



JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO

Medellín - Antioquia
Carrera 52 No. 42-73 Teléfono (604)2327399
j02labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co

30 de noviembre de 2022

Proceso:	Acción de tutela (segunda instancia)
Accionante:	K.M.A. CONSTRUCCIONES S.A.S.
Accionada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.
Radicado:	050014105008 20220086101
Asunto:	CONFIRMA SENTENCIA

OBJETO DE DECISIÓN

Procede el Despacho a avocar conocimiento y resolver el recurso de impugnación formulado por el apoderado judicial de KMA Construcciones S.A.S., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 03 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas laborales de Medellín, Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud de tutela

Fundamentó su petitum en lo siguiente, durante el mes de abril de 2020 EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍ E.S.P. –EPM presentó solicitud pública de ofertas en el sistema de información de oferta PC-2020-000257, para “mantenimiento y mejoramiento de infraestructura vial en la zona de influencia del proyecto Hidroeléctrico Ituango, y reconstrucción de los puentes peatonales palestina y el turco”.

Sustentó que el veintiséis (26) de junio de 2020 KMA CONSTRUCCIONES S.A.S presentó la solicitud para la oferta pública antes referida, misma que fue aceptada mediante comunicación del 1 de octubre de 2020.

Refirió que para el quince (15) de octubre de 2020, entre la entidad accionada y la accionante se celebró el contrato número CT-2020-000701 cuyo objeto es el “mantenimiento y mejoramiento de infraestructura vial en la zona de

influencia del proyecto Hidroeléctrico Ituango, y reconstrucción de los puentes peatonales palestina y el turco”.

Indicó además que para el veinticinco (25) de octubre de 2020, Empresas Públicas De Medellín E.S.P. radicó comunicación 20200130212006 a KMA Construcciones S.A.S en la que fijó el veintiséis (26) de octubre de 2020 como fecha de inicio de los trabajos y que a partir de esta fecha empezó a contar el plazo de ejecución del contrato CT-2020-000701, término establecido en setecientos treinta (730) días calendario de acuerdo con la cláusula segunda.

Explicó que el veinticinco (25) de julio de 2022, EPM, en virtud del numeral 6.8.3 de las condiciones particulares del contrato mencionado, radicó comunicado 20220130152146 a KMA Construcciones S.A.S en el que dio inicio al procedimiento para la aplicación de medidas de apremio por las actividades relacionadas con el tratamiento y la revegetalización del talud ubicado en la abscisa km 26+600, vía Puerto Valdivia — Presa.

Alega que para el dos (2) de agosto de 2022 la contratista, con fundamento en el numeral 6.8.3 de las condiciones particulares, radicó comunicado de respuesta número KMA-EPM-688-2022 en el que se expuso y justificó las razones que dejan sin fundamento el incumplimiento y que sustentaron la no aplicación de las medidas de apremio.

Señaló que el cuatro (4) de octubre de 2022, EPM radicó comunicado de respuesta número 20220130217004, emitido por el Director del Proyecto Ituango, en el que dio continuidad al procedimiento de medida de apremio y por medio de la cual manifestó que encuentra mérito para acoger la solicitud de medidas de apremio provisional solicitada por la interventoría, concluyendo que están dadas las condiciones para la aplicación de estas según lo establecido en el numeral 6.8 Medidas de apremio provisionales y por ende, procederá a enviar el documento de cobro al contratista según lo establecido anteriormente y establece el valor de las medidas de apremio en la suma de cuatrocientos cincuenta y dos millones doscientos mil pesos (\$452.200.000).

Argumentó además que la decisión contenida en la anterior comunicación, no fue emitida por el representante legal de la accionada y que corresponde a una decisión unilateral de una de las partes del contrato, por lo que el cinco (5) de octubre de 2022, KMA CONSTRUCCIONES S.A.S tratando de hacer valer sus derechos radicó comunicado de respuesta número KMA-EPM-975-2022 en el que se hizo devolución formal del documento de cobro identificado con el No. RI 6710138-48, teniendo en cuenta que no tiene mayor justificación legal o contractual alguno, y de conformidad con lo establecido en las condiciones particulares sección 6.8.5.

Arguye que, para la imposición de la sanción de carácter contractual por EPM a la contratista, la accionada no tuvo en cuenta los argumentos defensivos esgrimidos por la accionante, con fundamento en los cuales, desde el punto de vista fáctico, técnico y jurídico, se demuestra la improcedencia de la aplicación de la sanción, echando de menos que, no se hayan valorado las razones de defensa expuestas en el trámite sancionatorio para establecer si, en efecto, se configuraba la causal de imposición de multa.

Para finalizar sostiene que la citada omisión constituye un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, en tanto que desconoce el derecho de defensa, el cual, a no dudarlo, no se garantiza a través de un trámite formal, en el cual no se analiza los argumentos defensivos del acusado, y, por ende, no se expresan las razones por las cuales esos argumentos no son de recibo, solicitando consecuentemente se ampare el derecho al debido proceso y en consecuencia se ordene dejar sin efectos la decisión de imposición de medida provisional de apremio contenida en la comunicación de EPM que se identifica con el serial 20220130217004, emitida el 4 de octubre de 2022 en el marco de la ejecución del contrato identificado con el N° CT-2020-000701, celebrado entre las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., como contratante, y KMA CONSTRUCCIONES S.A.S., como contratista, y se ordene repetir el trámite para determinar si hay mérito o no para la imposición de medida provisional de apremio.

1.2. Posición de la parte accionada y/o vinculada:

Por su parte la accionada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., respondió indicando que, el proceso de contratación PC-2020-000257 se publicó el 6 de mayo de 2020, en el Sistema de Información de Contrataciones de la entidad “TE CUENTO”, que la oferta presentada por KMA CONSTRUCCIONES S.A.S, hace parte del contrato CT-2020-000701, de conformidad con lo establecido en su cláusula séptima.

Explicó que es cierto que el 1 de octubre de 2020 EPM aceptó la oferta presentada por KMA CONSTRUCCIONES S.A.S., como da cuenta el comunicado 20200130194411 y que, para el 15 de octubre de 2020, EPM y KMA CONSTRUCCIONES S.A.S suscribieron la minuta del contrato CT-2020-000701.

Sostiene que de conformidad con lo establecido en el numeral 5.3. de las condiciones particulares PC-2020-000257 y en la cláusula segunda de la minuta del contrato, el plazo contractual iniciaba a partir de la fecha señalada en la orden de inicio, y fue de 730 días calendario, y en este caso

se dio orden de inicio a partir del 26 de octubre de 2020, así las cosas, el plazo del contrato venció en el día 25 de junio de 2022.

Indicó que el contrato inició su ejecución, de conformidad con la orden de inicio proferida por el servidor Stefano Giovanni Diubaldo Cencioni, en calidad de Director (E) de la Dirección Desarrollo Proyecto Ituango, sin que por parte del contratista se hubiese manifestado que aquel carecía de competencia para adelantar esta actuación, como se alega ahora respecto al procedimiento adelantado para imponer las medidas de apremio.

Relató que de conformidad con el numeral 6.8.3 de las condiciones particulares PC-2020-000257, que consagran el procedimiento para la aplicación de las medidas de apremio provisionales, el 25 de julio de 2022 EPM inició el procedimiento para imponer medidas de apremio al contratista por el incumplimiento reiterado en la ejecución de las obras de reconstrucción del puente peatonal Palestina, que de ello da cuenta la comunicación con radicado 20220130152146 del 25 de julio de 2022, suscrita por Stefano Giovanni Diubaldo Cencioni, en la calidad antes descrita.

Explicó que las causales de las medidas de apremio provisionales que se invocaron en dicho comunicado fueron las establecidas en los numerales 6.8.2.3 y 6.8.2.9. del Pliego de Condiciones Particulares, teniendo en cuenta que se habían otorgado plazos suficientes al contratista para atender las órdenes dadas por la interventoría y que al contratista se le concedieron cinco (5) días hábiles para que expusiera o justificara las razones que desvirtuaran el supuesto incumplimiento, advirtiéndole que vencido dicho término, EPM procedería a determinar si era procedente o no la aplicación de las medidas de apremio.

Manifestó que, es cierto que el representante legal de KMA Construcciones S.A.S., dio respuesta a la comunicación de EPM mediante comunicado KMA-EPM-688-2022, en la que expuso sus argumentos para sustentar la inaplicabilidad de las medidas de apremio, precisando que se había manifestado al interventor que existían condiciones externas que habían permeado el normal avance de las actividades planteadas para la atención del talud del km 26 + 600, señalando también que la interventoría era parcializada y que no habían contado con la oportunidad para controvertir sus afirmaciones.

Alegó que el contratista tuvo derecho a ejercer su derecho de defensa, pues se le dio la oportunidad de pronunciarse frente a las causales que dieron lugar a la aplicación de las medidas de apremio, y fue así como en la comunicación referenciada se pronunció frente a todos los hechos relacionados por la interventoría como fundamento del incumplimiento.

Indicó que, EPM dio respuesta mediante comunicado 20220130210217004 del 4 de octubre de 2022, informando la continuidad del procedimiento de medidas de apremio, por considerar que no eran válidas las razones que

expuso y justificó el contratista para su no aplicación, pues luego de revisar los argumentos de la interventoría, del contratista y teniendo en cuenta la visita realizada al sitio de las obras por el personal de la Dirección del Proyecto concluyó que a la fecha, el contratista no había ejecutado ninguna actividad de los tratamientos (ladera superior e inferior) del k26+600, que no presentó ninguna gestión de ejecución, de inicio de obra, no entregó programación y sólo se limitó a responder las cartas de Interventoría indicando que estaba en la logística, que incluso en la respuesta a EPM, a falta de 2 meses para terminar el contrato, no presenta ningún argumento válido y fehaciente de ejecución de la obra, ni de intención de inicio, ni compromiso de entrega de las actividades.

Expuso que el contrato duró aproximadamente 23 meses y el avance físico no es consecuente con las oportunidades que EPM otorgó para la entrega de las obras, que el contratista sólo inició la intervención de la ladera inferior en los primeros 15 días de octubre de 2022, y al 25 de octubre de 2022, fecha en que finalizó el contrato, el contratista no ejecutó trabajos en la ladera superior, por lo que el contratista incurrió en graves incumplimientos, que afectaron no solo las obras, sino también a la comunidad que transita por la vía Puerto Valdivia-Sitio de Presa; que EPM en salvaguarda de los bienes públicos, encontró mérito para acoger la solicitud de medidas de apremio provisionales solicitadas por la interventoría y que Según la liquidación realizada por la interventoría con corte al 8 de julio de 2022, el valor de las medidas ascendió a \$452.200.000.

Arguye que, la aplicación de medidas de apremio se adelantó de conformidad con lo establecido en el numeral 6.8.3 de las condiciones particulares, que fueron conocidas por el contratista desde el momento en que presentó la oferta, y que hacen parte del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula séptima de este, en concordancia con la cláusula novena.

Relata que las medidas de apremio provisionales no corresponden a una decisión unilateral de EPM, y que fueron pactadas en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y su aplicación fue aceptada por el accionante al momento de presentar su oferta y suscribir la minuta del contrato, que los puntos que ahora debate el accionante en relación con las medidas de apremio, fueron conocidas por este desde la fase precontractual, y en dichas condiciones, KMA CONSTRUCCIONES S.A.S. presentó su oferta y suscribió el contrato.

Aludió que EPM valoró los argumentos de la Interventoría y el Contratista, así como todos los documentos relacionados con el proceso, y el avance físico de la obra, que de ello da cuenta la comunicación con radicado 20220130217004 del 4 de octubre de 2022, en la que se informó al contratista que se continuaría con la aplicación de la medida de apremio.

Concluyó indicando que el contratista incurrió en graves incumplimientos, que afectaron no solo las obras, sino también a la comunidad, por lo que EPM, en salvaguarda de los bienes públicos y en cumplimiento de los

principios que rigen la función administrativa, encontró mérito para aplicar las medidas de apremio provisionales, de acuerdo con lo solicitado por la interventoría.

Conforme lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, dada la existencia de vías judiciales idóneas para debatir la controversia y la no configuración de un perjuicio irremediable.

1.3. Fallo primera instancia.

El Juzgado de Primera Instancia, luego de hacer un recuento de lo pretendido y sus fundamentos, además de las disposiciones legales y jurisprudenciales aplicables al caso en concreto según su criterio, dispuso denegar el amparo deprecado, en razón a que la misma resulta improcedente, al contar con otro medio de defensa judicial como lo es la vía contencioso administrativa.

1.4. Impugnación.

Frente al fallo proferido y dentro del término legal, el apoderado judicial de la parte accionante presentó escrito de impugnación.

Informando que, el despacho de primera instancia yerra en su análisis, pues desconoce que, si bien es cierto existen otras vías legales por las cuales puede conocer del proceso un juez natural, las mismas no permitirán resolver el asunto desde una dimensión constitucional, sino que, más bien se centrará en el debate probatorio y jurídico cuyo análisis orbitará alrededor del mencionado proceso, proceso que por dicho cumulo y sobre carga de la justicia se estaría apenas admitiendo para inicios del año 2023 por lo cual se causaría el perjuicio que se busca evitar.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Este despacho es competente para conocer de la presente impugnación en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

2.2. El problema jurídico:

Compete analizar si procede confirmar o revocar la decisión proferida en primera instancia, accediendo o no a las pretensiones de la parte accionante,

quien solicita se revoque la sentencia y en su lugar se protejan sus derechos fundamentales invocados.

2.3. Premisas jurídicas.

El Debido Proceso y La Defensa: De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política y con la reiterada jurisprudencia existente de la Honorable Corte Constitucional, “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

De acuerdo a lo expuesto, se ha entendido que el debido proceso administrativo, se convierte en una expresión del principio de legalidad, acorde al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente establecida en la ley, como también las funciones que les corresponden cumplir y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión, así mismo se aplicará el principio básico del debido proceso, el cual es el derecho a la defensa, principio que es fundamental para llevar a cabo en cualquier proceso ante una sede judicial o administrativa en el cual toda persona debe ser escuchada, para así emitir y dar orden alguna.

En cuanto al alcance constitucional del derecho al debido proceso administrativo, la Corte ha dicho mediante sentencia T - 002 de 2019 que “... *La jurisprudencia constitucional define esta garantía como un principio inherente al Estado de Derecho que “posee una estructura compleja y se compone por un plexo de garantías que operan como defensa de la autonomía y libertad del ciudadano, límites al ejercicio del poder público y barrera de contención a la arbitrariedad”^[88] y cuyo alcance está supeditado al deber de las autoridades, tanto judiciales como administrativas, de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción^[89]...*”.

2.4. Examen del caso o reparos concretos.

La acción constitucional de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, como un mecanismo de defensa preferente y sumario al que pueden acudir las personas con el fin de que les sean protegidos sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Sin embargo, la procedencia de este elemento de protección constitucional posee un carácter subsidiario, y en ese orden por lo que su procedencia

se encuentra ajustada a que la persona que la presenta no cuente con otros elementos o mecanismos de protección judicial, o que existiendo estos, se demuestre que acudir a los mismos, el derecho cuya protección se pretende se vería gravemente amenazado, caso en el cual la tutela se torna en un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Siguiendo el mandato constitucional el Decreto 2591 de 1991, estableció en su artículo 6 las causales de improcedencia de la acción de tutela, es decir, en qué circunstancias este mecanismo de protección no es el adecuado para la defensa de un derecho fundamental, destacándose dentro de estas, la existencia de otro medio de defensa y cuando se utilice para atacar la constitucionalidad o legalidad de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Al respecto el Honorable Tribunal Superior de Medellín en sede de segunda instancia en el asunto bajo radicado 05001310500220210038001 manifestó que : *“...Con las causales de procedencia mencionadas se busca conservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales partir del trámite de determinados procedimientos, con los que se protegen prerrogativas constitucionales, es por ello que se sostiene que la tutela es un mecanismo excepcional y subsidiario y no puede convertirse en instrumento alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de las diversas vías existentes en el ordenamiento jurídico.*

En lo que refiere a los actos administrativos de carácter particular, la regla general según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional es la improcedencia, en razón a que para el control de la legalidad de los mismos la competencia recae en el juez de lo contencioso administrativo, siendo admisible la tutela por excepción en aquellos casos en que no se cuenta con otro mecanismo defensa o este no resulta eficaz para la defensa del derecho fundamental...”

En el caso bajo estudio, se observa que, si bien la entidad afectada solicitó mediante el presente trámite preferente de acción de tutela, se resuelva lo relativo al *“debido proceso en razón a las medidas de apremio provisional”* dado a la sanción 20220130210217004 del 4 de octubre de 2022 resolución expedida por EPM, lo que en realidad se persigue con ello es la expedición de un acto administrativo con el cual se revoque o se deje sin efectos la sanción 20220130210217004 del 4 de octubre de 2022 y se inicie nuevamente el trámite sancionatorio, procedimiento mismo que no se puede realizar por medio de este trámite sumario e informal, sino que debe ser conocido por una agencia judicial de la jurisdicción administrativa, por medio del trámite de control de nulidad y restablecimiento del derecho

previsto en el art. 138 del C.P.A.C.A. y en el cual el actor podrá incluso solicitar las medidas cautelares que estime pertinentes.

La ley 1437 de 2011 establece en los arts. 229 y ss que “En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”. Dentro de las facultades del(a) Juez(a) en lo atinente a las medidas cautelares se encuentra art. 230: “1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.”; “5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”

Incluso dentro de los requisitos para decretar una medida cautelar dentro del proceso administrativo, se requiere que el demandante acredite que art. 231: **“a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable.**

Dichas medidas cautelares se pueden solicitar desde la presentación de la demanda (ley 1437 de 2011 Art.233), y deben ser resueltas dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella (5 días).

Como se indicó en la providencia del TSM referida: *Así las cosas, las pretensiones del accionante pueden discutirse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo que como se ilustró resulta idóneo para dejar sin efectos el acto administrativo que el actor considera contrario al debido proceso (...)*

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la providencia del 03 de noviembre de 2022, emitida por el Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín - Antioquia, tal como se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional por la Secretaría del Despacho, para su eventual revisión.

CUARTO: HACER saber al Juzgado de primera instancia esta decisión para los efectos legales a que hubiere lugar, a través de oficio, en el cual se insertará la parte resolutive de este fallo.

Notifíquese y Cúmplase



**CARLOS FERNANDO SOTO DUQUE
JUEZ**

Firmado Por:

Carlos Fernando Soto Duque

Juez

Juzgado De Circuito

Laboral 002

Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **64700756b92284a7e58a4cb285a5fc47dda68beaa8c8d718fb95cc917f2e6a9e**

Documento generado en 30/11/2022 12:27:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>