

ADICIÓN DE LA SENTENCIA – Código General del Proceso Artículo 287 – Procedencia – Apelación adhesiva – Sentencia complementaria – Procedencia

El artículo 287 del CGP dispone que cuando en la sentencia se omita resolver los extremos de la litis o algún punto que deba ser objeto de pronunciamiento, esta debe adicionarse mediante sentencia complementaria, de oficio o a petición de parte presentada dentro del término de ejecutoria, oportunidad.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – No son excluyentes -Principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal – Garantía de cumplimiento del contrato estatal – Alcance – Corte Suprema de Justicia – Inexistencia de incompatibilidad

En la sentencia objeto de complementación se indicó que no se cuestionó lo resuelto ni tampoco se discutió lo decidido por el tribunal en relación con la posibilidad de reconocer indemnización de perjuicios en exceso del valor de la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, el aspecto sí debe analizarse por razón del recurso de apelación adhesiva objeto de este pronunciamiento.

Contrario al entendimiento del apelante adhesivo, la cláusula décima quinta del contrato estableció, en forma expresa e inequívoca, que la cláusula pena se pactó a título de pena, al tiempo que, en la misma forma, se previó la posibilidad de acumularla con la indemnización de perjuicios.

[...] De conformidad con la mencionada estipulación, como bien lo interpretó el tribunal de primera instancia, la pena y la indemnización de perjuicios no eran excluyentes porque así lo determinaron las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, al tiempo que, en ningún aparte del contrato se refieren a la pena como estimación anticipada de perjuicios.

De otro lado, la cláusula de multas no se pactó como subsidiaria de la cláusula penal, sino que, reguló un aspecto distinto. Las primeras procedían por incumplimiento del programa de obra e inversión, por suma variable de hasta por el 10% del valor del contrato y con alcance conminatorio; la segunda, por causa del incumplimiento definitivo de cualquier obligación o declaración de caducidad, como una pena fijada en una suma fija del 10% del valor del contrato. Si bien ambas quedaron cubiertas por el amparo de cumplimiento del contrato, ese solo hecho no las hace equivalentes ni impone su aplicación excluyente ni le otorga naturaleza conminatoria a la cláusula penal porque en el contrato se reguló que tendría la naturaleza de pena.

En ese contexto fáctico y probatorio, la Sala no comparte el argumento del apelante adhesivo, según el cual en la Resolución número 12 de 1 de febrero de 2012 la entidad contratante “confesó” que la cláusula penal fue pactada como indemnización de los perjuicios y no como una sanción, por dos razones: (i) en primer término, lo señalado por la entidad al momento de hacer efectiva la garantía del contrato no tenía la virtualidad de modificar o variar el pacto de cláusula penal en el cual se estipuló esta como una pena, aspecto que no ofrece motivo de duda y, en todo caso, (ii) la afirmación que a juicio de HyH Arquitectura SA constituye confesión sobre el alcance de la cláusula

penal se refirió a la insuficiencia del amparo de cumplimiento para cubrir el valor de los perjuicios y no a la naturaleza de la cláusula penal pecuniaria.

[...] El razonamiento de la entidad contratante sobre este punto se circunscribió al hecho consistente en la insuficiencia del amparo de cumplimiento para cubrir el valor total de los perjuicios, pese a lo cual solo podía hacer efectiva la garantía por el valor amparado, el cual cubría, indistintamente, las multas y la cláusula penal pecuniaria. Por ende, no es cierto que en dicho texto se hubiera reconocido un carácter distinto a la cláusula penal al que fue contractualmente asignado por las partes del respectivo negocio jurídico.

En cualquier caso, las partes acordaron que la aplicación de la cláusula penal “no excluye la indemnización de perjuicios”, de donde resulta evidente que el contratista podía válidamente ser compelido a la reparación de los daños, sin perjuicio del valor de la cláusula penal. Contrario a la interpretación del apelante adhesivo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que cita como fundamento de su inconformidad otorga pleno valor al pacto que en ejercicio de la autonomía de la voluntad han consentido las partes en relación con la naturaleza de la cláusula penal y su alcance de cara a la reparación de los perjuicios sufridos, cuando afirma que la acumulación de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios procede, a pesar de lo previsto en el artículo 1600 del Código Civil, “por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular [que] permita la acumulación de ambos conceptos”, lo que precisamente ocurrió en el caso que se decide.

Por lo expuesto, la cláusula penal no resulta incompatible con la reclamación de indemnización de perjuicios adicionales padecidos por la contratante producto del incumplimiento del contratista; de modo que, hay lugar a reconocerlos en la forma prevista en la sentencia objeto de complementación, sin que se advierta en este momento procesal algún aspecto que imponga modificar tal determinación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, primero (1°) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA SA
ESP
Demandados: HYH ARQUITECTURA SA (HOY HIDRUS SA)
GAS KPITAL GR SA, MVN SA Y AGUAS DEL ALTO
MAGDALENA SA ESP (INTEGRANTES DEL
CONSORCIO ANAPOIMA)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: SENTENCIA COMPLEMENTARIA

La Sala profiere sentencia complementaria en el asunto de la referencia respecto del recurso de apelación adhesiva que formuló la Sociedad H&H Arquitectura en contra de la sentencia de 12 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, y deniega la petición de adición del fallo de segunda instancia en relación con la caducidad del medio de control y la naturaleza de los actos demandados.

I. ANTECEDENTES

1) Entre las partes se suscribió un contrato de obra para la construcción de un acueducto regional en el departamento de Cundinamarca (La Mesa – Anapoima); la empresa contratante declaró el incumplimiento del contrato, cobró la cláusula penal y pretende el reconocimiento de los perjuicios en exceso de esta; en efecto, la demanda con la cual se promovió el presente asunto se dirigió a obtener el resarcimiento de los perjuicios que, según el criterio de la parte demandante, excedieron el monto de la cláusula penal pecuniaria que se hizo efectiva y pagó la aseguradora del contrato identificado con el número SOP-A 194 de 2006 suscrito entre las partes. No se controvertió el cumplimiento o no de las obligaciones contractual sino, únicamente, la cuantía de los perjuicios derivados de este.

Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
 Demandante: Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP
Controversias contractuales - sentencia complementaria

2) El tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y condenó a las demandadas por el valor actualizado de las sumas pagadas y no ejecutadas por el contratista, al tiempo que denegó las demás pretensiones económicas por el hecho de corresponder a (i) sumas que Empresas Públicas de Cundinamarca SA EPS no probó haber erogado efectivamente (en los ítems de reinstalaciones y reparaciones), (ii) valores que remuneraban las labores propias de la interventoría del contrato (diagnóstico del estado de las obras, interventoría y supervisión), (iii) obligaciones que no se demostró que estuvieran a cargo del contratista (vigilancia), (iv) las costas del proceso (pago de honorarios de abogado) y, (v) por no existir prueba de la mora, por tratarse de sumas de dinero en discusión de las cuales solo habrá certeza a partir de la ejecutoria del fallo (intereses de mora), en los siguientes términos:

“PRIMERO. Se niega la solicitud de declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato de obra 194 de 20 de diciembre de 2006, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Se DECLARA que H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA ocasionaron perjuicios a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA (...), como consecuencia del incumplimiento del contrato de obra 194 de 20 de diciembre de 2006, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Se CONDENA solidariamente a H&H H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA (miembros del consorcio Anapoima) al pago de DOS MIL QUINIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$2.508.658.159), por concepto de perjuicios adicionales a los pactados en la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO. Se liquida judicialmente el contrato de obra 194 de 20 de diciembre de 2006, en el sentido que H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA (miembros del Consorcio Anapoima) deben solidariamente a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA la suma de DOS MIL QUINIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$2.508.658.159), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Se fijan como agencias en derecho a favor de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$75.259.744), los cuales deberá pagar solidariamente H&H Arquitectura SA – hoy HIDRUS SA y las sociedades en liquidación judicial GAS KPTIAL GR SA y MVN SA (miembros del Consorcio Anapoima) una vez quede ejecutoriada esta providencia.

Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
 Demandante: Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP
Controversias contractuales - sentencia complementaria

SEXTA (sic). Se **NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. Ejecutoriada la presente providencia liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvase al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo No 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.” (fl. 934 cdno. ppal - mayúsculas fijas, subrayado y negrillas originales).

3) El 19 de agosto de 2025 la Sala decidió el recurso de apelación interpuesto por Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP en contra de la sentencia de 12 de abril de 2018 y la modificó para incrementar el valor de la indemnización de perjuicios en favor de la empresa demandante por estar acreditados en cuantía superior a la que fue reconocida por el tribunal de primera instancia, lo cual quedó consignado de la siguiente manera:

“1º) Modifícase la sentencia de 12 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección A en cuanto al valor de la condena impuesta solidariamente a los demandados en favor de Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, el cual asciende en su totalidad a la suma de DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$17.868.752.722). En lo demás, confirmase la referida sentencia de primera instancia.

2º) Abstiénese de imponer condena en costas.

3º) En firme esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.” (fl. 27 sentencia de segunda instancia).

4) En el término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia el apoderado de la sociedad H&H Arquitectura SA presentó una solicitud de adición de la sentencia por estimar que se dejó de resolver la apelación adhesiva a la alzada formulada por EPC que su representada formuló oportunamente en contra de la decisión de primera instancia, como sustento de lo cual invocó el artículo 287 del CGP.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) El artículo 287 del CGP dispone que cuando en la sentencia se omita resolver los extremos de la litis o algún punto que deba ser objeto de pronunciamiento, esta debe adicionarse mediante sentencia complementaria, de oficio o a petición de parte presentada dentro del término de ejecutoria, oportunidad¹. En este caso la sentencia se notificó electrónicamente mediante comunicación remitida a las partes el viernes 12 de septiembre de 2025 (índice 61 SAMAI) y el escrito se presentó el martes 16 de septiembre de 2025 (índice 63 SAMAI).

2) Revisado el expediente se constata que le asiste razón al solicitante porque se dejó de resolver el recurso de apelación adhesiva. En efecto, el auto que admitió el recurso de apelación promovido por Empresas Públicas de Cundinamarca (índice 25 SAMAI) fue notificado a través de anotación en estado del 5 de marzo de 2024 (índice 27 SAMAI) y el día 7 siguiente, esto es, dentro del término de ejecutoria, el apoderado de H&H Arquitectura manifestó *“adherir al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante”* (fl. 1 índice 31 SAMAI) y en el mismo escrito presentó los motivos de su inconformidad; adicionalmente, refirió que la Sala no tuvo en cuenta la sentencia de unificación de 9 de mayo de 2024 de la Sección Tercera del Consejo de Estado según la cual las decisiones de la demandante no son actos administrativos, razón que impide contabilizar la caducidad en la forma que lo hizo la Sala de Decisión.

3) A pesar de lo anterior, en el fallo de segundo grado proferido por la Sala no se hizo mención del recurso de apelación adhesiva ni de los argumentos en los cuales se sustentó y, por el contrario, se analizó el caso como si se tratase de apelante único, por lo cual resulta procedente la petición de adición del fallo por cuanto se dejó de resolver sobre ese específico punto. Contrario a ello, el cuestionamiento encaminado a controvertir la forma en que se computó la caducidad del medio de control judicial y la naturaleza de los actos demandados corresponde a un reparo de fondo en contra de lo expresamente resuelto por la Sala que estimó que el contrato se rigió por la Ley 80 de 1993, mediante razonamientos que no son materia de debate ni pueden ser reformados en sede de la solicitud de complementación y

¹ En este caso, la sentencia de segunda instancia cuya adición se pretende se notificó electrónicamente mediante comunicación remitida a las partes el viernes 12 de septiembre de 2025 (índice 61 SAMAI) y el escrito se presentó el martes 16 de septiembre de 2025 (índice 63 SAMAI).

que están vertidos en los acápites 2 y 3 de las consideraciones de la sentencia (fls. 12 – 15 sentencia de segunda instancia).

4) En el referido contexto, la Sala procede a dictar sentencia complementaria en relación con la apelación adhesiva y niega la complementación en relación con la naturaleza de los actos demandados y la caducidad del medio de control judicial ejercido con la demanda por tratarse de aspectos resueltos en forma expresa en la sentencia de 19 de agosto de 2025.

III. SENTENCIA COMPLEMENTARIA

1. La apelación adhesiva

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 328 del CGP, según el cual el juez de segunda instancia está habilitado para resolver sin limitaciones cuando una de las partes ha adherido al recurso de la otra², la apelación adhesiva se sustentó en los siguientes reparos concretos (índice 31 SAMAI):

1) *Acumulación indebida de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios.* El tribunal de primera instancia decidió, mediante un análisis rápido de la estipulación décima quinta del contrato, que en este caso la aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios, sin embargo, no tuvo en cuenta que la entidad demandante ya había declarado y cobrado la totalidad de la cláusula penal y desconoció que esta fue fijada como estimación anticipada de perjuicios y no a título de sanción, como lo confesó la entidad en la Resolución 012 de 1 de febrero de 2012, argumento que desarrolló de la siguiente forma:

“No hay dudas que el valor aplicado y efectivizado por la misma entidad a través de la cláusula penal, no fue a título de pena, entendida ésta como apremio a fin de presionar o compulsar al contratista para cumplir sus obligaciones sino a modo de sanción anticipada de perjuicios, de suerte

² Código General del Proceso, “ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...) (se destaca – mayúsculas fijas originales).

Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
Demandante: Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP
Controversias contractuales - sentencia complementaria

pues, que resulte a todas luces irrazonable que la entidad, habiendo declarado el incumplimiento y habiendo cobrado la cláusula penal bajo su modalidad de estimación anticipada de perjuicios pretenda ahora de manera indebida legitimarse para el cobro de una indemnización que supera lo pactado en grave violación del artículo 1600 del Código Civil.”
(fl .3 apelación adhesiva).

Según lo sostuvo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 23 de mayo de 1996, exp. 4607, MP Carlos Esteban Jaramillo, la acumulación de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios solo procede de manera excepcional por medio de un pacto inequívoco en tal sentido, producto del cual la primera deja de ser observada como una liquidación anticipada de perjuicios para convertirse en una sanción convencional encaminada a compeler al deudor el cumplimiento de los compromisos contractuales. Esa finalidad conminatoria en el contrato la cumplían las multas pactadas en la cláusula décima cuarta del contrato; por ende, en el contrato coexistían ambas figuras -multas y cláusula penal- con fines distintos y esta última operaba como estimación anticipada de perjuicios.

2) *La condena impuesta carece de motivación y apoyo probatorio.* El tribunal *a quo* se sustentó, únicamente, en el dictamen pericial rendido por el ingeniero de sistemas Guillermo Orozco Pardo, para concluir que el contratista ejecutó menos de lo pagado y recibido, cuyas conclusiones aceptó sin realizar ninguna constatación adicional. Además, ese dictamen se fundó integralmente en el documento denominado “*diagnóstico contrato SOP-A 194-2006*” elaborado por la sociedad IEH Grucon SA y, en tal virtud, no pudo ser debidamente controvertido, pues dicho diagnóstico no fue tratado como dictamen y, por lo tanto, no hay prueba de los perjuicios reconocidos.

De igual manera, con sustento en el mencionado diagnóstico la entidad contratante celebró un convenio interadministrativo identificado con el número 232 cuyo objeto fue aunar esfuerzos para la ejecución y puesta en marcha del acueducto regional La Mesa – Anapoima, que implicó un compromiso patrimonial por parte de EPC de \$5.556.161.304. Seguidamente se suscribió el contrato número 059 de 2015 que tuvo por objeto la ejecución de tres (3) fases del acueducto por un valor de \$19.513.5949.400, contrato que no se ejecutó por razones que se desconocen.

El proyecto ha estado impactado por múltiples irregularidades asociadas a la falta de planeación que impusieron reformularlo, lo cual conllevó a la suscripción de un nuevo convenio (298 de 14 de septiembre de 2017), asimismo, el contrato SOP-A 194/2006 solo comprendía la primera fase de cuatro (4) en total que estructuraban el proyecto, mientras que valor presupuestado por IEH Grucon abarcó lo ocurrido con cuatro contratos (SOP-A 194/2006, SOP-A 247 de 2007, SOP-A 269 de 2007 y EPC 042 de 2010). Lo cierto es que está probado que el proyecto se encuentra en reformulación por problemas de planeación que no han podido superarse en más de 12 años.

3) *“Equivocación en la condena en costas y omisión de aplicar las consecuencias del juramento estimatorio”*. En la sentencia apelada se desconoció el numeral 5 del artículo 365 del CGP que impone que la condena en costas solo sea parcial cuando la demanda prospera parcialmente; en este caso, unas súplicas de más de 18 mil millones de pesos solo dieron lugar a condena de 2 mil millones de pesos, por lo cual la condena en costas debió ser proporcional; de igual manera, se desconoció el artículo 206 del CGP según el cual si la estimación jurada excede el 50% de lo probado se debe imponer multa del 10% de la diferencia entre lo estimado y lo probado en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

2. Decisión de la apelación adhesiva

Como se anticipó, la Sala decide sin límites por razón de la apelación adhesiva que se resuelve; sin embargo, verifica que no existen elementos que impongan modificar lo resuelto en la sentencia objeto de complementación, particularmente en relación con el régimen jurídico del contrato y con la contabilización del término de caducidad del medio de control jurisdiccional, razón por la cual no se altera lo ya resuelto sobre el particular. Ahora bien, la Sala se pronuncia específicamente sobre los reparos concretos del apelante de la siguiente forma:

2.1 Procedencia de la acumulación de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios

1) En la sentencia objeto de complementación se indicó que no se cuestionó lo resuelto ni tampoco se discutió lo decidido por el tribunal en relación con la posibilidad de reconocer indemnización de perjuicios en exceso del valor de la

cláusula penal pecuniaria; sin embargo, el aspecto sí debe analizarse por razón del recurso de apelación adhesiva objeto de este pronunciamiento.

2) Contrario al entendimiento del apelante adhesivo, la cláusula décima quinta del contrato estableció, en forma expresa e inequívoca, que la cláusula pena se pactó a título de pena, al tiempo que, en la misma forma, se previó la posibilidad de acumularla con la indemnización de perjuicios, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA; PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento definitivo por parte del contratista de cualquiera de las obligaciones contraídas con el contrato o de declaratoria de caducidad, el contratista conviene en pagar al Departamento, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que el Departamento hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al contratista, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato; si esto no fuere posible se cobrará por la vía judicial. La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios.” (fl. 247 cdno. 2 - se destaca).

3) De conformidad con la mencionada estipulación, como bien lo interpretó el tribunal de primera instancia, la pena y la indemnización de perjuicios no eran excluyentes porque así lo determinaron las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, al tiempo que, en ningún aparte del contrato se refieren a la pena como estimación anticipada de perjuicios.

4) De otro lado, la cláusula de multas³ no se pactó como subsidiaria de la cláusula penal, sino que, reguló un aspecto distinto. Las primeras procedían por incumplimiento del programa de obra e inversión, por suma variable de hasta por el 10% del valor del contrato y con alcance conminatorio; la segunda, por causa del incumplimiento definitivo de cualquier obligación o declaración de caducidad, como una pena fijada en una suma fija del 10% del valor del contrato. Si bien ambas quedaron cubiertas por el amparo de cumplimiento del contrato, ese solo hecho no

³ ***“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: MULTAS: En caso de incumplimiento del programa de obra y/o programa de inversiones, El CONTRATISTA autoriza expresamente al Departamento la tasación, imposición y cobro de multas hasta por el diez por ciento (10%) del valor del atraso. El incumplimiento de las demás obligaciones generará la imposición y cobro de multas por un valor equivalente al uno por ciento (1%) del valor del contrato. Multas que el Departamento hará efectivas mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al contratista, si los hubiere. para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato. (...) (fl. 247 cdno. 2)”***.

las hace equivalentes ni impone su aplicación excluyente ni le otorga naturaleza conminatoria a la cláusula penal porque en el contrato se reguló que tendría la naturaleza de *pena*.

5) En ese contexto fáctico y probatorio, la Sala no comparte el argumento del apelante adhesivo, según el cual en la Resolución número 12 de 1 de febrero de 2012 la entidad contratante “*confesó*” que la cláusula penal fue pactada como indemnización de los perjuicios y no como una sanción, por dos razones: (i) en primer término, lo señalado por la entidad al momento de hacer efectiva la garantía del contrato no tenía la virtualidad de modificar o variar el pacto de cláusula penal en el cual se estipuló esta como un *pena*, aspecto que no ofrece motivo de duda y, en todo caso, (ii) la afirmación que a juicio de HyH Arquitectura SA constituye *confesión* sobre el alcance de la cláusula penal se refirió a la insuficiencia del amparo de cumplimiento para cubrir el valor de los perjuicios y no a la naturaleza de la cláusula penal pecuniaria.

6) El párrafo objeto del debate es el siguiente:

“De conformidad con las condiciones generales de la póliza de cumplimiento No. 4069961-5, el amparo de cumplimiento ‘cubre a la entidad estatal contratante única y exclusivamente contra los perjuicios directos del incumplimiento imputable al contratista garantizado, de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, pero única hasta el valor asegurado’. En consecuencia, no obstante que los perjuicios sufridos por EPC SA ESP, por el incumplimiento del contratista supera (sic) sustancialmente el valor de la cobertura de cumplimiento dado que el mismo tiene un límite de valor asegurable equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria y que esta se hará efectiva mediante el presente acto administrativo, independientemente del porcentaje en el que pueda discutirse que debe ser aplicada la cláusula penal, la estimación razonada de la cuantía del siniestro a cargo del asegurador y a favor de ECP SA ESP, se limita al máximo valor asegurado que ha sido mencionado y que asciende a la suma de DOS MIL CIENTO OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.108.956.254).”. (fl. 218 cdno. 8)

7) De la lectura atenta del referido texto se verifica, sin hesitación, que el razonamiento de la entidad contratante sobre este punto se circunscribió al hecho consistente en la insuficiencia del amparo de cumplimiento para cubrir el valor total de los perjuicios, pese a lo cual solo podía hacer efectiva la garantía por el valor amparado, el cual cubría, indistintamente, las multas y la cláusula penal pecuniaria.

Por ende, no es cierto que en dicho texto se hubiera reconocido un carácter distinto a la cláusula penal al que fue contractualmente asignado por las partes del respectivo negocio jurídico.

8) En cualquier caso las partes acordaron que la aplicación de la cláusula penal *“no excluye la indemnización de perjuicios”*, de donde resulta evidente que el contratista podía válidamente ser compelido a la reparación de los daños, sin perjuicio del valor de la cláusula penal. Contrario a la interpretación del apelante adhesivo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que cita como fundamento de su inconformidad otorga pleno valor al pacto que en ejercicio de la autonomía de la voluntad han consentido las partes en relación con la naturaleza de la cláusula penal y su alcance de cara a la reparación de los perjuicios sufridos, cuando afirma que la acumulación de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios procede, a pesar de lo previsto en el artículo 1600 del Código Civil, *“por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular [que] permita la acumulación de ambos conceptos”*⁴, lo que precisamente ocurrió en el caso que se decide.

9) Por lo expuesto, la cláusula penal no resulta incompatible con la reclamación de indemnización de perjuicios adicionales padecidos por la contratante producto del incumplimiento del contratista; de modo que, hay lugar a reconocerlos en la forma prevista en la sentencia objeto de complementación, sin que se advierta en este momento procesal algún aspecto que imponga modificar tal determinación.

2.2 Cuantía de los perjuicios

1) En la sentencia objeto de complementación se indicó que el valor de \$2.082.515.306 (que actualizada ascendió a \$2.508.658.159), correspondiente al valor de los trabajos pagados y no ejecutados por el contratista, no fue discutido. Este aspecto impone adicionar el fallo porque, como quedó evidenciado, sí hubo reparo de la apelante adhesiva quien controvirtió la valoración probatoria con sustento en la cual se impuso el pago de dicha suma a los demandados.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 23 de mayo de 1996, exp. 4607, MP Carlos Esteban Jaramillo, pág. 16.

2) La Sala encontró que el dictamen de parte aportado por EPC carecía de valor demostrativo y así lo determinó en la sentencia objeto de complementación⁵. No obstante, existe otra prueba de los daños consistente en un informe producto de un contrato de consultoría suscrito por EPC con un tercero en el cual se realizó el diagnóstico integral para poner en marcha el acueducto regional La Mesa – Anapoima, medio documental que acredita los perjuicios sufridos por la demandante y que no fue desvirtuado mediante otras evidencias en el curso del proceso ni controvertido por las partes. La referida prueba fue oportunamente decretada como prueba e incorporada al proceso y se allegó como anexo del dictamen del cual se corrió traslado en la forma indicada en la ley, con lo cual pudo ser debatida en las oportunidades procesales correspondientes; la demandante conoció el informe desde la notificación de la demanda y no pidió pruebas tendientes a contradecirlo o desvirtuarlo.

3) Al respecto debe reiterarse que el ordenamiento procesal vigente se decantó por un régimen de libertad probatoria, en oposición a un sistema de tarifa legal en el cual los daños solo puedan ser acreditados mediante una prueba pericial; aunque esta es *procedente* para efectos de demostrar hechos circunstancias técnicas, científicas o artísticas ajenas al conocimiento del juzgador, no es la única evidencia en la cual puede y debe sustentarse la cuantía de los daños, pudiendo estos ser acreditados mediante otros medios probatorios como, en este caso, los documentales. El informe de consultoría que, previo análisis de los documentos contractuales y de la obra calculó el valor necesario para las reparaciones y ajustes a las obras ejecutadas para poder ponerlas en marcha, contratado por la demandante para determinar, precisamente, el costo necesario para tal efecto, es evidencia idónea y válida para demostrar el valor de las obras necesarias y, se insiste, bien pudo ser desvirtuado por la demanda a través de cualquier medio de prueba, incluida la pericial.

⁵ “c) En cuanto a la tasación de los costos de reparación de esas obras, el perito se limitó a referirse a la liquidación efectuada por el consultor contratado por EPC (IEH Grucon SA), al tiempo que tasó el valor del perjuicio en la cuantía establecida por dicha sociedad en la suma de \$3.028.609.956 (fl. 232 cdno. 6), pero, no agregó ningún razonamiento propio ni sostuvo alguna metodología o regla de la experiencia en la cual hubiera sustentado su trabajo; en esas condiciones, como señaló el tribunal a quo, el dictamen pericial por sí mismo no se sustenta en una comprobación directa de las falencias de la ejecución del contrato ni de los perjuicios generados por estas y, por el contrario, se limita a repetir las conclusiones de la evaluación contratada por la empresa demandante.” (fl. 17 sentencia de primera instancia).

4) El consultor identificó y cuantificó el valor de las obras necesarias para la puesta en funcionamiento del acueducto regional La Mesa – Anapoima relacionadas con la mala calidad de la tubería instalada, la necesidad de reinstalar tubería y las cantidades y particularidades de los trabajos que sería necesario acometer para tal finalidad, aspectos que, se reitera, no fueron desvirtuados en el curso de este proceso judicial. Esa prueba genera en el juzgador un grado de convicción que le permite tasar el valor de los perjuicios sufridos por la demandante.

5) Aunque el acueducto se debía realizar en 4 fases, como se alegó en la apelación que se resuelve, el consultor hizo claridad en relación con que sus conclusiones se enfocan “en la Fase I, contrato SOP-A194-2006” (fl. 379 cdno. 7) y así se tuvo en cuenta al momento de valorar la evidencia para resolver la apelación formulada por ECP (fl. 20 sentencia de segunda instancia). El consultor delimitó el alcance de su análisis en los siguientes términos:

“Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. ESP celebró con IEH GRUCON S.A. el Contrato de Consultoría N° EPC-C-200 cuyo objeto es el DIAGNOSTICO Y EVALUACION INTEGRAL PARA LA PUESTA EN OPERACIÓN DEL ACUEDUCTO REGIONAL LA MESA- ANAPOIMA DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, EN SUS DIFERENTES FASES.

El alcance contractual comprende la línea desde el punto frente a la PTAR adelante de la Escuela de Sub-oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana en el Municipio de Madrid en Cundinamarca, y avanzará en la misma dirección de la tubería hasta 1km aproximadamente antes de llegar al sifón en la vereda de Florián dentro del mismo departamento, abarcando una longitud aproximada de 30 km que corresponden a trabajos efectuados en los contratos SOP-A-194-2006 y SOP-A-247-2007.

El contrato para la construcción de esta fase, corresponde al número SOP-A-194-2006 suscrito entre la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación de Cundinamarca y el Consorcio Anapoima integrado por la sociedad H&H Arquitectura S.A., la sociedad Gas Kpital GR S.A. la sociedad MNV S.A. y la sociedad AGUAS DEL ALTO DEL MAGDALENA S.A. ESP, el cual fue firmado el día 20 de diciembre de 2006 y fue desarrollado entre el día 12 de febrero de 2007 y el día 16 de junio de 2011 y cuyo objeto fue la CONSTRUCCION DE INFRAESTRUCTURA REGIONAL PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN CUNDINAMARCA (CONSTRUCCION ACUEDUCTO REGIONAL LA MESA – ANAPOIMA PRIMERA FASE), por un valor inicial de \$13.999.999.447. Posteriormente se realizaron dos adiciones: la primera por un valor de \$7.000.000.000 y la segunda de \$ 89.563.095, lo que resulta en un total de \$21.089.562.542.

El alcance del contrato comprendía la construcción de las obras correspondientes a la línea de conducción entre la salida del Municipio de Bojacá al Municipio de La Mesa con una longitud de 24.540 m con diámetros de tubería en hierro dúctil de 16", 14" y 10, la construcción de 5 cámaras de quiebre de presión; 396 m de cruces subfluviales; 90 m de cruces elevados y construcción del tanque de almacenamiento localizado en Bojacá. Posteriormente se adiciona al contrato, como consecuencia de la revisión y el ajuste del diseño realizado por el contratista, la instalación y suministro del equipo de bombeo para la estación de bombeo ubicada en el Municipio de Madrid, las instalaciones eléctricas requeridas, la construcción de la caja derivadora, el tanque de succión, la caseta de control, la caseta de fuerza, la caseta de celaduría, la caseta de bombas, el tanque de Casablanca, la instalación de tubería bajo vías, el cerramiento a la caseta de bombeo, el patio de maniobras y la construcción de la vía de acceso para tanque de Bojacá.

Este documento corresponde al diagnóstico de las obras construidas durante el desarrollo del contrato de Fase I, SOP-A-194-2006, una vez se terminaron los trabajos de localización de la Línea de Conducción a La Mesa, se midieron las profundidades a las cuales fue instalada la tubería, se localizaron anclajes y se realizaron inspecciones con CCTV, lo cual ha permitido evaluar las cantidades de obra de algunos de los más importantes ítems de pago, que han sido comparados contra las cantidades de obra inicialmente presupuestadas y las cantidades de obra pagadas." (fls. 11 y 12 informe, cd. pag 1 cdno 7 - se destaca).

6) De conformidad con lo expuesto, es claro que, aunque el proyecto de construcción total del acueducto abarcó diversas fases y contratos, la consultoría determinó los perjuicios derivados de la ejecución del contrato objeto de la presente controversia y para ello procedió a evaluar, precisamente, los trabajos efectuados durante su ejecución, sus falencias y el costo de reparación correspondiente.

7) De otro lado, la imposibilidad de construir el proyecto que HYH Arquitectura SA atribuye a defectos de la planeación a cargo de la entidad no desvirtúa el incumplimiento contractual del contratista como fuente de daños que está obligado a resarcir, inexecución de lo pactado que le es atribuible y que no se controvertió ni desvirtuó probatoriamente toda vez que no se deprecó la nulidad de los actos que así lo declararon.

8) Finalmente, la suscripción de negocios jurídicos tendientes a obtener los recursos y a finalizar las obras, contrario a demostrar la ausencia de perjuicios, comprueban que estos se ocasionaron, sin que para ello fuera presupuesto la ejecución material de las reparaciones, tal como se resolvió en la sentencia que se adiciona.

9) En ese marco fáctico y probatorio hay lugar a reconocer los perjuicios reclamados por ECP en la forma tasada en la sentencia objeto de complementación y no se advierte algún aspecto que deba ser objeto de modificación en favor de la sociedad HyH Arquitectura SA.

2.3 Juramento estimatorio y costas

1) El apelante adhesivo alega que debió aplicarse la consecuencia del artículo 206 del CGP por el hecho consistente en que la estimación de los perjuicios realizada por la parte demandante excedió en un 50% la que resultó probada.

2) El argumento no prospera por sustracción de materia, atendido el hecho de la prosperidad parcial del recurso formulado por Empresas Públicas de Cundinamarca, en virtud del cual se concedieron las pretensiones en un valor que impide considerar excesiva la estimación de la demanda, aspecto que releva a la Sala de analizar la aplicabilidad del instituto jurídico del juramento estimatorio, su alcance y consecuencias en los juicios que se adelantan ante esta jurisdicción.

3) En cuanto a las costas de la primera instancia del proceso se manifestó en la sentencia de segundo grado que esta no fue recurrida, aspecto que debe ser replanteado y decidido. El numeral 5 del artículo 365 del CGP dispone que cuando las pretensiones prosperen parcialmente el juez *“podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*, lo cual no desdice de la regla general del numeral 1 del mismo artículo según el cual *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*. El numeral 5 en comento prevé una facultad para el juez, quien en determinados casos y con fundamento en expuestos argumentos que le corresponde explicitar, puede no imponerlas o hacerlo en forma parcial, lo cual no ocurrió en este caso en el que la condena en costas fue plena. El apelante adhesivo sostiene que por razón de la cuantía de las súplicas que prosperaron, ampliamente inferiores a las planteadas en la demanda, se impone proferir condena parcial; sin embargo, con ocasión de la prosperidad del recurso de apelación de EPC sobre el punto la condena pecuniaria en su favor fue incrementada, lo cual deja sin sustento el mencionado argumento del recurrente adhesivo.

Expediente: 25000-23-36-000-2014-00179-01 (68.815)
Demandante: Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP
Controversias contractuales - sentencia complementaria

4) En ese contexto, se mantiene la condena en costas impuesta en primera instancia, sin que se advierta algún elemento adicional que imponga modificarla en favor del apelante adhesivo.

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

F A L L A :

1º) Adiciónase la sentencia de 19 de agosto de 2025 en la forma indicada en la parte motiva en el sentido de declarar impróspero el recurso de apelación adhesivo formulado por HyH Arquitectura SA.

2º) Niégase la solicitud de adición en relación con la caducidad del medio de control y la naturaleza de los actos demandados.

3º) Una vez en firme cúmplase lo ordenado en el ordinal 3º de la sentencia que se complementa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de la Subsección

(firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado Ponente
(aclara el voto)

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

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