieron de base para los cronogramas posteriores. A partir de ese momento, el atraso dejó de encontrar causa en una supuesta inexistencia de diseños y pasó a derivarse, según consta en los informes de interventoría³¹ y en el AMB 11, de la demora del propio contratista en iniciar actividades y de sus bajos rendimientos en la instalación. No se observa de las pruebas allegadas que al momento de suscripción del AMB 12 — ni durante su ejecución— existiera un incumplimiento vigente de EPM consistente en la falta de diseños necesarios para las obras pendientes; lo que consta es que Azacán, como contratista especializado, se obligó a ejecutarlas con los estudios disponibles y a asumir el diseño y suministro de insumos de actividades específicas, como las pruebas hidrostáticas, que tampoco realizó.

69. En tales condiciones, las referencias genéricas del contratista a “hitos por definir” o a instrucciones supuestamente tardías no bastan para demostrar que, al tiempo del AMB 12, persistía un incumplimiento actual de EPM de tal entidad que hiciera inexigible el cumplimiento del contratista, o que de haber existido, no era razonable que Azacán lo conociera. Las críticas relacionadas con la supuesta falta de gestión de permisos por parte de EPM tampoco consolidan la excepción, pues no se acreditó que para las obras que seguían a cargo del contratista al amparo del AMB 12, hubiera una falta de permisos o de disponibilidad del espacio público imputable a EPM que, en el periodo final de ejecución, hubiera impedido materialmente continuar los trabajos.

70. Además, la asignación de tramos no previstos inicialmente y el cambio sustancial del objeto, derivados de las doce AMB, no configuran por sí mismos un incumplimiento de EPM que habilite la *exceptio*. Los contratos de obra a precios

³⁰ Expediente digital, archivos “2.25 Acta de Suspensión del Contrato”, “2.26 Formalización Suspensión del Contrato radicado 20170130060231”, y “2.27 Prórroga de la Suspensión del Contrato, radicado 20170130096583”.

³¹ En el informe final de interventoría se explica, entre otros, que “no se culminaron la totalidad de los tramos ni de la tubería a instalar, de igual manera quedaron inconclusas las obras de impacto comunitario, como cerramientos, pavimentos y lleno de brechas, las actividades descritas anteriormente no lograron terminarse y entregarse por completo, por lo cual corresponden a un incumplimiento por parte del contratista evidenciado en los atrasos y desorganización durante todo el contrato. Debido a la desorganización y falta de planeación del contratista al no dar continuidad a las jornadas laborales destinadas para cada frente, se perciben algunos frentes en estado de abandono (...) el incumplimiento en el correcto desarrollo de la obra, en los plazos establecidos y en el personal necesario para la ejecución, fue reiterativo del contratista durante todo el plazo contractual conllevando al resultado final donde el cliente mediante comunicado 20180130125532 C.A 0256 notifica al contratista el vencimiento del plazo contractual sin que haya concluido las obras (...)”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

unitarios se caracterizan precisamente por la posibilidad de variar las cantidades y aún los frentes de trabajo dentro de un mismo proyecto, siempre que se respeten los parámetros económicos y técnicos pactados. En este caso, las modificaciones bilaterales no solo definieron nuevos tramos y tipologías de tubería (CCP, HD), sino que, además, determinaron prórrogas de plazo, adiciones al valor del contrato y anticipos adicionales para financiar la ejecución. El contratista no alegó vicios del consentimiento, ni acreditó que dichas modificaciones hubieran sido impuestas.

71. En lo que respecta a los problemas específicos del tramo Delta 1–3 y a la instalación de la tubería de hierro dúctil (HD), las pruebas del expediente muestran que la tubería HD fue efectivamente suministrada por EPM, que el contratista demoró su descargue y disposición, que inició la instalación tarde y con rendimientos inferiores a lo programado, y que, no obstante las múltiples advertencias de la interventoría, no ejecutó las pruebas hidrostáticas dentro del plazo contractual, pese a que desde el AMB 11 había convenido que el diseño, los insumos y la ejecución de dichas pruebas eran de su exclusiva responsabilidad.

72. Aunque en la correspondencia se observa que durante la ejecución de la AMB 12 el contratista insinuó en su momento algunas dificultades operativas³², como factores climáticos (invierno) o demoras ligadas a terceros (acuerdos con la concesión vial Devimed), lo cierto es que, en adición a la ausencia de prueba de la incidencia de tales circunstancias en las actividades a cargo del ejecutor, el principal reclamo de este último en dicha etapa consistió en *“los días por no decir meses de mayor permanencia en obra no compensados a Azacán y atribuibles a EPM desde el inicio del proyecto en atención a la deficiencia en diseños y planeación del proyecto.”*, evidenciando que Azacán, como lo hizo al contestar la demanda, refería principalmente a problemas y reclamaciones originarias del contrato y muy antecedentes al AMB 12 para justificar su atraso, incluso referidos a aspectos respecto de los cuales renunció (como la mayor permanencia bajo el AMB 11). En la correspondencia Azacán también hizo referencia a problemas para la consecución de algunos accesorios para la realización de las pruebas hidrostáticas; sin embargo, esta era una obligación expresa a su cargo³³, aspecto que fue reiterado y aceptado en el AMB 11 al especificarse que el contratista debía *“tener en cuenta que todos los insumos, diseños y montajes que se requieran para la prueba hidrostática, corren por su cuenta, tal y como indica la especificación particular”*.

73. En relación con el cambio de Plan de Manejo de Tránsito (PMT) de diurno a nocturno y los sobrecostos que Azacán afirma haber soportado por ese concepto, así como con la mayor permanencia en obra y los denominados “tiempos muertos”,

³² Oficio CT-0386-OB-094-2018-EPM. Esta comunicación, resaltada por Azacán en la contestación de la demanda como evidencia de la imposibilidad de ejecutar las obras, evidencia que su posición se sustentó principalmente en problemas anteriores a las AMB 10, 11 y 12, indicando que no *“se han tenido en cuenta los días por no decir meses de mayor permanencia en obra no compensados a AZACAN y atribuibles a EPM desde el inicio del proyecto en atención a la deficiencia en diseños y planeación del proyecto”*.

³³ Pliego de condiciones, numeral 2.2.2.1, Valor precios: *“Los precios cotizados por los proponentes, en el Formulario 4, deben considerar y contener el pago de trabajos debidamente terminados, de conformidad con las especificaciones, y deberán comprender todos los gastos necesarios en equipos, materiales, herramientas, maquinaria, transporte, mano de obra, prestaciones sociales, dirección y administración, utilidad del proponente, y todos los gastos que puedan afectar el costo directo e indirecto de las mismas. No se incluyen los gastos de laboratorio, inspección y ensayos de la calidad de los materiales los cuales serán hechos por la interventoría, excepto las pruebas hidrostáticas que corresponderán al CONTRATISTA”*.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

se advierte que todas estas circunstancias son planteadas por el contratista como fuente de sobre costos y no como hechos impeditivos de la ejecución. Sin perjuicio de que en las actas modificatorias se hicieron renunciaciones específicas en materia de mayor permanencia, y aunque del texto del AMB 12 no se desprende una renuncia expresa a reclamar por *stand-by* ni por el cambio de jornada, lo cierto es que estos aspectos se sitúan en el plano de la demanda de reconvención asociada a la reclamación por mayores inversiones, pero no en el de un incumplimiento actual de EPM que hubiera impedido a Azacán terminar las obras en el plazo convenido.

74. Se pone de relieve que, los reclamos de Azacán³⁴ corresponden a hechos que, de llegar a acreditarse, podrían sustentar una pretensión autónoma resarcitoria, pero que no permiten afirmar por si solos que la entidad contratante hubiera dejado de cumplir obligaciones esenciales, ni generado una imposibilidad jurídica o material para la ejecución física del objeto contratado dentro del término final acordado. En otras palabras, las dificultades que el contratista asocia al PMT nocturno, a la mayor permanencia o a los “tiempos muertos” describen condiciones de ejecución más onerosas o menos eficientes, mas no un comportamiento incumplido de EPM de tal entidad que enerve la exigibilidad de la prestación a cargo de Azacán, especialmente por cuanto se trata de aspectos anteriores a la AMB 12, y no se expuso ni acreditó la cuantía e incidencia de esos presuntos sobre costos en la in ejecución de las obras.

75. Tampoco se demostró un incumplimiento actual, grave y concurrente de las obligaciones de EPM que hiciera objetivamente imposible o inexigible el cumplimiento de Azacán. Del acervo probatorio se desprende, más bien, que la causa real de la in ejecución fue el deficiente desempeño que tuvo durante la toda la ejecución del contrato³⁵. En este sentido, la correspondencia³⁶ da cuenta de los reiterados llamados de atención al contratista por atrasos, ocasionados principalmente por deficientes niveles de organización y baja disponibilidad de recursos, tal como se reseña en el siguiente cuadro:

Fecha / Radicado / Documento	Contenido relevante según interventoría	Evidencia de atraso / incumplimiento imputable a Azacán
25 sep. 2017 – WSP- AZACAN-3578-2017	Se exponen antecedentes del frente 7 y se indica que el contratista presenta problemas financieros y de cumplimiento de preliminares; Azacán advierte que, sin un mayor anticipo, el proyecto se paralizaría.	Desde esta fecha se identifica riesgo de paralización por falta de gestión financiera y de cumplimiento del contratista, antes incluso de la fase intensiva de obra.
1 dic. 2017 – WSP- AZACAN-4668-2017	La interventoría manifiesta atraso en el inicio de las obras desde el 1.º de noviembre y solicita ajustar el	Se constata atraso en el inicio de actividades frente al plazo vigente y

³⁴ Se indicó que “aunque no se están reclamando es justo que se reconozcan a Azacán los meses de mayor permanencia en obra no compensados y que sí son atribuibles a EPM desde el inicio del proyecto por deficiencias en diseños y planeación del proyecto”, y por otra parte, que EPM “le causo perjuicios económicos a AZACÁN representados en sobre costos para la ejecución de las actividades relacionadas con la tubería HD en horario nocturno (pago de ajustes, pago de actividad nocturna-retiro de escombros de pilas, PMT nocturno, personal profesional nocturno y actividades de transporte nocturno” así como por “trámites lentos que causaron tiempos muertos”.

³⁵ En el informe final de interventoría refleja lo anterior desde el inicio del contrato, explicando, por ejemplo, que “Debido a la falta de recursos y personal, solo hasta el 28 de marzo de 2016, se reiniciaron actividades sobre la concesión vial aburra oriente, a pesar de que el PMT se encontraba aprobado desde el 11 de marzo de 2016, debido a esto se continuaba con los incumplimientos a los compromisos técnicos y administrativos adquiridos en comités de obra, en la entrega de la programación ajustada y pruebas hidrostáticas para los tramos ya ejecutados”. Expediente digital, archivo “4.2 INFORME FINAL DE INTERVENTORÍA CT 2014 - 000386 - A1”.

³⁶ Expediente digital, carpeta “73RespuestaExhorto165EPM-ExhibicionDocs”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
 Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
 Demandado: Azacán S.A.S. y otro
 Acción: Controversia contractual.

	cronograma al tiempo contractual asignado.	necesidad de reprogramar para intentar recuperar tiempo.
11 dic. 2017 – WSP-AZACAN-4767-2017	Se informa que continúa el atraso en el inicio de obras y se exige cronograma de recuperación, bajo advertencia de posible medida de apremio.	Persistencia del atraso y anuncio de consecuencias contractuales (medidas de apremio) por falta de acción correctiva de Azacán.
2 feb. 2018 – WSP-AZACAN-308-2018	La interventoría solicita implementar jornada nocturna como medida de alerta para evitar tropiezos que afecten la continua ejecución.	Se evidencia preocupación por el ritmo de ejecución y necesidad de medidas extraordinarias (jornada nocturna) para intentar cumplir el plazo.
21 feb. 2018 – WSP-AZACAN-568-2018	Se pide implementar un plan de contingencia que permita cumplir la entrega de obras para el 30 de mayo de 2018.	Se reconoce que, con el desempeño observado, el contratista no llegará a la fecha contractual si no toma medidas adicionales.
6 mar. 2018 – WSP-AZACAN-751-2018	Se genera alerta por bajo rendimiento en ejecución de obras, con posible incumplimiento, proyectando la terminación de instalación de tubería para el 12 de septiembre de 2018.	El rendimiento real proyecta una fecha de terminación muy posterior al plazo contractual, lo que revela un atraso significativo atribuible a Azacán.
2 abr. 2018 – WSP-AZACAN-1068-2018	Se reitera la disminución en el rendimiento de instalación de tubería y se exige cumplir con el personal y equipos mínimos contratados.	Se documenta que Azacán no aporta los recursos humanos y equipos pactados, lo que se traduce en bajo rendimiento y atraso.
23 abr. 2018 – WSP-AZACAN-1386-2018	Nueva alerta sobre baja productividad en instalación de tubería y reiteración de exigencia de cumplir con personal y equipos mínimos.	Confirma la persistencia del bajo rendimiento y el incumplimiento de las obligaciones de medios (recursos mínimos) por parte del contratista.
24 abr. 2018 – WSP-EPM-1389-2018	La interventoría remite a EPM un expediente con antecedentes, seguimiento y análisis de ejecución, solicitando iniciar el procedimiento de medidas de apremio provisionales.	Formalización ante el contratante de que el comportamiento de Azacán encuadra en causales de incumplimiento que ameritan sanción provisional.
7 may. 2018 – WSP-EPM-1612-2018	Respuesta a los descargos de Azacán frente a la multa provisional: se ratifica el incumplimiento de órdenes de interventoría, falta de personal y retardo en la entrega de obras; se cuantifica una falta de ejecución de 1.660,50 m de tubería HD (69 días).	La interventoría confirma incumplimiento contractual objetivo y cuantificado (metros de tubería no instalados y días de atraso).
Mayo 2018 – Justificación AMB 11	EPM, con base en los antecedentes de incumplimiento, evalúa declarar el incumplimiento y contratar a un tercero, pero opta por ampliar plazo contractual.	A pesar de tener base para declarar incumplimiento, el contratante decide otorgar una nueva oportunidad; el atraso y el riesgo de incumplimiento ya están reconocidos.
31 may. 2018 – Reunión de seguimiento	La interventoría informa que, con los rendimientos presentados, el contratista culminaría la instalación de tubería el 31 de octubre de 2018, por fuera del nuevo plazo contractual del AMB 11.	Se proyecta nuevamente que, aun con plazo ampliado, el desempeño de Azacán lleva a terminar después del plazo, evidenciando atraso estructural.
7 jun. 2018 – WSP-AZACAN-2097-2018	Se indica que el rendimiento de instalación es muy bajo para la meta de terminar la tubería el 3 de agosto de 2018 (según último cronograma AMB 11).	Confirmación de que Azacán no está cumpliendo el cronograma de recuperación acordado en la prórroga.
15 jun. 2018 – WSP-AZACAN-2180-2018	La interventoría insiste en que el rendimiento no es suficiente para cumplir lo aprobado en la AMB 11 y pide implementar mecanismos de mejora.	Se mantiene la brecha entre rendimiento real y requerido, con insistencia en la necesidad de medidas correctivas que el contratista no adopta.
21 jun. 2018 – WSP-AZACAN-2306-2018	Se alerta el incumplimiento y se solicita un plan para recuperar el atraso; se recuerda que las obras deben entregarse operativas.	Se declara expresamente el incumplimiento por atraso e insuficiencia de acciones de corrección.
28 jun. 2018 – WSP-AZACAN-2404-2018	Se reitera la alerta de incumplimiento y la exigencia de un plan de recuperación, recordando nuevamente que las obras deben ser operativas al entregarse.	Persistencia del incumplimiento y de la falta de reacción eficaz del contratista, ya en fase avanzada del plazo ampliado.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

3 jul. 2018 – 20180130083827 CA 0256 (EPM)	EPM comunica la no aplicación de la medida de apremio provisional.	Aunque se decide no hacer efectiva la medida, ello parte de un expediente previo de incumplimiento; el atraso y las faltas ya estaban documentados por la interventoría.
13 jul. 2018 – WSP-AZACAN-2507-2018	Se insiste en la necesidad de un plan para recuperar el atraso y se reitera que las obras deben ser operativas al momento de la entrega.	Confirma que el atraso continúa y que Azacán no ha presentado un plan eficaz de recuperación.
24 jul. 2018 – WSP-AZACAN-2801-2018	La interventoría contesta el inconformismo de Azacán sobre el seguimiento al cronograma y concluye que, aun con el seguimiento alterno propuesto por el contratista, éste presenta atraso e incumplimiento contractual.	Se desvirtúa la tesis de Azacán sobre un supuesto seguimiento “errado”: aun con su propia metodología, persiste el atraso contractual.
26 jul. 2018 – WSP-AZACAN-2846-2018	Se indica que el incumplimiento continúa, no se implementan medidas para subsanarlo y se recuerda nuevamente la obligación de entregar obras operativas.	A pocos meses del plazo final, la interventoría constata un incumplimiento reiterado y ausencia de acciones correctivas.
3 ago. 2018 – WSP-AZACAN-2999-2018	Se señala que continúa el incumplimiento y no hay medidas de corrección; se concluye que el contratista no cumplirá con la instalación de la tubería dentro del plazo del AMB 11.	Conclusión expresa de que Azacán no alcanzará a cumplir el plazo prorrogado; el atraso deja de ser potencial y pasa a ser un incumplimiento cierto.
17 ago. 2018 – WSP-AZACAN-3210-2018 + actas de reunión	La interventoría manifiesta la no aceptación de elementos estructurales de reacción por no cumplir las especificaciones para soportar pruebas hidrostáticas; participa el área de diseño de EPM.	Se evidencia que, además de atraso, las soluciones constructivas propuestas por Azacán no cumplen las especificaciones, comprometiendo la calidad y la puesta en marcha.
23 ago. 2018 – WSP-EPM-3290-18	La interventoría expone la necesidad de ampliar plazo por antecedentes geotécnicos y diseños y por obras aún pendientes de ejecución.	Se confirma que, a esa fecha cercana al AMB 12, todavía existe un volumen relevante de obra pendiente, lo que refleja que el contratista no ha alcanzado los hitos dentro de los plazos anteriores.

76. Así mismo, durante la ejecución de la prórroga otorgada mediante el AMB 11 (mayo a agosto de 2018), la interventoría documentó un incumplimiento constante de los cronogramas por parte de Azacán, advirtiendo desde etapas tempranas que los rendimientos eran insuficientes para cumplir la meta. A pesar de contar con un nuevo plazo extendido, los informes de seguimiento de junio y julio³⁷ alertaron reiteradamente sobre la falta de personal y maquinaria, exigiendo planes de contingencia que el contratista no implementó de manera efectiva. Para mediados de julio³⁸, se evidenciaba ya un atraso crítico del 27% en la instalación de tubería y del 69% en el frente de “Palo Quemao”, lo que llevó a la interventoría a rechazar los programas de trabajo presentados por no reflejar la realidad de la obra ni garantizar la operatividad del sistema.

77. La situación se agravó al aproximarse el cierre del plazo del AMB 11, momento en el cual la supervisión técnica constató la incapacidad del contratista para cerrar los frentes de trabajo. En agosto de 2018, la interventoría emitió una conclusión definitiva de incumplimiento³⁹ señalando que Azacán no lograría terminar la instalación de la tubería en el tiempo pactado. Adicionalmente, se presentaron serias deficiencias técnicas, como el rechazo de los elementos estructurales

³⁷ Oficios WSP-AZACAN-2097, 2180 y 2306 de 2018.

³⁸ Oficio WSP-AZACAN-2507-2018.

³⁹ Oficio WSP-AZACAN-2999-2018.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

(anclajes) necesarios para las pruebas hidrostáticas⁴⁰, debido a que no cumplían con las especificaciones exigidas. Estas alertas evidencian que el retraso no obedecía a factores externos, sino a una gestión deficiente de los recursos y a la falta de previsión técnica del contratista frente a obligaciones esenciales.

78. Finalmente, durante la vigencia del último plazo concedido en el AMB 12 (septiembre de 2018), el rezago se tornó insostenible, confirmando las proyecciones negativas de la interventoría. El informe de seguimiento con corte al 5 de septiembre⁴¹ reveló un panorama desolador: un atraso del 31% en instalación de tubería, del 72% en recuperación de espacio público y del 100% en pruebas hidráulicas. Ante este escenario, la interventoría calificó como "improbable" la terminación de las obras, dejando constancia de que Azacán llegaría a la fecha de vencimiento final sin ejecutar actividades críticas ni realizar las pruebas de calidad requeridas, debido a que el contratista se mantuvo en condición de atraso permanente hasta el último día del contrato.

79. Cabe señalar que la sentencia recurrida apoyó su exoneración de Azacán esencialmente en un dictamen pericial de parte⁴² donde se concluía que la imposibilidad de terminar la obra obedeció a los cambios de alcance y condiciones del contrato, no obstante, el mismo parte de una premisa fáctica equivocada, pues atribuye sin explicación a tales circunstancias un carácter determinante y una incidencia directa en la inejecución, cuando, a la luz del acervo probatorio y conforme a lo expuesto previamente, no se acreditó que ellas constituyeran un incumplimiento esencial, actual y atribuible a EPM capaz de tornar inexigible la prestación a cargo del contratista.

80. En virtud de todo lo expuesto, se concluye que Azacán incumplió el contrato al no finalizar las obras en el plazo definitivamente pactado en el AMB 12, sin que concurren los elementos para la configuración de la excepción de contrato no cumplido, argumento nodal de defensa del demandado (quien no negó la inejecución total de las obras) y figura que el Tribunal acogió como sustento para negar las pretensiones de la demanda de la entidad contratante.

81. Al confundir la disrupción general del contrato causada por problemas previos (por la cual, dicho sea de paso, Azacán recibió compensaciones económicas y las extensiones de plazo pactadas) con una supuesta imposibilidad de ejecución de las obras, la sentencia de primera instancia incurrió en un error, pues no se acreditó un impedimento material insalvable que excusara al demandado de cumplir lo acordado en los términos en que se comprometió conforme el AMB 12. En este escenario, y a la luz de los criterios generales expuestos sobre la excepción de contrato no cumplido, debe concluirse que no resultan jurídicamente válidos los argumentos de Azacán para excusar su incumplimiento posterior a la última prórroga convenida.

⁴⁰ Oficio WSP-AZACAN-3210-2018.

⁴¹ Oficio WSP-AZACAN-3582-2018.

⁴² Expediente digital, archivo "Gmail - REMISORIO Y LINK DESCARGA - DICTAMEN AZACAN - CT-2014-00386-A1".



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

82. Atendiendo a lo expuesto prospera la apelación de EPM en este aspecto, debiéndose revocar la decisión absolutoria y declarar la responsabilidad contractual del contratista conforme a las pretensiones de la demanda principal.

Los reclamos de la demanda de reconvención

83. En primera medida, debe indicarse que al haberse desvirtuado la premisa de la sentencia apelada que situaba la causa de la inejecución en la esfera de la entidad contratante, se impone la revocatoria de la condena por concepto de la utilidad dejada de percibir que el *a quo* reconoció a su favor. El reconocimiento de dicho rubro indemnizatorio —propio del lucro cesante— se edificaba sobre el supuesto errado de que la terminación del negocio jurídico y la falta de culminación de las obras obedecían a causas imputables a EPM, escenario en el cual habría sido procedente reconocer al contratista el beneficio económico esperado del contrato frustrado. Sin embargo, al quedar demostrado en esta instancia que la causa eficiente y determinante de la parálisis y no entrega de las obras fue el incumplimiento de las obligaciones a cargo del reconviniente, desaparece el fundamento jurídico y fáctico para tal reconocimiento. Dado que el pago de la utilidad dejada de percibir por la inejecución del contrato se fundamenta en la certidumbre de la ganancia frustrada o provecho esperado, fruto de un incumplimiento contractual de la contraparte, al declararse la prosperidad de las pretensiones de EPM y la responsabilidad contractual de Azacán, se extingue cualquier derecho de este último a reclamar las utilidades proyectadas sobre el saldo no ejecutado del contrato, procediendo, en consecuencia, la revocatoria de la condena que por este concepto había sido impuesta a la entidad.

84. Por su parte, los conceptos asociados a la mayor permanencia en obra y a los denominados “tiempos muertos” o *stand by* fueron expresamente negados por el Tribunal en primera instancia dentro del estudio de la demanda de reconvención, y dicha decisión no fue objeto de apelación por el reconviniente, de modo que, al no tratarse de aspectos desfavorables al apelante único, tales determinaciones se mantienen incólumes en esta instancia⁴³. En consecuencia, estos reclamos, debido a que no apuntan a una imposibilidad jurídica o material para la ejecución física del objeto contratado según lo expuesto, no pueden reabrirse ni reexaminarse en sede de apelación, ni servir de soporte para estructurar —por vía indirecta— un incumplimiento de EPM que tenga la entidad de justificar la inejecución del contrato o de enervar la exigibilidad de la obligación principal a cargo de Azacán, para sustentar la excepción de contrato no cumplido.

85. Finalmente, a partir del contenido obligacional del negocio jurídico, la Sala

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 10 de febrero de 2011, Rad. 63001-23-31-000-1997-04685-01 (16306), C.P. Hernán Andrade Rincón. “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único —y con ello para el resto de las partes del proceso—, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente, por encontrarse conforme con ellos”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

encuentra que el reclamo de sobre costos por implementación de trabajo en horario nocturno resulta improcedente, toda vez que no se acreditó un título jurídico que habilite su traslado a EPM. Aunque Azacán sustenta su pretensión en que Devimed —en su condición de concesionario del corredor— habría exigido que la intervención se ejecutara únicamente en jornada nocturna, con los consecuentes sobre costos que ahora reclama, lo cierto es que esa eventual restricción horaria no constituye un hecho extraordinario o ajeno al marco obligacional del negocio jurídico, sino a una contingencia expresamente prevista, asignada y aceptada por el contratista, particularmente, bajo el Anexo Técnico.

86. El numeral 7.7.3 (Plan de Manejo de Tránsito) dispuso que Azacán debía elaborar el PMT específico, someterlo a la aprobación de la autoridad de tránsito competente y, tratándose de una vía concesionada, articular su implementación con el operador vial, de suerte que los trabajos debían planearse y ejecutarse conforme a las directrices de dichos terceros; adicionalmente, por tratarse de un escenario sujeto a restricciones regulatorias y operativas, estableció de manera inequívoca que los costos asociados a la ejecución bajo el PMT aprobado —incluidos los del personal profesional y no profesional requerido— debían incorporarse en los costos indirectos de la propuesta, evitando que su materialización diera lugar a reconocimientos. Adicionalmente, el mismo numeral previó expresamente que los sobre costos derivados de las directrices impartidas con impacto en el PMT estarían *“a cargo exclusivamente del CONTRATISTA”*, quien debía diseminarlos dentro de los costos de su propuesta, lo cual comprende, por definición, las restricciones horarias que puedan imponer autoridades u operadores sobre el flujo vehicular⁴⁴.

87. En armonía con lo anterior, el numeral 7.6.3 (Jornada de trabajo) contempló que, en los eventos en que no se permitiera laborar durante el día o cuando la interventoría estimara necesario ejecutar determinados trabajos en la noche o en días festivos, el contratista debía realizarlos en dicha jornada previa obtención de los permisos correspondientes, con la advertencia categórica, de que los costos asociados al recargo nocturno —salarios, transporte del personal, alimentación, señalización y demarcación— debían ser asumidos por Azacán e incluidos dentro de sus costos de administración⁴⁵.

88. Por tanto, en la medida en que la eventual ejecución nocturna derivada del PMT corresponde a una contingencia prevista en el contrato y expresamente asignada al contratista como riesgo de ejecución y de gestión ante terceros, aun asumiendo que el concesionario (Devimed), otra autoridad competente o inclusive

⁴⁴ El numeral 7.7.3., estableció que el contratista elaboraría el PMT específico el cual debía ser aprobado por la autoridad de tránsito competente y por el operador de la vía al ser concesionada, de manera que los trabajos debían planearse y ejecutarse de acuerdo con sus directrices, especificando que todos los costos relacionados con las actividades definidas bajo el PMT debían incluirse en los costos indirectos. El numeral, entre otros, explica que *“en caso de intervención directa o de inevitable circulación de vehículos sobre las vías en concesión, el PMT deberá ser sometido a aprobación de las entidades encargadas de su administración (...) Todos los costos relacionados con las actividades descritas en este numeral, así como los del personal, profesional y no profesional requeridos, deben incluirse en los costos indirectos de la propuesta. También establece que, “los sobre costos que por estos hechos se presenten (...) estarán a cargo exclusivamente del CONTRATISTA quien deberá diseminarlos dentro de los costos de su propuesta”*.

⁴⁵ En el numeral 7.6.3., relativo a la jornada de trabajo, se consignó que en aquellos eventos en que no se permitiera laborar durante el día, o cuando la interventoría considerara que algunos trabajos debían ser ejecutados en la noche o en días festivos, el contratista estaba obligado a realizarlos en dicha jornada, previa obtención del permiso requerido, advirtiendo que *“los costos asociados con el recargo nocturno de los recursos como salarios, el transporte del personal, la alimentación, señalización y demarcación, deben ser tenidos en cuenta por el Contratista en sus costos de administración”*.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

la interventoría hubieran restringido la intervención a un horario nocturno —que en el caso concreto, conforme a la demanda de reconvención, correspondió a la instalación de la tubería HD—, ello no configura un evento indemnizable a cargo de la entidad, pues las condiciones en las que el contratista se obligó, definieron explícitamente que los costos asociados a tales restricciones debían ser asumidos e incorporados por el oferente en su estructura económica (costos indirectos/A.I.U.), sin dar lugar a reconocimientos adicionales.

89. Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que la reclamación por sobrecostos adolece de un vacío probatorio frente a su existencia y cuantía. La carga de la prueba (*onus probandi*) imponía al reconviniente el deber de acreditar la certeza del detrimento patrimonial efectivamente sufrido, exigencia que no se satisface con la presentación de estimaciones globales o abstractas. Al respecto, el dictamen pericial aportado con la reconvención —único soporte de la reclamación— carece de fuerza persuasiva por cuanto incurre en una doble falencia: en primer lugar, se edifica sobre una premisa jurídica errada, al calificar la restricción horaria como un "hecho imprevisto" o una "falla" automáticamente indemnizable, desconociendo la asignación de riesgos del Anexo Técnico que la integraba a los costos de administración; y por otra parte, adolece de un vicio metodológico al calcular los perjuicios mediante proyecciones teóricas, omitiendo la indispensable constatación de los costos reales en que el contratista incurrió (contabilidad, nóminas, facturas, comprobantes de egreso) en contraste con el valor de la ejecución en horario diurno. Al sustituir la realidad financiera del contrato por suposiciones, figuraciones o conjeturas, el experticio no logra probar un perjuicio cierto y concreto, sino uno meramente eventual o hipotético, y por ende, no susceptible de indemnización.

90. Por consiguiente, al carecer de sustento contractual y probatorio el rubro reclamado por sobrecostos de trabajo nocturno, corresponde revocar la condena impuesta por este concepto en la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar la respectiva pretensión indemnizatoria formulada por Azacán.

La indemnización de perjuicios

91. Establecido el incumplimiento contractual imputable a la sociedad Azacán S.A.S., corresponde a la Sala pronunciarse sobre la pretensión indemnizatoria elevada por EPM. Esta se encamina al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, los cuales, se concretan en cinco rubros específicos derivados de la inejecución y la deficiencia en las labores del contratista: (i) el mayor costo o diferencial de precios pagado a un tercero para la terminación de la obra civil faltante; (ii) los costos directos de reparación de obras defectuosas y limpieza de tubería; (iii) el valor de las pruebas hidrostáticas omitidas por el deudor; (iv) el diferencial de costos de gestión ambiental generado por el cambio de modalidad de contratación; y (v) los mayores costos de interventoría causados por la prolongación del plazo y la etapa de terminación.

92. Para establecer su procedencia, el análisis se construirá sobre la base de la razonabilidad de la contratación con un tercero (Acassa) para la terminación de las



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

obras en el caso concreto, la razonabilidad de los costos incurridos, el nexo causal entre el incumplimiento y los sobrecostos aducidos, y la aplicación de las reglas de liquidación de perjuicios, bajo la premisa de que el daño resarcible no equivale al valor total de los nuevos contratos, sino al mayor costo o sobreprecio que debió asumir la entidad como consecuencia directa del incumplimiento.

La indemnización de perjuicios por la ejecución con un tercero, su razonabilidad en el caso concreto y mitigación del daño por parte de EPM

93. Conforme al artículo 1610 del Código Civil, cuando la obligación del deudor consiste en una obligación de hacer, el acreedor no queda habilitado para imponer por su sola decisión la ejecución sustitutiva ni para trasladar unilateralmente su costo al incumplido. La norma prevé, precisamente, que el acreedor “puede pedir al juez: “1°) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2°) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3°) que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”. Así, la ejecución por un tercero con cargo al deudor presupone la intervención judicial, en cuanto corresponde al juez verificar la mora o incumplimiento del obligado, la fungibilidad de la prestación y la necesidad y razonabilidad de la contratación sustitutiva y de los costos reclamados. En el presente asunto EPM hace uso de la alternativa prevista en el numeral 3° citado, solicitando que se condene al contratista a indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento, los cuales se concretan —en lo pertinente— en el mayor costo asumido para obtener la ejecución de la obra por un tercero y corregir los defectos dejados por Azacán. En tal medida, la contratación sustitutiva no se invoca como un mecanismo de “ejecución por cuenta propia” con efectos autoimpuestos, sino como un hecho de mitigación y de continuidad del proyecto cuyo impacto patrimonial se reclama por equivalencia y bajo control judicial, mediante la acreditación de su relación causal con el incumplimiento y de la razonabilidad de los valores reclamados.

94. No obstante, la procedencia del cobro de los sobrecostos aducidos por EPM no es automática, en tanto y en cuanto es preciso acreditar concurrentemente: ⁽ⁱ⁾ la certeza del incumplimiento; ⁽ⁱⁱ⁾ la necesidad y razonabilidad de la contratación del tercero; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la identidad del objeto entre lo dejado de hacer y lo posteriormente contratado; y ^(iv) la realidad de un daño patrimonial consistente en un mayor costo (sobrecosto) para la entidad, que pueda cuantificarse con arreglo a criterios objetivos.

95. Como el primer presupuesto —la configuración del incumplimiento contractual imputable a Azacán en relación con las obras del Frente 7 (Los Salados—Glorieta La Fe), así como la omisión en la realización de las pruebas hidrostáticas exigidas— ya fue establecido en los apartes anteriores de esta providencia, la Sala se limitará a recordarlo como supuesto del análisis indemnizatorio.

96. En sus escritos de defensa, Azacán y la Aseguradora cuestionaron la decisión de EPM de acudir a un tercero (Acassa S.A.S.) para la terminación de las obras bajo



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

el contrato CW51135, alegando que dicha actuación habría sido irrazonable de cara a la posibilidad de terminar el contrato con Azacán, generado sobrecostos imputables exclusivamente a la entidad y no al contratista inicial.

97. El acervo probatorio acredita que, al vencimiento del plazo del contrato CT-2014-000386-A1 (28 de septiembre de 2018), la inejecución de las obras ubicó a EPM en una posición de extrema vulnerabilidad frente a riesgos regulatorios y sancionatorios inminentes, pues la intervención se desarrollaba sobre un corredor vial concesionado, cuya autorización dependía de la vigencia de los permisos otorgados por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) mediante la Resolución 688 de 2015. La parálisis de los trabajos y el incumplimiento de los cronogramas comprometían directamente la renovación del permiso de ocupación de vía, lo que no solo amenazaba la viabilidad jurídica de culminar el proyecto, sino que exponía a EPM a la imposición de severas sanciones por el desconocimiento de las obligaciones asociadas a dicha ocupación, contingencias que habrían agravado desproporcionadamente el perjuicio patrimonial⁴⁶.

98. A este panorama, se sumaba un riesgo técnico y material en la obra, pues la tubería de hierro dúctil (HD) instalada por Azacán en el Frente 7 había quedado “a boca libre”, sin empalmes ni pruebas de estanqueidad, lo que exponía la infraestructura ya ejecutada a un deterioro acelerado por ingreso de sedimentos, aguas y materiales extraños, con el consiguiente riesgo para la inversión pública realizada, obligando a una intervención inmediata para evitar la pérdida total de los activos instalados, así como riesgos para la ciudadanía⁴⁷. No actuar con celeridad en este punto habría significado permitir la destrucción de la obra por la simple exposición a la intemperie, conducta que habría sido negligente por parte de la entidad contratante. A ello se sumaba el impacto comercial y social de la no puesta en servicio del circuito La Fe, que afectaba la conexión de usuarios potenciales en el municipio de El Retiro, comprometía el goce efectivo del servicio de acueducto por parte de la comunidad y generaba un riesgo reputacional para la entidad.

99. Sobre esto último, conviene recordar que el contrato CT-2014-000386-A1 tenía por objeto la construcción de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de acueducto en el sector, esto es, la conducción, almacenamiento y distribución de agua potable hacia los usuarios. Se trataba, pues, de una intervención directamente encaminada a garantizar un servicio esencial, cuya continuidad, calidad y eficiencia están amparadas por la Constitución y la ley,

⁴⁶ Expediente digital, archivo “5.1 Justificación contratación Directa Acassa CRW46380”: “Las obras inconclusas del contratista Azacán implican los siguientes riesgos a EPM: • Incumplimiento de los compromisos plasmados en el permiso de ocupación e intervención de vía a través de la Resolución 688 de 2015 y deterioro en el relacionamiento con DEVIMED, con posible denegación de la renovación de dicho permiso. • Deterioro de la infraestructura ya construida que implique mayor inversión para el proyecto. • Incumplimiento de la meta comercial de 2019 al no poder vincular clientes en este sector”.

⁴⁷ Expediente digital, archivo “4.3 INCUMPLIMIENTO OBRAS PRIORITARIAS radicado 20180130146271”: “debido a que las obras del frente de trabajo denominado Tramo 7 en el municipio de El Retiro, quedaron inconclusas al término del plazo contractual, se han generado algunas situaciones de alto riesgo en la vía Las Palmas y en el Parque Los Salados. En reunión sostenida el pasado 10 de octubre en instalaciones de EPM en compañía de los abogados de EPM y de la compañía Visor Abogados en calidad de ajustadores por parte de la aseguradora, se manifestó la necesidad de acometer las obras prioritarias de recuperación de espacio público y vial, para eliminar el riesgo de una posible afectación a póliza de responsabilidad civil extracontractual (...) Entendemos que Azacán no va a acometer estas obras prioritarias, por lo que EPM designará a la firma ACASSA S.A.S para la ejecución de las reparaciones de los puntos que se muestran en el informe técnico adjunto, con el objeto de eliminar el riesgo de accidente vial, seguridad en el Parque Los Salados, o de continuidad con la resolución de intervención de esta vía por parte de la ANI”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

así como por los derechos de los usuarios a acceder en condiciones adecuadas al suministro de agua. El hecho de que, al vencimiento del plazo contractual, las redes se encontraran inconclusas y parte de la tubería expuesta, no solo comprometía la inversión ya ejecutada y abría la puerta a la imposición de sanciones a EPM según lo expuesto, sino que prolongaba injustificadamente la afectación a la comunidad destinataria del servicio, que veía diferida la satisfacción de necesidades básicas vinculadas al acceso al agua potable.

^{100.} En tales condiciones, era exigible de EPM la adopción de medidas inmediatas y efectivas para culminar las obras y asegurar la entrada en operación del sistema, y bajo estas apremiantes circunstancias, la decisión de la entidad de contratar a Acassa S.A.S. para la terminación de lo contratado obedeció a un criterio estricto de eficiencia y mitigación del daño. Lejos de constituir una decisión injustificada, aleatoria o arbitraria, la elección de este contratista obedeció a que ya se encontraba presente en la zona de influencia ejecutando otros trabajos (Colector Sancho Paisa), contaba con la maquinaria pesada en el sitio, disponía de los equipos de topografía y personal calificado, y conocía los rigurosos protocolos de operación de la concesión Devimed, por lo que representaba la opción más costo-eficiente para el proyecto⁴⁸. Esta ventaja logística permitió eliminar los tiempos muertos y ahorrar los cuantiosos costos de movilización e instalación que habría implicado la vinculación de un tercero ajeno al sector, logrando así una reactivación inmediata de los frentes de trabajo.

^{101.} Desde esta perspectiva, lejos de agravar el daño, la actuación de EPM constituyó una medida razonable de mitigación, orientada a proteger el patrimonio público invertido, a asegurar el cumplimiento de las obligaciones frente a la concesión y, de manera principal, a salvaguardar el derecho de los usuarios a recibir el servicio de acueducto en condiciones de continuidad y seguridad. Esta conclusión resulta plenamente coherente con el deber de adoptar medidas razonables para mitigar el daño y de garantizar, en el caso específico de la demandante, la continuidad en la prestación de los servicios públicos.

^{102.} En consecuencia, la Sala encuentra que la gestión de EPM fue razonable y proporcionada, pues al aprovechar la capacidad instalada de un contratista en la zona, no solo protegió la inversión pública y aseguró la pronta prestación del servicio a los usuarios, sino que actuó en beneficio del propio deudor incumplido, minimizando el monto final de los perjuicios al evitar los mayores gastos y demoras inherentes a la movilización de una nueva empresa constructora.

⁴⁸ “Desde el proyecto se consideró el contratista ACASSA S.A.S para contratar las obras que dejó inconclusas Azacán por las siguientes razones: - ACASSA es actualmente el único contratista que está realizando trabajos en la zona para el Proyecto Valle San Nicolás. Este contratista ya ha logrado desarrollar una logística y experiencia única, al trabajar sobre la vía concesionada con DEVIMED. - ACASSA ha demostrado en el contrato del colector Sancho Paisa - Escobero, que es un contratista con el conocimiento técnico necesario para instalar redes de gran diámetro sobre la vía concesionada. Las obras ejecutadas son de calidad. Se evidencia la disposición de recursos suficientes y óptimos en la obra. Se ha ajustado a los tiempos contractuales y ha cumplido el programa de trabajo aprobado por EPM. - Actualmente el cumplimiento del contratista está cerca del 85% de la ejecución en un 73% del tiempo pactado, mostrando una ejecución superior a la inicialmente programada. Se ha mostrado diligente y receptivo ante las observaciones que se le han hecho. Es flexible y está alineado con los intereses y prioridades de EPM. Tiene experiencia en la instalación de la tubería de hierro dúctil bajo las especificaciones requeridas. Ha demostrado interés en la ejecución de las obras mencionadas”. Expediente digital, archivo “5.1 Justificación contratación Directa Acassa CRW46380”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

103. No es de recibo el argumento de Azacán según el cual EPM habría obrado de manera irrazonable al negar, el 27 de septiembre de 2018, una última prórroga de 134 días que, a su juicio, ya estaba “concertada” y le habría permitido culminar la obra a menor costo. En primer lugar, por cuanto la sola expectativa del contratista o la existencia de gestiones preliminares no generan un derecho adquirido a nuevas extensiones. En segundo término, porque para esa fecha ya se había consolidado un incumplimiento grave y reiterado de Azacán pese a las anteriores prórrogas y ajustes aceptados mediante las AMB, por lo que la entidad no estaba obligada a seguir prolongando el vínculo contractual en esas condiciones que lesionaban sus intereses. Finalmente, la alegación de que, con 134 días adicionales, el contratista habría terminado “antes y más barato” las obras no pasa de ser una hipótesis contra fáctica no respaldada por el historial de atrasos y baja productividad evidenciado en el expediente. El deber de mitigación del daño no exige a la entidad asumir nuevas prórrogas inciertas, sino adoptar una solución razonable y segura, como lo fue acudir a un tercero idóneo para culminar las obras en condiciones controladas.

El alcance incumplido por Azacán y su identidad de objeto con el contrato de Acassa S.A.S.

104. Como se explicó, el contrato de obra CT-2014-000386-A1 tuvo una ejecución compleja, marcada por la suscripción de doce modificaciones que alteraron el alcance, plazo y valor inicialmente convenidos. En particular, ante la imposibilidad de ejecutar las redes previstas en el municipio de Rionegro por la negativa de la administración local a otorgar los permisos requeridos, las partes acordaron compensar esas obras con nuevos frentes en otros municipios, entre ellos el denominado Frente 7 (tramo Los Salados–Glorieta La Fe) en El Retiro.

105. Mediante las AMB 9 y 10 se precisó que Azacán asumiría la ejecución de dicho Frente 7 en sustitución de las obras de Rionegro, compensación que el contratista aceptó expresa y reiteradamente. Al momento de la terminación del contrato, el alcance exigible al contratista en ese tramo comprendía, entre otras, las siguientes actividades: instalación de tubería de hierro dúctil (HD) de 600 mm, instalación de redes de distribución en PEAD, construcción de cámaras y obras complementarias, ejecución de pruebas hidrostáticas y desinfección de toda la tubería instalada, así como la ejecución de las obras de urbanismo necesarias para restituir el espacio público. El Informe Final de Interventoría, junto con su anexo de cantidades ejecutadas⁴⁹, dejó constancia de un saldo significativo de obra sin ejecutar a cargo de Azacán en el Frente 7, así como de actividades realizadas en forma deficiente, en particular: tramos de tubería HD sin empalmes ni continuidad hidráulica, ausencia de pruebas hidrostáticas exitosas y pendientes importantes en materia de andenes, cunetas y pavimentos.

106. Por su parte, el contrato CW51135 celebrado con Acassa S.A.S. tuvo por objeto la “*ejecución de obras civiles para la terminación del circuito La Fe en el tramo Los Salados – Glorieta La Fe*” y, de acuerdo con sus condiciones particulares y el

⁴⁹ Expediente digital, archivo “3.1 CANTIDADES DE OBRA EJECUTADA EN EL CT-2014-000386-A1”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

cuadro de cantidades, comprendió la ejecución de las mismas tipologías de actividades que integraban el alcance de Azacán en ese frente: instalación de tubería de hierro dúctil de 600 mm y de redes en PEAD, construcción de cámaras, ventosas y accesorios, ejecución de empalmes, rellenos y compactaciones, conformación de andenes, cunetas y estructuras de pavimento, así como la realización de pruebas hidrostáticas, labores de limpieza, desinfección de la red y restitución del espacio público afectado. No se trató, entonces, de un proyecto nuevo o distinto, sino de la continuación y culminación de las obras que el contratista inicial había dejado inconclusas o defectuosamente ejecutadas en el tramo específico Los Salados – Glorieta La Fe.

107. Adicionalmente, EPM acudió al contrato CW17273, también celebrado con Acassa S.A.S. y cuyo objeto general era la *“construcción de colectores para el saneamiento y obras asociadas en el proyecto Valle San Nicolás”*, para acometer de manera inmediata obras de recuperación vial y de urbanismo en la vía Las Palmas, corredor sobre el cual se desarrollaron intervenciones de infraestructura asociadas al CT-2014-000386-A1⁵⁰. La reclamación del siniestro y la demanda muestran que, a través de dicho contrato, se ejecutaron actividades de reposición y recuperación de urbanismo (andenes, calzadas y demás obras complementarias) que correspondían a obligaciones de Azacán derivadas de sus intervenciones en la vía y que este no cumplió oportunamente. Las cantidades ejecutadas bajo el CW17273 que se traen al balance del presente proceso no obedecen a obras nuevas ajenas al contrato principal, sino a ítems contractuales de misma naturaleza que los previstos en el CT-2014-000386-A1 para la restitución de la vía y del espacio público afectado por las obras del sistema de acueducto⁵¹.

108. Esta apreciación se ve corroborada por la confrontación entre los documentos del contrato CT-2014-000386-A1 (pliegos, actas de modificación bilateral e informe final de interventoría) y los de los contratos CW51135 y CW17273. En ellos se advierte que las actividades identificadas como faltantes o mal ejecutadas a cargo de Azacán —en particular, los metros de tubería no instalados o sin continuidad hidráulica, las obras de urbanismo pendientes y la ausencia de pruebas hidrostáticas y de desinfección sobre la tubería ya tendida— coinciden con los ítems contratados con Acassa para el mismo frente y tramo de red, y con las obras de recuperación vial y de urbanismo ejecutadas en la vía intervenida. La reclamación elevada ante la aseguradora y los cuadros comparativos de cantidades elaborados por la interventoría refuerzan ese hallazgo, al emparejar, ítem por ítem, las actividades originalmente previstas en el CT-2014-000386-A1 con las efectivamente ejecutadas por el contratista sustituto, tanto en el marco del CW51135 como del CW17273, para lograr la puesta en servicio del circuito La Fe y la adecuada restitución de la vía.

109. Respecto de esto último, es relevante destacar que, para garantizar la transparencia en la imputación de costos, la entidad contratante realizó un ejercicio

⁵⁰ Expediente digital, archivo “5.22 Acta 10 CW13273 cantidades obras pendientes Azacán.pdf”.

⁵¹ Expediente digital, carpeta “5. Cálculo del monto del siniestro y contratos de terceros”:



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

de depuración técnica visible en la comparación de ítems de los procesos de contratación con el tercero⁵², en el cual se discriminaron aquellas actividades nuevas o de mejoramiento que no hacían parte del contrato original (v.gr., determinados ítems de adoquines o acabados especiales que “Azacán no tenía”), excluyéndolas del cobro al garante y al contratista⁵³. De este modo, únicamente se incorporaron al cálculo del perjuicio aquellos ítems de los contratos CW51135 y CW17273 que se identificaban con obligaciones contractuales de Azacán reportadas como no ejecutadas, inconclusas o defectuosas en el Informe Final de Interventoría⁵⁴.

110. De la confrontación de estos elementos probatorios, la Sala concluye que existe una identidad sustancial de objeto entre las obligaciones asumidas por Azacán en el Frente 7 y las labores que Acassa S.A.S. ejecutó para su terminación y para la recuperación del urbanismo en la vía intervenida, pues en todos los casos se trata de la misma infraestructura, en el mismo corredor, bajo las mismas especificaciones técnicas, encaminada a habilitar el servicio público de acueducto en el sector, incluyendo las pruebas hidrostáticas y la restitución de las condiciones de la vía. En consecuencia, los sobrecostos en que incurrió EPM con el contratista sustituto a través de los contratos CW51135 y CW17273, en la medida en que correspondan a cantidades de obra que debieron ser ejecutadas por Azacán o a reparaciones de trabajos por él mal ejecutados —y no a ampliaciones, mejoras o actividades ajenas al alcance contractual original— son, en principio, imputables al contratista incumplido dentro de los límites que se precisan a continuación, toda vez que constituyen el mayor gasto en que la entidad se vio obligada a incurrir para obtener, por vía de sustitución, el mismo resultado que contractualmente le era exigible a aquel.

Análisis de los rubros reclamados

111. En relación con los valores ejecutados y pendientes de ejecutar del contrato CT-2014-000386-A1, la Sala advierte que no se trata de hechos pacíficos. De un lado, Azacán S.A.S. no solo desconoce las cifras allegadas por EPM, sino que controvierte técnicamente las cantidades de obra pendientes que se le imputan. En efecto, frente al hecho en el que se detallan los metros lineales de tubería por instalar (hecho trigésimo segundo), el contratista afirmó que el contrato no contemplaba la instalación de 3.631 metros de tubería HD ni que hubiera dejado de ejecutar 785,91 metros, y que la longitud real, los tramos y ciertas obras accesorias diferían de lo manifestado por la demandante, imputando además a EPM la causa de algunas no ejecuciones.

⁵² Se explica en el consolidado de obras ejecutadas que “A las cantidades totales ejecutadas en el CW51135, **se restaron las que no hacían parte del alcance de Azacán como son, el suministro, transporte e instalación de las tuberías de acero...** Las demás cantidades ejecutadas correspondían a obras dejadas de ejecutar del alcance de Azacán...”

⁵³ Expediente digital, archivo “5.52 CONSOLIDADO OBRAS EJECUTADAS POR TERCEROS PARA VALORACIÓN DE SINIESTRO.pdf”. En la columna “TOTAL A PRECIOS AZACÁN” vs “TOTAL A PRECIOS ACASSA”, solo se diligencian valores para los ítems que tienen correspondencia (Ej. 1.1 Demolición vs 2.1 Demolición), dejando fuera del cálculo comparativo aquellos que no tenían par en el contrato original.

⁵⁴ El documento “ANEXO 1 OBRAS EJECUTADAS Y FALTANTES EN EL CONTRATO CT-2014-000386-A1” lista las “Cant. no ejecutadas”, las cuales coinciden con la descripción de los ítems cobrados en el consolidado de terceros (Ej. Demoliciones, excavaciones, tubería).



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

112. De igual forma, al pronunciarse sobre el balance final del contrato (hecho trigésimo séptimo), el contratista manifestó su desacuerdo con el acta de cierre de cuentas⁵⁵, aduciendo que la entidad le adeudaba aproximadamente \$991 millones por actividades nocturnas y transportes no reconocidos, razón por la cual rechazó el saldo negativo que EPM presenta como valor pendiente. A ello se suma su oposición a la cuantía de las pretensiones indemnizatorias, en particular a los \$979 millones reclamados por sobrecostos con ACASSA, bajo el argumento de que desconoce esos precios y que la entidad habría contratado por valores muy superiores a los originalmente pactados.

113. De otro lado, la aseguradora Suramericana de Seguros también se abstuvo de admitir los valores ejecutados y pendiente de ejecutar, indicando que “no le consta” el monto final del contrato ni las sumas pagadas por EPM, y condicionando su aceptación a la plena demostración de tales cifras en el proceso, incluso sosteniendo que, si la suma del valor ya pagado más los perjuicios pretendidos no supera el valor final del contrato, no habría daño resarcible.

114. Estas divergencias obligan a la Sala a apoyarse de manera especial en el contrato, las AMB, el Informe Final de Interventoría, el listado de obras ejecutadas -soportado con los pagos efectuados y sus correspondientes facturas-⁵⁶, y en los cuadros de cantidades y demás anexos a la reclamación de siniestro, para efectos de verificar la realidad de las obras ejecutadas, las cantidades faltantes y el saldo económico del contrato, sin perjuicio de la valoración crítica de las objeciones formuladas por el contratista y su garante que se abordarán en cada rubro y en el acápite de objeciones defensivas.

Sobrecostos por terminación de obra civil (diferencial de precios)

115. EPM reclama, en primer lugar, el mayor valor pagado a Acassa por la ejecución de ítems de obra civil –excavaciones, rellenos, pavimentos, instalación de tubería y obras complementarias– que Azacán dejó pendientes en el Frente 7. La reclamación de siniestro, su desarrollo técnico y los documentos contractuales muestran que, al momento de la terminación, el contrato de Azacán presentaba un valor sin ejecutar de \$2.464'950.338, mientras que el costo directo de las cantidades

⁵⁵ El numeral 6.3 del pliego de condiciones, además de fijar el plazo de ciento ochenta (180) días para la liquidación bilateral, previó que, de no lograrse un acuerdo o si el contratista no se presentaba, EPM procedería “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”, pero esta estipulación no configuró, ni expresa ni implícitamente, una facultad de liquidación unilateral, sino que se limitó a autorizar un cierre contable y la adopción de decisiones propias del derecho privado encaminadas a la defensa de los derechos de la entidad, los cuales, en todo caso, deben ser dilucidados ante el juez del contrato. Esta conclusión deriva no solo de la inexistencia en la disposición indicada de una habilitación expresa para que EPM efectuara con efectos vinculantes y oponibles al contratista el balance definitivo del negocio, sino también su ejercicio por parte de la entidad contratante, reflejando el sentido que las partes dieron a esa estipulación. Del documento elaborado por EPM con fundamento en la cláusula 6.3. (Expediente digital, archivo “1.11 Cierre de cuentas CT-2014-000386-A1”), se desprende que la entidad dejó constancia de haber adelantado el trámite de liquidación bilateral, elaborado el acta respectiva y, ante la negativa del contratista de suscribirla, decidió “proceder al cierre de cuentas” del contrato, fijando como conclusión la existencia de una “Reclamación por incumplimiento” a favor de la entidad. Su contenido no es de carácter constitutivo, se limita a detallar el estado de los plazos, los valores ejecutados, las reclamaciones recíprocas, las compensaciones y los saldos resultantes, como un estado de cuentas, sin estructurarse como un acto de liquidación con efectos jurídicos de cierre y definitivos, ni presentarse bajo esa denominación con efectos propios de una liquidación contractual en la que confluyen elementos técnicos, contables, financieros y legales. Se trata de un documento en el que incluso se anuncia que los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento del contratista serían posteriormente reclamados ante la aseguradora, evidenciando que no puede asimilarse a una liquidación que se proyecte con efectos obligatorios sobre la contraparte.

⁵⁶ Expediente digital, carpeta “3. Obras ejecutadas y pagadas a Azacán”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

efectivamente necesarias para completar el alcance del negocio ascendía a \$3.022'981.353,37, lo que hubiera supuesto una adición estimada de \$558'031.015 sobre el saldo para copar el valor del contrato.

116. Para la terminación de esas mismas cantidades, EPM pagó a Acassa, en el marco del contrato CW51135⁵⁷, la suma de \$4.002'979.509, de donde resulta un sobrecosto o perjuicio neto de \$979'998.155, correspondiente al mayor valor que la entidad debió sufragar por la ejecución, por un tercero, de actividades que formaban parte del alcance contractual de Azacán y que este incumplió. Aunque los precios de Acassa resultaron superiores en varios ítems, dicha diferencia tiene una explicación técnica y económica razonable, pues la terminación de las obras se contrató en una vigencia posterior, en un contexto de mayores costos de insumos, mano de obra y servicios, y sobre una infraestructura parcialmente ejecutada, lo que incrementa la complejidad de la ejecución frente a la instalación inicial en una obra nueva. A ello se suma la pérdida de las economías de escala propias de un contrato de gran envergadura, toda vez que resulta razonable que la ejecución de actividades de remate, en tramos discontinuos y fragmentados, demanda una logística y una movilización de recursos más costosa que la construcción lineal continua. Tales condiciones, más gravosas que las existentes durante la ejecución ordinaria del contrato original, que también fueron expuestas por la interventoría, se derivan del retraso en la ejecución de las obras; de haber cumplido Azacán dentro del plazo inicialmente previsto, EPM no se habría visto obligada a contratar su terminación en un escenario de mercado y de operación diferente y más oneroso.

117. Como se explicó previamente, solo es jurídicamente procedente reconocer el diferencial de precios sobre la obra que le faltaba ejecutar a Azacán, por lo que el exceso de cantidades ejecutado por Acassa que corresponda a mejoras, ampliaciones o ajustes de diseño que no hacían parte del alcance original del contrato CT-2014-000386-A1, no es trasladable al demandado. Verificada la depuración realizada en el Informe de Interventoría⁵⁸ y en los cuadros comparativos allegados con la reclamación del siniestro⁵⁹, se constata que el cálculo del perjuicio se limita a las cantidades de obra contempladas desde el inicio a cargo de Azacán, razón por la cual la Sala acoge la metodología empleada⁶⁰.

⁵⁷ Expediente digital. Carpeta "5. Cálculo del monto del siniestro y contratos de terceros".

⁵⁸ Expediente digital, archivo "4.2 INFORME FINAL DE INTERVENTORIA CT 2014 - 000386 - A1". En este documento la interventoría consolida el faltante por ejecutar y el estado real de avance al cierre del contrato, incluyendo una relación específica de las "obras no ejecutadas por el contratista" (Tabla 25), soporte del universo de cantidades pendientes que luego se contrastan con lo ejecutado por el tercero; adicionalmente, el informe identifica actividades puntuales no culminadas —p. ej., pruebas hidrostáticas y desinfección en tramos/metros determinados—, lo que permite discriminar qué rubros corresponden a obligaciones originalmente a cargo de Azacán y cuáles no.

⁵⁹ Expediente digital, archivo "5.52 CONSOLIDADO OBRAS EJECUTADAS POR TERCEROS PARA VALORACIÓN DE SINIESTRO". Este consolidado contiene los cuadros comparativos que cruzan, por ítem, las cantidades faltantes imputables al alcance original con las cantidades ejecutadas por el tercero, incorporando observaciones de depuración cuando el ítem no estaba a cargo de Azacán (v. gr. "Azacán no tenía este ítem dentro del contrato con EPM...", con exclusión del rubro del cálculo del siniestro) y cuando lo ejecutado incluye componentes no trasladables; asimismo, presenta la estructuración financiera del comparativo (subtotal, AIU y total) y el "TOTAL VALOR ÍTEMS QUE VAN AL SINIESTRO", identificando el "sobrecosto" estrictamente como diferencia entre valores unitarios aplicados a la cantidad pendiente reconocible.

⁶⁰ Expediente digital, archivo "9.3 Solicitud de reconsideración 2 valor del siniestro radicado 20210130013804". En la reclamación (y su reconsideración) se deja constancia metodológica de que "únicamente se debería indemnizar la diferencia" entre el valor que habría recibido Azacán por ejecutar lo faltante a precios del contrato base y el valor efectivamente pagado al tercero por ejecutar esas mismas cantidades, incluyendo un re-cálculo donde se depuran rubros y se descartan aquellos que no corresponden al alcance inicial o que responden a exceso/cambios no trasladables; igualmente se precisa que el universo de cantidades objeto de contraste se circunscribe a lo "establecido hasta el acta de modificación número 12" (tope del alcance definitivo a cargo del contratista), lo que refuerza la conclusión sobre el filtro aplicado.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

118. Frente a la tesis de la aseguradora, según la cual no habría daño si la suma pagada no supera el valor final del negocio, la Sala precisa que tal razonamiento es improcedente en contratos a precios unitarios. El perjuicio no depende del tope global del contrato, sino del mayor costo unitario que la entidad tuvo que asumir por cada ítem dejado de ejecutar. Habiéndose probado que EPM pagó a un tercero un precio superior al que habría pagado a Azacán por la misma unidad de obra, el daño patrimonial queda configurado y cuantificado en dicho diferencial, independientemente del techo presupuestal global original.

119. En consecuencia, se reconocerá a favor de EPM, por concepto de sobrecostos en la terminación de la obra civil, la suma de \$979'998.155, equivalente al diferencial de precios pagado al contratista sustituto por las actividades contractuales que debieron ser ejecutadas por Azacán.

Reparaciones y limpieza de la tubería de 600 mm (obra defectuosa)

120. Un segundo grupo de perjuicios se refiere a las reparaciones necesarias para poner en servicio la tubería de 600 mm instalada por Azacán. Los informes de interventoría⁶¹, la reclamación a la aseguradora⁶², el acta de estado de obras al finalizar el contrato⁶³ y el informe técnico de incumplimiento obras prioritarias⁶⁴ evidencian que, tras el abandono del contrato, la tubería quedó expuesta a la intemperie, sin tapones ni protección adecuada, lo que permitió el ingreso de concreto, lodos y sedimentos y ocasionó una obstrucción importante del conducto. Se encuentra, así, demostrado un daño emergente directo derivado de la necesidad de corregir obras ejecutadas defectuosamente o abandonadas sin la debida custodia por parte del contratista.

121. En este punto se reconocen dos conceptos principales. De una parte, la desobstrucción de la tubería HD: se probó que el tramo de tubería de 600 mm en el sector del Parque Los Salados fue dejado por Azacán “a boca libre”, permitiendo el ingreso de materiales extraños. El costo de \$187'792.430 (incluido A.I.U.) pagado a Acassa para la limpieza y recuperación de la funcionalidad del ducto corresponde a un daño directo por negligencia en el deber de custodia de la obra, imputable totalmente al contratista. Respecto de los empalmes y termofusiones, la prueba técnica indica la existencia de tramos de tubería PEAD sin continuidad hidráulica, lo que exigió la ejecución de catorce empalmes por termofusión, contratados igualmente con Acassa por un valor de \$4'450.292, corrección indispensable para la puesta en marcha del sistema.

122. Como se indicó, en este rubro no se está ante un simple diferencial de precios, sino frente a un gasto adicional en el que EPM se vio obligada a incurrir para subsanar deficiencias imputables al contratista. En efecto, EPM pagó en su momento a Azacán por la instalación de la tubería en condiciones de operatividad,

⁶¹ Expediente digital, archivo “INFORME FINAL DE INTERVENTORIA”.

⁶² Expediente digital, archivo “9.1 Siniestro del incumplimiento del contrato de Azacán radicado 20200130092179”.

⁶³ Expediente digital, archivo “ACTA DE ESTADO DE OBRAS AL FINALIZAR EL CONTRATO”.

⁶⁴ Expediente digital, archivo “INFORME TÉCNICO INCUMPLIMIENTO OBRAS PRIORITARIAS”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

pero debió asumir nuevamente el costo de limpiar, desobstruir y completar los empalmes necesarios para habilitar la misma infraestructura, sin que exista argumento o prueba de una causa extraña que exonere al contratista.

123. En tales condiciones, se accederá en su integridad a los valores reclamados por concepto de ⁽ⁱ⁾ desobstrucción y limpieza de la tubería HD 600 mm y ⁽ⁱⁱ⁾ empalmes y termofusiones necesarios para restablecer su continuidad, por las sumas históricas de \$187.792.430 y \$4.450.292, respectivamente.

124. Las demás partidas incluidas por EPM dentro del rubro global de “calidad” y reprocesos asociados al contrato CW51135 no serán objeto de reconocimiento, pues del examen conjunto del cobro de la póliza, de los cuadros de cantidades y de los soportes contractuales, se advierte que en estos ítems no es posible distinguir con precisión qué porción corresponde a correcciones estrictamente necesarias para subsanar el incumplimiento de Azacán y cuál parte obedece a ajustes, mejoras o actividades adicionales asumidas por la entidad en desarrollo de la terminación. Al no acreditarse de manera individualizada el carácter de daño emergente directo imputable al contratista sobre esas partidas, no es jurídicamente procedente trasladarlas a este, razón por la cual solo se reconocen, dentro de este rubro, los valores expresamente referidos a la desobstrucción, limpieza y empalmes de la tubería instalada por Azacán.

Costos de pruebas hidrostáticas sobre la tubería instalada por Azacán

125. Otro rubro relevante se relaciona con las pruebas hidrostáticas que debían realizarse sobre la tubería de hierro dúctil instalada en el Frente 7. Como se indicó en el análisis de responsabilidad, Azacán no ejecutó satisfactoriamente ninguna prueba hidrostática en dicho tramo, pese a que el contrato y las especificaciones técnicas imponían esa prestación como condición para el recibo de la obra. El incumplimiento de esta obligación técnica de estanqueidad obligó a EPM a contratar con Acassa la realización de las pruebas sobre la totalidad de la red comprendida en el alcance de Azacán.

126. El contrato CW51135 configuró las pruebas hidrostáticas como un ítem independiente, dado que las mismas debían abarcar tanto la tubería instalada por Azacán como la ejecutada por Acassa dentro de ese mismo alcance. En desarrollo de ese objeto, este último cobró un valor global de \$389'977.500 por el diseño y ejecución de cinco pruebas hidrostáticas. La interventoría realizó un prorrateo técnico, determinando un costo promedio por metro lineal de prueba de \$104.458, y estableció que la longitud total de la red correspondiente al alcance de Azacán sometida a prueba era de 3.493,15 metros (2.639,34 m instalados por Azacán sin prueba hidrostática y 853,81 m instalados por Acassa dentro del mismo alcance).

127. Si bien la defensa sostiene que la inejecución de las pruebas habría generado un ahorro correlativo para EPM, los documentos evidencian, de un lado, que el valor previsto por Azacán para dicha actividad en sus análisis de precios era inferior (del orden de \$15.960 por metro lineal) frente a los costos reales incurridos



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

posteriormente y, de otro, que el mayor valor pagado a Acassa obedece precisamente a la necesidad de ejecutar las pruebas en una etapa posterior, sobre una tubería que presentaba discontinuidades.

128. En aplicación de los criterios antes expuestos, la Sala acoge el cálculo realizado por la interventoría y considera que el perjuicio por este concepto corresponde al valor proporcional de las pruebas hidrostáticas imputable al alcance de Azacán. Ello se traduce en reconocer únicamente el diferencial entre el costo unitario de Acassa y el costo unitario previsto para Azacán ($\$104.458 - \$15.960 = \$88.498$ por metro lineal), aplicado a la longitud total de 3.493,15 metros, lo que arroja un perjuicio indemnizable de $\$309.136.789$.

129. Se precisa que, aunque en la demanda principal EPM cuantificó inicialmente este concepto en la suma de $\$365'116.479$, solo se acoge como daño resarcible el monto de $\$309'136.789$, correspondiente al diferencial de precios entre lo que habría debido pagarse a Azacán por la realización oportuna de las pruebas y lo que efectivamente se pagó a Acassa por ejecutarlas en un contexto de terminación. La diferencia residual obedece al componente del costo que la entidad habría tenido que asumir aun en un escenario de cumplimiento cabal del contrato principal y, por tanto, no puede ser trasladada al contratista como perjuicio indemnizable.

Gestión ambiental y social (cambio de modalidad de pago) -

130. En cuanto a los costos de gestión ambiental y social, EPM reclama la suma de $\$133'310.895$. La particularidad de este rubro radica en que, en el contrato de Azacán, tales actividades se remuneraban a través de los costos indirectos (A.I.U.), mientras que, debido a la urgencia y a la forma de estructuración del contrato con Acassa, en el contrato CW51135 se pactaron como ítems de costo directo, pagaderos por día o por actividad.

131. La Sala advierte que no es jurídicamente admisible trasladar sin más a Azacán la totalidad de los costos ambientales y sociales pagados a Acassa, pues una parte de esos conceptos habría tenido que ser cubierta también si Azacán hubiese cumplido, a través de la retribución de los costos indirectos. Por ello, la reclamación de EPM ajustó el cálculo del perjuicio, partiendo del costo directo pagado a Acassa por el componente ambiental en los frentes de obra correspondientes al alcance de Azacán y deduciendo de ese valor la proporción del A.I.U. que la entidad dejó de pagar al contratista incumplido por las cantidades de obra no ejecutadas.

132. El análisis financiero y técnico del contrato muestra que el costo directo asumido por EPM en el contrato CW51135 superó la proporción de A.I.U. que se habría pagado a Azacán por dicho componente, lo que permite identificar un sobrecosto real atribuible a la terminación de la obra mediante un tercero. En consecuencia, para efectos de reconocer únicamente el perjuicio efectivamente irrogado, se aprueba el valor diferencial calculado por la interventoría —costo ambiental directo de Acassa menos el ahorro correlativo en el A.I.U. de Azacán—, que aísla el sobrecosto imputable al incumplimiento del contratista.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

133. En tal virtud, se reconocerá a favor de EPM, por este concepto, el valor histórico de \$133'310.895.

134. Distinta suerte corre el rubro reclamado por EPM por valor de \$101'314.229, asociado a sobrecostos en la recuperación de urbanismo y obras en la vía atendidos mediante el contrato CW17273. Si bien se probó que a través de dicho negocio jurídico se ejecutaron trabajos de reposición de andenes, calzadas y otros elementos de urbanismo en el corredor intervenido, no se encuentra acreditado que esas erogaciones constituyan un mayor costo frente al alcance original de Azacán ni que sea posible depurar, ítem por ítem, la porción estrictamente imputable a la inejecución o ejecución defectuosa del contratista, excluyendo las actividades de mantenimiento ordinario, mejoramiento o intervención complementaria propias del proyecto. A ello se suma que la propia demandante indicó que la pavimentación posterior a cargo de Procopal (contrato CW26696) no generó sobrecostos. En tales condiciones, al no demostrarse de manera suficiente la identidad y el carácter estrictamente indemnizable de las actividades de urbanismo reclamadas, se negará este concepto.

Mayores costos de interventoría

135. Finalmente, EPM solicita el reembolso de los mayores costos de interventoría incurridos con ocasión de la prolongación del plazo contractual imputable al contratista, por la suma neta de \$201.629.694. Este valor se encuentra soportado en el “Acuerdo cobro interventoría”⁶⁵ suscrito con la firma WSP y en la tabla de cálculo de cantidades de interventoría imputables a Azacán⁶⁶, documentos que reflejan la aplicación de lo pactado en la AMB 11.

136. En efecto, el acervo probatorio demuestra que la extensión del contrato y la consecuente permanencia del personal de supervisión (WSP) obedecieron a la ineficiencia de Azacán. De conformidad con el AMB 11, EPM cobra únicamente las ampliaciones de plazo que carecían de justificación eximente, discriminadas así: (i) 41 días calendario por el inicio tardío de la instalación de tubería, contabilizados desde el 31 de mayo de 2018 hasta el 11 de julio de 2018; y (ii) 36 días efectivos adicionales por retrasos injustificados en el cronograma de instalación, generados entre el 12 de julio y el 4 de septiembre de 2018.

137. Si bien el cálculo bruto del mayor tiempo de interventoría generado por estos retrasos ascendió a la suma de \$357'985.023,12, EPM reconoció a su vez que adeudaba al contratista la suma de \$156.355.329 por concepto de ajuste de precios, de modo que solo reclamó el saldo neto resultante, esto es, \$201.629.694.

138. Así las cosas, habiéndose acreditado el nexo causal entre la conducta del contratista —quien aceptó en el AMB 11 asumir los costos derivados de estas prórrogas— y el detrimento patrimonial sufrido por la entidad al tener que remunerar

⁶⁵ Expediente digital, archivo “6.1 Acuerdo Cobro Interventoría radicado 20180130068461”.

⁶⁶ Expediente digital, archivo “6.2 Cálculo de Cantidades de Interventoría Imputables a Azacán”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

una interventoría extendida en el tiempo, la Sala accederá al reconocimiento de la suma reclamada.

Consideración sobre las objeciones de la defensa frente a la cuantificación de los perjuicios

139. En sus respectivas contestaciones a la demanda, los accionados cuestionaron la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios reclamados por EPM. De un lado, Azacán alegó ⁽ⁱ⁾ una falta de definición técnica y de diseños por parte de la entidad; ⁽ⁱⁱ⁾ una supuesta sobrevaloración de los precios pactados con ACASSA y ausencia de identidad entre las obras ejecutadas por este y las originalmente previstas; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la existencia de factores externos (permisos, condiciones de la concesión vial) que habrían incidido en los costos. De otro lado, la aseguradora objetó la existencia del daño, argumentando que no le constaban los valores y sostuvo que, si la suma de lo pagado a Azacán más lo pagado a los terceros no superaba el valor final del contrato asegurado, no habría lugar a indemnización alguna.

140. Frente a la alegada “falta de definición técnica” y a la negación expresa de las cantidades de tubería pendientes, la Sala observa que, mediante las AMB 10 y 11, el contratista aceptó de manera expresa los ajustes de diseño y las nuevas condiciones del proyecto, renunció a reclamaciones previas y se obligó a cumplir los plazos y alcances allí establecidos. La aseveración de Azacán de que “no es cierto” que faltaran 785,91 metros o que el alcance fuera desconocido se desvirtúa ante la contundencia del Informe Final de Interventoría y las actas suscritas por el propio contratista, documentos que gozan de plena eficacia probatoria y que no fueron desmentidos mediante dictamen pericial, prueba técnica o cualquier otra en contrario.

141. Asimismo, respecto a la inconformidad manifestada con el balance final y la alegada acreencia a su favor por \$991 millones, la Sala advierte que tal objeción es improcedente. En primer lugar, porque la demanda de reconvención mediante la cual el contratista pretendía formular pretensiones de cobro por dichos conceptos (actividades nocturnas, transportes, etc.) fue rechazada por extemporánea, lo que impide a la Sala pronunciarse de fondo sobre créditos a favor del contratista que no fueron debatidos procesalmente en la oportunidad debida. En segundo lugar, analizado como argumento de defensa, tales supuestos sobrecostos carecen de soporte probatorio idóneo en el expediente que permita enervar la liquidación del perjuicio, pues no se acreditó que correspondieran a una obligación exigible a EPM.

142. De igual forma, se rechaza la alegación relativa a la imposibilidad de ejecutar las obras en el municipio de Rionegro como eximente de esta condena, por cuanto los perjuicios aquí liquidados corresponden exclusivamente a las obras del Frente 7 (Los Salados – Glorieta La Fe), pactadas precisamente como compensación y sustitución de las de Rionegro mediante las AMB 9 y 10. Azacán aceptó esa redistribución del alcance y, pese a ello, incumplió las obligaciones así redefinidas.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

143. En cuanto a la defensa de la aseguradora, se desestima el argumento según el cual el daño depende de que se supere el valor global del contrato. Como se explicó en la metodología de liquidación, en los contratos a precios unitarios el perjuicio se configura por el mayor costo de cada ítem dejado de ejecutar atendiendo al alcance contratado. Condicionar la indemnización al agotamiento del presupuesto total implicaría desconocer el daño emergente real sufrido por la entidad al pagar un precio superior por las mismas unidades de obra, así como los costos directos de reparación e interventoría, que no habrían existido de haberse cumplido el contrato en los términos acordado.

144. Adicionalmente, el examen detallado de los documentos del contrato y de su ejecución, así como la reclamación de siniestro, permiten concluir que EPM limitó su pretensión indemnizatoria a los ítems y cantidades que correspondían desde el inicio al alcance contractual de Azacán, valorados a precios de este y de ACASSA, sin incluir obras adicionales ni modificaciones ajenas al contrato CT-2014-000386-A1. De allí que no sean de recibo las tesis según las cuales la condena solicitada abarcaría “contratos posteriores” por objetos distintos o mejoras no previstas en el contrato original.

145. En síntesis, ninguna de las objeciones de la defensa logra desvirtuar la existencia del daño, su cuantía ni el nexo causal con el incumplimiento del contratista.

Indexación de las sumas reconocidas

146. Los valores antes indicados corresponden a montos históricos, esto es, a las sumas efectivamente pagadas por EPM a Acassa, en desarrollo de los contratos CW51135 y CW17273, y a la firma interventora WSP durante la etapa de terminación de la obra y de vigilancia de su ejecución. En armonía con el principio de reparación integral y con las reglas generales sobre actualización de condenas pecuniarias en la jurisdicción contencioso administrativa, la Sala dispondrá la indexación de las sumas reconocidas, con base en la variación del índice de precios al consumidor –IPC– certificado por el DANE. En síntesis, los perjuicios materiales reconocidos en este capítulo, en valores históricos, se discriminan así:

Concepto del Perjuicio Reconocido	Valor Histórico (\$)
1. Sobrecostos por terminación de obra civil (Diferencial de precios contratos ACASSA)	\$979'998.155
2. Reparación de obra defectuosa: - Desobstrucción y limpieza Tubería HD 600 mm - Empalmes y termofusiones	\$187'792.430 / \$4'450.292
3. Costos de pruebas hidrostáticas (Sobre 2.639 m de tubería instalada por Azacán)	\$309'136.789
4. Gestión ambiental y social (Diferencial por cambio de modalidad AIU a Directo)	\$133'310.895
5. Mayores costos de interventoría (Imputables a prórrogas y terminación)	\$ 201'629.694
TOTAL CAPITAL HISTÓRICO	\$1.816'318.255



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

147. Teniendo en cuenta que los desembolsos se efectuaron en diferentes momentos entre los años 2018 y 2020, pero que la totalidad del daño se encontraba consolidado y cuantificado para la fecha de presentación de la reclamación de siniestro ante la aseguradora, se tomará como IPC Inicial el vigente para el mes de junio de 2020, fecha que marca el hito de consolidación del perjuicio reclamado. Como IPC Final, se utilizará el último índice certificado a la fecha de la presente sentencia, conforme a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde la variable R corresponde al valor final actualizado que deberá pagar el condenado para restablecer el poder adquisitivo de la suma histórica; para su cálculo se utiliza como *Índice Final* el indicador certificado por el DANE para enero de 2026 (154,07), fecha de corte de esta providencia, y como *Índice Inicial* el vigente en junio de 2020 (104,97), momento en el cual se consolidó y cuantificó el perjuicio mediante la reclamación presentada ante la aseguradora.

Valor sin indexar = **\$1.816'318.255**

$$R = \$1.816'318.255 \times \frac{\text{Índice Final (154,07)}}{\text{Índice Inicial (104,97)}}$$

R = \$ 2.665'906.006 como valor indexado.

La responsabilidad de la aseguradora

148. EPM dirigió sus pretensiones no solo contra la sociedad contratista, sino también contra Suramericana, en su calidad de aseguradora que amparó el cumplimiento del contrato CT-2014-000386-A1. En consecuencia, la compañía de seguros fue llamada al proceso como demandada principal, con la finalidad de que respondiera, bajo los términos del contrato de seguro, por los perjuicios causados a la entidad por el incumplimiento contractual que se llegará a declarar en el proceso. Adicionalmente, la sociedad Azacán formuló llamamiento en garantía contra la aseguradora con el objeto de que, en caso de prosperar las pretensiones de EPM, esta acudiera en su auxilio con fundamento en la póliza de cumplimiento, frente a lo cual, Suramericana se opuso oportunamente. El Tribunal de primera instancia no se pronunció sobre la procedencia del llamamiento en garantía, limitándose a resolver sobre las pretensiones de la demanda principal y la de reconvención.

149. Sobre este particular, la Sala comparte el planteamiento de la aseguradora en cuanto a la improcedencia del llamamiento en garantía formulado por Azacán, pues de conformidad con las condiciones de la póliza, se tiene que el asegurado y beneficiario, es exclusivamente la entidad contratante, mientras que el contratista ostenta la calidad de garantizado sin que el clausulado le atribuya derecho autónomo alguno para exigir la cobertura. Por tanto, no existe una relación obligacional directa de la cual Azacán pueda derivar la acción de garantía, dado que



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

la legitimación para exigir el pago de la indemnización corresponde únicamente al asegurado-beneficiario, esto es, a EPM, quien efectivamente la ejerció mediante las pretensiones de la demanda principal. Bajo este entendido, el llamamiento en garantía se declarará improcedente, sin perjuicio de que ello no afecta la posibilidad de imponer una condena a la aseguradora en su calidad de demandada principal, en atención a la responsabilidad que se deriva del contrato de seguro de cumplimiento.

150. En consecuencia, procede el análisis de la responsabilidad de Suramericana, circunscrito a determinar: (i) la existencia del contrato de seguro y del amparo de cumplimiento aplicable al contrato CT-2014-000386-A1; (ii) la concurrencia de los presupuestos de operancia del seguro (incumplimiento imputable, daño patrimonial y relación causal); (iii) la adecuación de los perjuicios reconocidos al riesgo amparado y la ausencia de exclusiones; y (iv) la medida de su responsabilidad, teniendo en cuenta el límite del monto asegurado.

El contrato de seguro de cumplimiento y el amparo aplicable al caso concreto

151. Obra en el expediente la póliza de cumplimiento 1341501-5⁶⁷ expedida por Suramericana para garantizar el contrato CT-2014-000386-A1, la cual se determinó expresamente que se regiría por el programa matriz de grandes beneficiarios de EPM, e incorporó, entre otros, el amparo de cumplimiento, definido en términos sustancialmente coincidentes con los pliegos de condiciones del proceso de selección que dio origen al negocio jurídico garantizado, cubriendo a EPM por *“los perjuicios patrimoniales que le cause el contratista por el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de cualquiera de las obligaciones emanadas del contrato asegurado, así como por los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra cuando el contrato no prevé entregas parciales”*⁶⁸.

152. El límite asegurado para el amparo de cumplimiento del contrato CT-2014-000386-A1 asciende a la suma de \$1.914'013.868, equivalente al diez por ciento (10%) del valor contractual, y su vigencia se extendió desde el 28 de agosto de 2015 hasta el 28 de noviembre de 2018, es decir, durante todo el plazo del contrato y sesenta (60) días calendario adicionales, conforme a lo exigido en los pliegos de condiciones.

153. Las condiciones generales de la póliza precisan⁶⁹, además, que: (i) la responsabilidad de la aseguradora se limita, por cada amparo, al monto establecido como suma asegurada en el respectivo certificado, sin que la indemnización pueda exceder dicho valor; (ii) en materia de cumplimiento *“no aplica la proporcionalidad”*, de suerte que el límite asegurado *“aplicará en su totalidad hasta el monto de los perjuicios sufridos aun cuando el incumplimiento sea parcial”*; y (iii) el riesgo asegurado —entendido como el incumplimiento imputable del contratista— debe ocurrir dentro de la vigencia del amparo, sin perjuicio de que los efectos patrimoniales se evidencien con posterioridad y de los términos de prescripción del

⁶⁷ Expediente digital, archivo “1.8 Póliza Autenticada N° 1341501-5”.

⁶⁸ Expediente digital, archivo “1.7 Condiciones de la Póliza Matriz de EPM Autenticada”.

⁶⁹ Ibidem.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

artículo 1081 del Código de Comercio.

154. Sobre este marco contractual, la propia aseguradora reconoce en su contestación de la demanda que el amparo llamado a operar en el sub-lite es el de cumplimiento, descartando controversia alguna sobre la existencia y vigencia de la póliza, que incluye las modificaciones bilaterales del contrato garantizado, entre ellas las AMB 10, 11 y 12.

Los presupuestos para la afectación de la póliza

155. Como se reconoció por la aseguradora en su contestación, existen tres presupuestos que deben acreditarse para que proceda la indemnización: la ocurrencia del incumplimiento; el cumplimiento de las obligaciones de EPM en su calidad de asegurado; y la existencia de un perjuicio patrimonial cierto y cuantificable dentro del período de cobertura. Como se expuso en los capítulos anteriores, la Sala concluyó, con base en el acervo probatorio, que:

156. (i) Existió un incumplimiento objetivo imputable a Azacán respecto de las obligaciones de instalar y poner en servicio las redes, incluida la ejecución satisfactoria de las pruebas hidrostáticas y la adecuada custodia de la tubería instalada. El contratista dejó cantidades significativas de obra sin ejecutar y ejecutó otras de manera defectuosa, lo que impidió la entrada en operación del circuito La Fe dentro del plazo contractualmente previsto.

157. (ii) EPM cumplió sus obligaciones esenciales como contratante y asegurado. No se acreditó incumplimiento de la entidad que pueda exonerar a la aseguradora, ni se demostró la configuración de fuerza mayor o caso fortuito en los términos de las exclusiones de la póliza. Por el contrario, la entidad desplegó actuaciones diligentes para mitigar el daño, contratando de manera razonable a un tercero para culminar las obras abandonadas y corregir las defectuosas.

158. (iii) Se acreditó un daño patrimonial cierto y cuantificado, consistente en los mayores costos en que EPM debió incurrir para obtener, por vía de sustitución, el mismo resultado que estaba a cargo de Azacán, representado en: ^(a) sobrecostos por terminación de la obra civil (diferencial de precios); ^(b) reparaciones y limpieza de la tubería de 600 mm; ^(c) realización de pruebas hidrostáticas no ejecutadas; ^(d) diferencia por gestión ambiental y social; y ^(e) mayores costos de interventoría imputables a las prórrogas y retrasos injustificados. Todos estos rubros fueron reconocidos como daño emergente en el acápite precedente.

159. En cuanto al requisito temporal, el incumplimiento del contratista se consolidó al vencimiento del plazo contractual —28 de septiembre de 2018—, fecha en la cual aún se encontraba vigente el amparo de cumplimiento de conformidad con las condiciones de la póliza y sus modificaciones según se ha expuesto. El hecho de que las erogaciones para culminar la obra y reparar las deficiencias se hayan efectuado en 2019 y 2020 no excluye la cobertura, habida cuenta de que, según la propia póliza, los efectos patrimoniales del incumplimiento pueden manifestarse con



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

posterioridad a la vigencia, siempre que el incumplimiento haya ocurrido dentro de ella y se reclame dentro de los términos de prescripción.

160. Está también acreditado que EPM notificó oportunamente el siniestro y formuló la reclamación dentro de los plazos legales⁷⁰, aspecto que tampoco es discutido por la asegurado y que de hecho admitió al referirse al aviso de siniestro y al trámite adelantado con los ajustadores.

161. De este modo, debe concluirse que se encuentran satisfechos los presupuestos para hacer efectivo el amparo de cumplimiento.

Alcance del riesgo cubierto y procedencia de los rubros indemnizables frente a la póliza

162. Las condiciones generales establecen que el seguro ampara “*los perjuicios patrimoniales que le cause el contratista por el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de cualquiera de las obligaciones emanadas del contrato asegurado*”. A su vez, las exclusiones relevantes descartan la cobertura para: (i) daños a terceros; (ii) fuerza mayor o caso fortuito; (iii) demérito normal por el transcurso del tiempo; (iv) perjuicios derivados de incumplimientos ocurridos fuera de la vigencia; (v) lucro cesante; y (vi) perjuicios morales, indirectos, consecuenciales o eventuales.

163. A partir de esta delimitación, se observa que los distintos rubros de daño emergente reconocidos a EPM se enmarcan en el riesgo asegurado y no encajan en alguna de las exclusiones previstas en la póliza, tal como seguidamente se expone respecto de cada uno de ellos.

164. (i) *Sobrecostos por terminación de obra civil (diferencial de precios)*. El mayor valor pagado a Acassa por ejecutar las mismas cantidades de obra que correspondían a Azacán constituye un perjuicio patrimonial directo para EPM, consecuencia inmediata del incumplimiento del contratista, que se ajusta al núcleo de protección del amparo de cumplimiento. No se trata de un lucro cesante ni de un perjuicio consecuencial remoto, sino de un gasto adicional en que la entidad se vio obligada a incurrir para obtener, por vía de sustitución, la ejecución de las obligaciones contractuales incumplidas. Nada en la póliza excluye este tipo de sobrecostos, sino que, por el contrario, son la expresión típica del riesgo asegurado en los contratos de obra.

165. (ii) *Reparaciones y limpieza de la tubería de 600 mm (obra defectuosa)*. Los costos por desobstrucción, limpieza y ejecución de empalmes y termofusiones para restablecer la continuidad hidráulica de la red se originan en la ejecución defectuosa de la obra y en el incumplimiento de las obligaciones de custodia y adecuada terminación de la infraestructura a cargo de Azacán. Tales gastos son un daño emergente directo, imputable al contratista, que encaja plenamente en el incumplimiento “*tardío o defectuoso*” que el amparo de cumplimiento contempla.

⁷⁰ Expediente digital, carpeta “9. Oficios de Reclamación a Suramericana de Seguros Generales”.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

166. (iii) *Costos de pruebas hidrostáticas.* La obligación de realizar pruebas hidrostáticas satisfactorias sobre la tubería instalada formaba parte del alcance contractual de Azacán y constituía una condición para el recibo a satisfacción de la obra. Al no ejecutarlas, EPM debió contratar con Acassa su diseño y realización. El diferencial de costos reconocido por la Sala no representa una mejora ni un gasto autónomo, sino el precio de una obligación técnica que el contratista estaba obligado a cumplir, por lo que al tratarse de daño emergente derivado de un incumplimiento técnico específico, se encuentra amparado por el seguro de cumplimiento.

167. (iv) *Gestión ambiental y social (cambio de modalidad de pago).* Las actuaciones de gestión ambiental y social requeridas para la ejecución de la obra no constituyen un ítem extraño al contrato, sino un componente inherente a la correcta ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, que en el contrato inicial se remuneraban a través del A.I.U. y en el contrato de terminación con Acassa se pactaron como costos directos. El perjuicio reconocido por la Sala se limita al diferencial entre el costo directo asumido por EPM en el contrato CW51135 y lo que se habría pagado a Azacán por concepto de A.I.U., es decir, al sobre costo efectivamente generado por el incumplimiento. Se trata, entonces, de un daño emergente directo que se inscribe en el amparo de cumplimiento.

168. (v) *Mayores costos de interventoría.* Este rubro fue particularmente controvertido por la aseguradora, quien sostuvo que los honorarios de la firma WSP obedecen a un contrato autónomo de interventoría, ajeno a las obligaciones del contratista y, por tanto, no son trasladables a la póliza, sin embargo, la Sala no comparte esta interpretación restrictiva. En primer lugar, el contrato de seguro no limita la cobertura al costo directo de ejecución de la obra, sino que ampara “los perjuicios patrimoniales que le cause el contratista” a EPM por el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Dentro de esos perjuicios patrimoniales se encuentran, de manera evidente, los costos adicionales que el asegurado debe asumir para la supervisión técnica del contrato cuando el incumplimiento del contratista prolonga injustificadamente el plazo y obliga a extender la interventoría más allá de lo ordinariamente previsto. Aunque el contrato de interventoría es autónomo, el mayor costo no habría existido de no mediar el incumplimiento y constituye una consecuencia inmediata y directa del mismo, lo que lo ubica plenamente dentro del ámbito del daño indemnizable.

169. En segundo término, se probó que los mayores costos de interventoría reconocidos en este proceso corresponden exclusivamente a las ampliaciones de plazo imputables a Azacán en virtud de la AMB 11 (41 días de inicio tardío de instalación de tubería y 36 días de retrasos injustificados en el cronograma), respecto de los cuales, el contratista aceptó que eran de su cargo. EPM, además, depuró el cálculo, descontando del total el valor que reconocía adeudar al contratista por ajuste de precios, de modo que el perjuicio neto por interventoría (\$201'629.694) corresponde al impacto económico directo del retraso imputable a Azacán. No se trata, por tanto, de un daño remoto o eventual, sino de un gasto cierto, inmediato y directamente vinculado al incumplimiento del contratista, que encaja en la categoría



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

de daño emergente cubierta por el amparo de cumplimiento. Ninguna cláusula de exclusión menciona los mayores costos de interventoría, y la aseguradora no acreditó que este rubro pudiera calificarse bajo alguna de las causales de exclusión expresamente previstas por la garantía.

170. En consecuencia, la Sala concluye que todos los rubros de daño emergente reconocidos se encuentran comprendidos en el amparo de cumplimiento, y no están cobijados por las exclusiones de la póliza.

Desestimación de los restantes argumentos de defensa de la aseguradora

171. Además de la objeción particular frente a los mayores costos de interventoría, ya analizada, la aseguradora articuló otras excepciones que la Sala procede a sintetizar y desestimar.

172. (i) *Ausencia de daño resarcible por no superarse el valor global del contrato.* Suramericana sostuvo que, si la suma de lo pagado a Azacán más los perjuicios reclamados por EPM no supera el valor final del contrato CT-2014-000386-A1, no existiría daño indemnizable. Esta tesis ya fue rechazada al estudiar la liquidación de los perjuicios, pues en los contratos a precios unitarios el daño no se mide por el tope global contractual, sino por el mayor costo unitario que la entidad debe asumir respecto de las mismas actividades inicialmente pactadas.

173. (ii) *Falta de identidad entre las obras ejecutadas por Acassa y las previstas en el contrato de Azacán.* La aseguradora replicó, en esencia, la defensa del contratista, sugiriendo que los contratos CW51135 y CW17273 cubrirían obras distintas o adicionales no amparadas por la póliza. Como se explicó en el acápite sobre la identidad de objeto, la prueba documental (pliegos, contrato, informes de interventoría, actas, cuadros de cantidades, reclamación de siniestro) acredita que los ítems imputados como perjuicio corresponden a actividades que estaban a cargo de Azacán y fueron ejecutadas por Acassa para culminar el mismo proyecto y restituir la vía intervenida, excluyéndose de la reclamación las mejoras y actividades nuevas que no formaban parte del contrato original. De este modo, el requisito de identidad entre las obligaciones incumplidas y las actividades contratadas con el tercero se encuentra satisfecho.

174. (iii) *Agravación del riesgo por modificaciones contractuales.* Si bien la póliza establece que las modificaciones sustanciales al objeto, valor o vigencia del contrato asegurado deben ser reportadas a la aseguradora so pena de exclusión por agravación del riesgo, en el expediente consta que las prórrogas y ajustes del contrato CT-2014-000386-A1 fueron debidamente incorporados al contrato de seguro mediante anexos de modificación, con aceptación expresa de la aseguradora. La propia Suramericana reconoce en su contestación que la cobertura se extendió a todas las AMB, incluyendo las 10, 11 y 12, y que una vez el contratista incumplió la última prórroga pactada, fue oportunamente informada. Ello evidencia que la compañía de seguros tuvo pleno conocimiento de los retrasos del contratista, de la necesidad de ampliar los plazos y de las condiciones reales en que se estaba



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

ejecutando el contrato, y, pese a ello, mantuvo y ajustó la cobertura sin formular reservas ni alegar agravación del riesgo en ese momento. En tales circunstancias, no resulta atendible sostener ahora la existencia de una agravación no informada, pues las modificaciones contractuales fueron expresamente aceptadas bajo el contrato de seguro y cualquier incremento razonable del riesgo derivado de las prórrogas y de los retrasos previos del contratista, fue asumido por la aseguradora al extender la garantía en esas mismas condiciones. En otros términos, la aseguradora validó la situación de riesgo y el plazo extendido, disipando cualquier argumento posterior de agravación del riesgo sobrevenida o no informada.

175. (iv) *Cuestionamientos genéricos sobre la ocurrencia del siniestro.* Aunque tanto Azacán como la aseguradora reiteraron que “no se ha demostrado” la ocurrencia del siniestro, esta objeción se diluye ante las consideraciones precedentes relativas al incumplimiento del contratista, el daño y el nexo causal, aspectos que la aseguradora no desvirtuó con prueba en contrario.

176. En suma, ninguna de las excepciones formuladas por la aseguradora logra enervar la ocurrencia del siniestro y la consecuente afectación de la garantía por el amparo de cumplimiento, respecto de los rubros de daño emergente reconocidos.

Límite de la responsabilidad de la aseguradora y distribución de la condena

177. De conformidad con las condiciones generales de la póliza, “la responsabilidad de la aseguradora con respecto a cada amparo se limita al monto establecido como suma asegurada en el respectivo certificado de seguros (...) en ningún caso la indemnización a su cargo excederá dicha suma”. En el caso del contrato CT-2014-000386-A1, el límite asegurado del amparo de cumplimiento asciende a \$1.914’013.868. Por otra parte, en el acápite de indexación se determinó que el valor actualizado total de los perjuicios materiales reconocidos a favor de EPM asciende, luego de aplicar la fórmula de actualización, corresponde a la suma de \$2.665’906.006.

178. Dado que el daño indemnizable supera el límite del amparo de cumplimiento, la responsabilidad de Suramericana debe restringirse a la suma asegurada. En consecuencia, la Sala condenará a la aseguradora a concurrir al pago de los perjuicios causados a EPM por la suma de \$1.914’013.868, en la medida en que este monto se encuentra cubierto por la póliza de cumplimiento 1341501-5.

179. A la luz de la naturaleza del seguro de cumplimiento y de la cláusula de subrogación prevista en la póliza, el pago que la aseguradora realice a EPM la subrogará, hasta el monto efectivamente pagado, en los derechos de la entidad frente al contratista incumplido.

Liquidación del contrato

180. En lo que respecta a la pretensión encaminada a obtener la liquidación judicial del contrato, resulta procedente acceder a ella en los términos que se desprenden



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

del análisis económico efectuado. De esta manera, con las condenas que se fijan por daño emergente —sobrecostos de terminación, reparaciones, pruebas, gestión ambiental y mayores costos de interventoría— queda definido el saldo económico final del contrato a favor de EPM, sin que subsistan créditos pendientes a favor de Azacán. En consecuencia, la liquidación judicial del contrato se entiende surtida en los términos económicos que resultan de esta sentencia.

Costas

181. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, la condena en costas no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido, por lo que resulta procedente la condena en costas en contra de las demandadas, en la medida en que prosperaron los cargos de apelación que formuló EPM contra la sentencia de primera instancia.

182. Adicionalmente, el artículo 365 del CGP, en el numeral 4, dispone que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. En consecuencia, al revocarse totalmente la sentencia apelada, habrá lugar a condenar en costas de ambas instancias, con la precisión de que, en lo atinente a la demanda principal, la condena recae en Azacán S.A.S. y Seguros Generales Suramericana S.A.; mientras que, en lo relativo a la demanda de reconvenición, la condena recae exclusivamente en Azacán S.A.S., por ser la parte que promovió dicho libelo. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del CGP.

183. En relación con las agencias en derecho, como integrantes de las costas procesales, se rigen por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. De conformidad con su artículo 2º, su fijación depende de *“la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada”*, sin que en ningún caso se puedan desconocer los rangos de las tarifas mínimas y máximas señaladas por el artículo 5 de esta misma normativa, la cual, **(i)** para los asuntos declarativos de segunda instancia con cuantía, fija una tarifa mínima de un (1) SMLMV y una máxima de (6) SMLMV; y **(ii)** para la primera instancia en asuntos de mayor cuantía, entre el 3% y el 7,5% de lo pedido.

184. En este caso, las agencias en derecho se fijan en: **(i)** tres (3) SMLMV por la segunda instancia, a cargo de cada uno de los demandados vencidos en la demanda principal (Azacán S.A.S. y Seguros Generales Suramericana S.A.) en favor de la demandante principal (Empresas Públicas de Medellín E.S.P.); **(ii)** por la primera instancia respecto de la demanda principal, en el mínimo del rango aplicable



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

(3% del valor reconocido⁷¹), lo cual corresponde a \$79'977.180, suma que será asumida por los demandados vencidos por mitades, esto es, \$39'988.590 a cargo de Azacán S.A.S. y \$39'988.590 a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A.; y (iii) por la primera instancia respecto de la demanda de reconvención, en el mínimo del rango aplicable (3% de lo pretendido⁷²), valor que deberá ser asumido exclusivamente por dicha sociedad, por haber sido vencida en ese extremo del litigio, sin extensión a la aseguradora, que no participó como parte activa en esa acción.

IV. PORTE RESOLUTIVA

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de noviembre de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE el llamamiento en garantía formulado por Azacán S.A.S. en contra de Seguros Generales Suramericana S.A., sin perjuicio de la responsabilidad que a esta última le corresponde en su condición de parte demandada en el proceso.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la sociedad Azacán S.A.S. frente a la demanda principal, denominadas “excepción de contrato no cumplido”, “falta de legitimación en la causa por activa” y “nadie está obligado a lo imposible”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR que Azacán S.A.S. incumplió las obligaciones a su cargo derivadas del contrato CT-2014-000386-A1.

QUINTO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada “límite contractual” propuesta por Seguros Generales Suramericana S.A., en el sentido de que su responsabilidad se restringe al monto de la suma asegurada; y **DECLARAR NO PROBADAS** las restantes excepciones propuestas por la aseguradora relativas a la “ausencia de daño resarcible”, “falta de identidad de las obras”, “agravación del riesgo” e “inexistencia del siniestro”.

SEXTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por EPM frente a la demanda de reconvención, denominadas “cumplimiento de las obligaciones a cargo de EPM (inexistencia de incumplimiento imputable a la entidad)”, “improcedencia del reconocimiento de sobrecostos por trabajo nocturno/PMT (y conceptos logísticos asociados)” e “improcedencia del lucro cesante (utilidad dejada de percibir)”.

⁷¹ \$2.665'906.006.

⁷² \$1.127.455.319.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención.

OCTAVO: CONDENAR a Azacán S.A.S. a pagar a favor de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de dos mil seiscientos sesenta y cinco millones novecientos seis mil seis pesos (\$2.665'906.006).

NOVENO: CONDENAR a Seguros Generales Suramericana S.A. a concurrir al pago del monto asegurado por el amparo de cumplimiento de la póliza de cumplimiento 1341501-5, correspondiente a mil novecientos catorce millones trece mil ochocientos sesenta y ocho pesos (\$1.914'013.868).

DÉCIMO: DECRETAR, para todos los efectos, LIQUIDADO el contrato de obra CT-2014-000386-A1 celebrado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Azacán S.A.S., en el entendido de que el saldo final entre las partes corresponde al monto de las condenas impuestas en esta sentencia a cargo del contratista, sin que subsistan créditos a favor de este frente a la entidad contratante.

DÉCIMO PRIMERO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a Azacán S.A.S. y Seguros Generales Suramericana S.A., por resultar vencidas en la demanda principal. **FIJAR** por concepto de agencias en derecho: **(i)** Por la segunda instancia, en favor de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLMV) a cargo de cada uno de los demandados mencionados. **(ii)** Por la primera instancia, en favor de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. la suma de setenta y nueve millones novecientos setenta y siete mil ciento ochenta pesos (\$79'977.180), equivalente al tres por ciento (3 %) del valor reconocido en esta sentencia⁷³, suma que será asumida por mitades entre los demandados vencidos: \$39'988.590 a cargo de Azacán S.A.S. y \$39'988.590 a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A.

DÉCIMO SEGUNDO: Condenar en costas de primera instancia a Azacán S.A.S., por resultar vencida en la demanda de reconvención. Por concepto de agencias en derecho, **FIJAR** en favor de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. la suma de treinta y tres millones ochocientos veintitrés mil seiscientos sesenta pesos (\$33'823.660), equivalente al tres por ciento (3 %) de las pretensiones formuladas por el reconviniente⁷⁴, suma que será asumida exclusivamente por Azacán S.A.S.

DÉCIMO TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

⁷³ \$2.665.906.006.

⁷⁴ \$1.127'455.319.



Radicación: 050012333000-2021-00490-01 (72407)
Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Azacán S.A.S. y otro
Acción: Controversia contractual.

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. ***Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.***

