

**COMPETENCIA DE LA ENTIDAD PARA DECLARAR CADUCIDAD DEL CONTRATO – Ley 142 de 1994 artículo 31 modificado por Ley 689 de 2001 artículo 3 – CRA Resolución 151 de 2001 – Empresas prestadoras de servicios públicos – Deber de incluir cláusulas excepcionales previstas en Ley 80 de 1993 artículo 14 – Contratos de obra – Competencia para pactar cláusulas excepcionales – Ley 80 de 1993 artículo 18 – Declaratoria de caducidad mediante acto administrativo – Terminación del contrato – Liquidación del contrato – Decisión constituye siniestro**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado. No obstante, la misma norma determina que las comisiones de regulación podrán establecer que dichas empresas puedan ejercer cláusulas excepcionales.

[...] la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución 151 del 2 de marzo de 2001. Su artículo 1.3.3.1., que fue modificado por el artículo 1º de la Resolución 293 de 2004 [...].

[...] la norma anterior preceptúa que, entre otros supuestos, las empresas prestadoras de servicios públicos deben incluir las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 cuando celebren contratos de obra que, de no ser cumplidos, puedan tener como consecuencia necesaria y directa la interrupción del servicio público de acueducto.

En ese orden de ideas, la posibilidad de declarar la caducidad del contrato está consagrada como una cláusula excepcional en el ordinal segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el ejercicio de dicha cláusula se rige por lo establecido en el artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...].

[...] La norma anterior señala que (i) la declaratoria de caducidad se realiza por medio de acto administrativo; (ii) en este se debe terminar el contrato y ordenar su liquidación; y (iii) esta decisión es constitutiva del siniestro de incumplimiento.

[...] la Empresa de Acueducto podía declarar la caducidad del contrato. En efecto, de conformidad con lo expuesto en la Resolución [...], en el trámite del proceso contractual se justificó la inclusión de las cláusulas excepcionales [...].

Así, en la cláusula décima tercera del Contrato se estipuló que la Empresa de Acueducto podía, entre otros asuntos, aplicar la cláusula excepcional de caducidad [...].

[...] Esta estipulación debe interpretarse armónicamente con el Manual de Contratación de la entidad [...].

[...] De esta manera, la Empresa de Acueducto declaró la caducidad del Contrato, teniendo en cuenta el marco legal y contractual expuesto [...].

[...] el Gerente Jurídico de la Empresa de Acueducto rindió concepto en el que encontró “procedente que se adelante la citación al contratista para [...] la declarar la caducidad del contrato [...] e imponer al contratista las sanciones jurídicas y pecuniarias que en derecho correspondan, conforme al artículo 18 de la Ley 80 de 1993”.

Luego de llevar a cabo el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 [...], el jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la entidad profirió la Resolución [...], que declaró la caducidad del Contrato.

Esta decisión fue confirmada "en su integridad" por el mismo funcionario por medio de la Resolución [...].

**EFFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL – Interpretación del artículo 17 Ley 1150 de 2007 – Declaratoria de incumplimiento – Efectividad de la cláusula penal – Declaratoria de caducidad no implica que la entidad deba declarar nuevamente incumplimiento en decisión administrativa diferente – Declaratoria de caducidad ya en sí mismo es declaratoria de incumplimiento – Relación entre Ley 80 de 1993 artículo 18 y CAPCA artículo 99 – Ley 80 de 1993 artículo 77 – Aplicación del CPACA a actuaciones administrativas contractuales – Cobro coactivo – Basta adjuntar acto de caducidad – Obligación clara, expresa y exigible – No debe declararse caducidad y posteriormente iniciar nuevo proceso para hacer efectiva cláusula penal**

[...] el acto administrativo invocó como fundamento para hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. La Sala desestimaré la nulidad porque la normativa del Estatuto General de Contratación otorga la competencia para hacer efectivo el siniestro, lo que comprende ordenar el pago de la cláusula penal.

Como se indicó previamente, el inciso final del artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública preceptúa que la "declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento".

Las aseguradoras aseveran que esta expresión no puede ser interpretada de forma tal que otorgue la facultad de expedir actos administrativos en los que se haga efectiva unilateralmente la cláusula penal.

Así, sostienen que esa posibilidad proviene del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 [...].

En concordancia con lo expuesto, las aseguradoras aseveran que la anterior regulación consagra un poder excepcional al derecho privado diferente de las cláusulas excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, sin embargo, no es preciso, dado que la declaratoria de caducidad constituye el siniestro lo que conlleva de suyo que pueda hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria en relación con el garante. Esto es así por varios motivos:

En primer lugar, el artículo 17 de la Ley 1150 no prevé la posibilidad de imponer directamente la cláusula penal. La prerrogativa otorgada a la entidad consiste en la posibilidad de "declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato" (negritas fuera del texto). Así, el poder excepcional consiste en que, previo a hacer efectiva la cláusula penal, la entidad debe declarar el incumplimiento.

Por lo tanto, si la entidad declara la caducidad del contrato no puede declarar nuevamente el incumplimiento en una decisión administrativa diferente, pues el acto de caducidad ya es en sí mismo una declaratoria de incumplimiento. En efecto, el artículo

18 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que el acto administrativo de caducidad se puede expedir ante la presencia de un "incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización" (destacado fuera del texto).

Por lo tanto, si la entidad declaró el incumplimiento previamente en el marco de la caducidad, por sustracción de materia, no podría ejercer un poder excepcional diferente para volver a declararlo.

En segundo lugar, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 debe interpretarse armónicamente con el numeral 3 del artículo 99 del CPACA [...].

[...] La disposición citada es aplicable en el sub iudice, porque el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que cuando "la inclusión sea forzosa [de cláusulas excepcionales], todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993". En ese sentido, como se trata de estudiar los alcances del acto administrativo de caducidad, es preciso tener en cuenta que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 remite a la regulación del CPACA.

Como se puede observar, el artículo 99 prevé que prestan mérito ejecutivo (i) el contrato o los documentos en los que están las garantías, (ii) cuando estén acompañados de un acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad.

En relación con el segundo supuesto, es preciso destacar que el legislador no exige que se aporten dos actos diferentes: bien puede que la entidad haya expedido la caducidad, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o es válido que se haya declarado el incumplimiento con miras a hacer efectiva la cláusula penal, en los términos del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Así, en la expresión "junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad", el vocablo "o" cumple funciones disyuntivas, y no copulativas. Una lectura contraria conllevaría que las entidades regidas por la Ley 80 deban siempre declarar conjuntamente la caducidad de los contratos con el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal. Así, esta segunda facultad sería inane pues siempre requeriría que se declare la caducidad del contrato.

Esto es fundamental porque, para iniciar el cobro coactivo, basta con adjuntar el acto de caducidad, lo que demuestra que la entidad puede fijar el monto de los perjuicios y constituir una obligación clara, expresa y exigible.

En tercer lugar, carecería de sentido que, luego de declarar la caducidad, que ha sido considerada por la jurisprudencia con la medida "más drástica que el contratante le puede imponer a su contratista", la entidad estatal deba iniciar una nueva actuación ante el juez del contrato o ante sí misma para hacer efectiva la cláusula penal.

**RECLAMACIÓN ANTE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS – Código de Comercio artículos 1075, 1077 y 1080 – Derecho privado – Presentar reclamación ante la aseguradora – Demostración de ocurrencia del siniestro y cuantía del daño – Ley 80 de 1993 - Acto administrativo que declare la caducidad es constitutivo de siniestro - No requiere trámite ante aseguradora – Acto administrativo hace efectiva la garantía – Vinculación en la actuación administrativa a la aseguradora**

Los artículos 1075, 1077 y 1080 del Código de Comercio regulan cómo deben efectuarse las reclamaciones a las aseguradoras en el marco del derecho privado [...].

Esta normativa prevé que, en derecho privado, se debe presentar una reclamación ante la aseguradora. En dicha reclamación ha de demostrarse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño. La aseguradora deberá pagar el monto asegurado dentro del mes siguiente a que se radique la reclamación que cumpla con la anterior carga probatoria. De no hacerlo, se causan intereses moratorios a una tasa equivalente al interés bancario corriente aumentado en la mitad.

El legislador de la Ley 80 de 1993 era consciente de esa regulación del Código de Comercio. Por esto, expresamente determinó que el acto administrativo que declare la caducidad es constitutivo de siniestro: en este supuesto, las entidades estatales no deben agotar el trámite ante la aseguradora, sino que el mismo acto administrativo hace efectiva la garantía, lo cual incluye necesariamente tener en cuenta la tasación de perjuicios establecida en las cláusulas penales pactadas.

Esto es así, además, porque la entidad estatal debe vincular a la aseguradora dentro de la actuación administrativa previa a la expedición del acto administrativo de caducidad. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 [...].

[...] Cabe indicar que este procedimiento es aplicable pues, como se explicó previamente, la declaratoria de caducidad está precedida de la constatación por parte de la entidad estatal del "incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista", tal como lo establece el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, no tendría un sentido útil que la norma exija vincular a la aseguradora para declarar la caducidad y, luego, la entidad deba nuevamente realizar un procedimiento judicial para poder hacer efectiva la cláusula penal con miras a hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato.

Establecido lo anterior, cabe advertir que las aseguradoras recurrentes aseveraron que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no puede ser el fundamento de la competencia administrativa para hacer efectiva la cláusula penal, porque simplemente regula un procedimiento administrativo. La Sala destaca que el razonamiento expuesto en esta providencia no plantea que la competencia provenga de dicho artículo. Simplemente, se advierte que esta norma permite constatar que las aseguradoras deben vincularse en el trámite previo a la adopción de la decisión administrativa de caducidad.

**ACTO CONSTITUTIVO DE SINIESTRO Y ACTO DECLARATIVO – Diferencias – Acto constitutivo de siniestro – Declaratoria de caducidad – El acto es el siniestro mismo – Acto declarativo – Permite demostrar la ocurrencia del siniestro – Agotamiento del trámite de reclamación previsto en el Código de Comercio – Cuantificación del perjuicio – Efectividad de la garantía**

[...] En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia de esta corporación ha diferenciado entre los actos constitutivos del siniestro y los declarativos. En el primer evento, que se presenta cuando se declara la caducidad del contrato, el acto es el siniestro mismo y, por ende, hace efectiva la garantía lo cual conlleva tasar el perjuicio. En el segundo evento, el acto simplemente permite demostrar la ocurrencia del siniestro, pero es preciso agotar el trámite de reclamación previsto en el Código de Comercio [...].

De acuerdo con lo expuesto, en ausencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2011 [sic], la jurisprudencia de manera uniforme ha interpretado que la decisión de declarar la caducidad del contrato es constitutiva del siniestro de incumplimiento y, por ende, permite a la entidad cuantificar el perjuicio con miras a hacer efectiva la garantía.

De esta manera, el Consejo de Estado apoyó al sector de la doctrina que, en los primeros días de expedición de la Ley 80, entendió que el acto de declaratoria de caducidad conllevaba de suyo poder estimar los perjuicios para efectos de hacer efectiva la garantía [...].

[...] Estas mismas conclusiones son aplicables entonces a la facultad que tienen las empresas de servicios públicos domiciliarios de imponer la cláusula penal en el acto mediante el cual declaran la caducidad.

[...] la Empresa de Acueducto sí tenía competencia para hacer efectiva la cláusula penal respecto del garante. Lo anterior, habida cuenta de que, con base en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, expidió un acto administrativo en el que declaró la caducidad del contrato.

### **PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL – Código de Comercio artículo 867 – Proporcionalidad de la cláusula penal solo es aplicable cuando las partes no la regulen en contra de la reducción – Renuncia de la proporcionalidad por parte de aseguradoras – Contrato de seguro – Contrato autónomo**

El artículo 867 del Código de Comercio señala lo siguiente en torno a la reducción de la cláusula penal [...].

Conforme la norma anterior, el juez puede reducir equitativamente el monto de la cláusula penal cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que puede pactarse en contra de la reducción proporcional. Así las cosas, la regulación del artículo 867 del Código de Comercio es aplicable cuando las partes no se regulen en contra de la reducción proporcional de la cláusula penal.

[...] De acuerdo con los documentos citados, es claro que el numeral 1.1.4. de las condiciones generales del contrato de seguro establecía, en concordancia con el artículo 867 del Código de Comercio, que la cláusula penal debía rebajarse en proporción al cumplimiento de las obligaciones del contrato de obra recibidas por la Empresa de Acueducto. Sin embargo, para cumplir la previsión del párrafo 3 de la cláusula novena del contrato de obra, en la póliza otorgada expresamente se indicó que las aseguradoras renunciaron a la "cláusula de proporcionalidad", por lo que es claro que la Empresa de Acueducto podía hacer efectiva la totalidad del valor previsto en la cláusula penal.

[...] No obstante, como se indicó previamente, estas admiten pacto en contrario. De hecho, ello ocurre, por ejemplo, cuando se pacta que la pena se impone ante el incumplimiento total o parcial de la obligación [...].

[...] Es indudable que el artículo 1088 del Código de Comercio prevé que "los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento". También es cierto que el artículo 1089 del mismo código señala que la "indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en

el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario". De los artículos citados, sin embargo, no se deduce que deba realizarse una reducción de la cláusula penal, que es lo discutido en este caso.

Adicionalmente, esas normas justamente permiten ver que, aunque el contrato de seguro es accesorio al asegurado, es autónomo de él. Al respecto, esta Subsección ha señalado que "si bien el contrato de seguro de cumplimiento está íntimamente ligado con el contrato garantizado, constituye un negocio jurídico autónomo<sup>89</sup>". Por lo anterior, la discusión de si la reducción de la cláusula penal era aplicable al contratista de obra no es pertinente, pues se reitera que las aseguradoras expresamente renunciaron a ella.

[...] la Sala estima que no era menester reducir la cláusula penal pues las aseguradoras expresamente renunciaron a esa posibilidad en [...] de la póliza de seguros [...].

### **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Violación del derecho de audiencia y de defensa – Alcance – No acreditación de la nulidad**

[...] la causal de nulidad de violación del derecho de audiencia de defensa se presenta cuando hay (i) un yerro sustancial, de forma tal que de no cometerse hubiera cambiado el sentido de la decisión administrativa; y (ii) cuando se cercenan las prerrogativas fundamentales de defensa del sujeto vinculado a la actuación administrativa, lo cual ocurre, entre otros casos, cuando no se le notifica la actuación administrativa o cuando se le elimina la posibilidad de presentar descargos o allegar pruebas.

En el caso concreto, las aseguradoras no probaron que se presentara ninguno de los dos tipos de vicios. Por una parte, no acreditó que, de haberse dado traslado de las pruebas que acreditaban el embargo, hubiera variado la decisión de no compensar los saldos del contratista.

Por la otra parte, los demandantes tampoco demostraron que no se les hubiera notificado de la actuación administrativa o que se les hubiera negado la posibilidad de presentar descargos y pruebas. Todo lo contrario, en el expediente se acreditó que las aseguradoras fueron citadas a la audiencia, presentaron descargos y en desarrollo de estos aportaron pruebas.



Expediente: 25000-23-36-000-2022-00131-01 (72359)  
Demandantes: Seguros del Estado S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.

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

**Magistrado ponente: DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veintiséis (2026)

**Medio de control:** Controversias contractuales  
**Radicación:** 25000-23-36-000-2022-00131-01 (72359)  
**Demandantes:** Seguros del Estado S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.  
**Demandado:** Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de julio de 2024 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda. La Sala es competente para proferir esta providencia, de acuerdo con el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante “CPACA”, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia proferida por un tribunal administrativo<sup>1</sup>, el cual conoció el proceso en primera instancia en razón a la naturaleza del asunto y a que la cuantía superó los quinientos salarios mínimos mensuales legales<sup>2</sup>.

### SÍNTESIS<sup>3</sup>

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (en adelante, la “Empresa de Acueducto”) celebró un contrato de obra con el Consorcio Epic PTFW (en adelante, el “consorcio contratista”), con el objeto de ampliar la planta de tratamiento de agua Francisco Wiesner. El incumplimiento del contrato fue amparado con la póliza No. 11-45-101073244, expedida por Zurich Colombia Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A., como coaseguradores (en adelante, las “aseguradoras”). Por medio de las Resoluciones 834 y 890 de 2021, la Empresa de Acueducto declaró la caducidad del

<sup>1</sup> “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...).”

<sup>2</sup> El numeral 4 del artículo 152 del CPACA, modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021, establece que los tribunales administrativos conocen de los procesos “relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes (...) y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”. En el presente caso, la cuantía fue estimada “en la suma aproximada de once mil quinientos setenta y dos millones novecientos cincuenta y ocho mil novecientos cincuenta y cinco pesos m/cte (\$11.572.195.896,00)” (folio 89 – archivo 28\_250002336000202200131007RECIBEMEMORIAL20220613160057 – índice 12 del Samai del Tribunal).

Por su parte, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. es una entidad pública, pues su capital es ciento por ciento (100%) público, dado que tiene la naturaleza de una empresa industrial y comercial del Estado, de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 6 de 1995 expedido por el Concejo de Bogotá. El mencionado acto está publicado en la página web de la entidad (disponible en: [https://www.acueducto.com.co/wps/wcm/connect/EAB2/5d1ccf6f-4bfc-4646-885f-43c1f6ee0416/Acuerto\\_06\\_de\\_1995.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18\\_K862HG82NO\\_TF70QEKDBLFL3000-5d1ccf6f-4bfc-4646-885f-43c1f6ee0416-n1ZDf2B](https://www.acueducto.com.co/wps/wcm/connect/EAB2/5d1ccf6f-4bfc-4646-885f-43c1f6ee0416/Acuerto_06_de_1995.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_K862HG82NO_TF70QEKDBLFL3000-5d1ccf6f-4bfc-4646-885f-43c1f6ee0416-n1ZDf2B)). Asimismo, el contrato incluyó cláusulas excepcionales como se indicará posteriormente.

<sup>3</sup> Tema: controversias contractuales – nulidad de los actos administrativos contractuales – imposición unilateral de cláusula penal – reducción proporcional de la cláusula penal – compensación.



contrato y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal. Las aseguradoras solicitan que se declare la nulidad de las anteriores resoluciones porque (i) la Empresa de Acueducto no tenía competencia para hacer efectiva la cláusula penal, (ii) ésta debió ser reducida proporcionalmente y (iii) se vulneró el debido proceso administrativo en el momento de negar la compensación de las sumas que la entidad le adeudaba al consorcio contratista. La Sala confirma la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, porque (i) la entidad tenía competencia para hacer efectiva la cláusula penal en el acto administrativo que declaró la caducidad, (ii) las aseguradoras expresamente renunciaron a la reducción proporcional de la cláusula penal y (iii) no se demostró que las sumas del consorcio contratista debían ser compensadas.

## I. ANTECEDENTES

### A. Posición de la parte demandante

1. El 14 de marzo de 2022, las aseguradoras presentaron una demanda, en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales, en contra de la Empresa de Acueducto<sup>4</sup>. El 13 de junio de 2022, la demanda fue reformada de manera tal que se elevaron las siguientes pretensiones<sup>5</sup>:

1. *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0834 del 15 de septiembre de 2021.*
2. *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0890 del 30 de septiembre de 2021.*
3. *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, se declare, a título de restablecimiento del derecho, que las sociedades demandantes no tienen ni tenían obligación de pago alguna para con la entidad demandada, con base en cualquiera de las resoluciones arriba referenciadas.*
4. *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a devolver a las demandantes cualquier suma de dinero que éstas hubiesen llegado a pagar, o que le hubieren embargado, en cumplimiento de cualquiera de las resoluciones arriba referenciadas.*
5. *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer a las demandantes, el valor correspondiente a la indexación de las sumas a las que hace referencia la anterior pretensión; indexación calculada desde la fecha en que el(los) pago(s) se realizaron por parte de las accionantes, o se realizaron los embargos; hasta la fecha en que, efectivamente, la entidad demandada cancele las sumas a la que hace mención la pretensión anterior.*
6. *Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia, en los términos de los arts. 190, 192 y 195 del CPACA; con el debido reconocimiento y pago de los intereses a los que haya lugar.*
7. *Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada (art. 1886 CPACA)<sup>6</sup>.*

2. Las pretensiones de la demanda se sustentan, en síntesis, en las siguientes afirmaciones:

<sup>4</sup> Archivo 2\_250002336000202200131001REPARTOYRADIC20220314160214 - índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>5</sup> Índice 12 del Samai del tribunal.

<sup>6</sup> Folios 4 y 5 del archivo 28\_250002336000202200131007RECIBEMEMORIAL20220613160057 – índice 12 del Samai del tribunal. Se aclara que las pretensiones no fueron variadas sustancialmente, pues las aseguradoras simplemente eliminaron la expresión “en todo lo que sea desfavorable a las sociedades demandantes” que obraba en las pretensiones 1 y 2.



2.1. El 22 de diciembre de 2017, la Empresa de Acueducto y el consorcio contratista celebraron el contrato de obra número 1-01-25300-01140-2017 (en adelante, el “Contrato”), cuyo objeto consistió en “ejecutar (...) los ajustes, actualización y complementación de diseños y la construcción, suministros, montajes de los equipos y puesta en marcha de la ampliación de las unidades de filtración de la planta de tratamiento Francisco Wiesner y obras complementarias”<sup>7</sup>.

2.1.1. En la cláusula décima tercera del Contrato se incluyeron las cláusulas excepcionales. Así, se pactó que la Empresa de Acueducto podría “aplicar las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral y de caducidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución No. 151 de 2001, expedida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, o las normas que las sustituyan”.

2.1.2. Igualmente, en el Contrato se estipuló la siguiente cláusula penal:

*CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- PENAL PECUNIARIA Y EXIGIBILIDAD DE LAS GARANTIAS: En caso de incumplimiento grave o definitivo del contrato se causará a cargo del CONTRATISTA una pena pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen a la EAB ESP. El pago de la penal pecuniaria no exime al CONTRATISTA del cumplimiento de la obligación principal. En todo caso esta cláusula se sujetará a lo establecido en el artículo 46 de la Resolución No. 0798 del 13 de septiembre de 2016 "Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la EAB-ESP". PARÁGRAFO PRIMERO. La liquidación de daños que se establece en esta Cláusula no implica ninguna renuncia con respecto al resarcimiento total de los daños infligidos a las mismas por cualquier incumplimiento del Contrato por parte del CONTRATISTA. Por consiguiente la EAB ESP conservará el derecho a demandar del CONTRATISTA el pago de los perjuicios adicionales -debidamente demostrados- ocasionados por los perjuicios debidamente demostrados que se ocasionen por incumplimientos del presente Contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO. Las sumas que por concepto de liquidación de daños relacionadas con los eventos mencionados en esta Cláusula, podrán ser compensadas de cualquier desembolso pendiente en virtud del presente Contrato a cargo de la EAB ESP. Si no hubiere desembolsos pendientes para compensar, y en caso de no contar en éste con los recursos suficientes que las cubran, las sumas deberán ser pagadas por el CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de la factura por parte de la EAB ESP. Para efectos de la aplicación de esta Cláusula, el CONTRATISTA reconoce y acepta que no será necesario procedimiento ni requerimiento alguno para constituirlo en mora. En todo caso, las sumas por concepto de multas y daños liquidados deberán estar cubiertas por la garantía de cumplimiento que se exige en el presente Contrato<sup>8</sup> (mayúsculas sostenidas dentro del texto).*

2.2. El cumplimiento del Contrato fue amparado por la póliza de seguros 11-45-101073244, otorgada por Seguros del Estado S.A. en coaseguro con Zurich Colombia Seguros S.A.

2.3. El 15 de septiembre de 2021, el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la Empresa de Acueducto expidió la Resolución 834 “por la cual se decide en audiencia el

<sup>7</sup> Folio 1 – archivo Contrato de obra No. 1-01-25300-01140-2017 – índice 1 del Samai del tribunal. El texto original tiene mayúsculas sostenidas.

<sup>8</sup> Archivo Contrato de obra No. 1-01-25300-01140-2017 – índice 1 del Samai del tribunal.



procedimiento administrativo sancionatorio respecto de las obligaciones del Contrato”. En este acto administrativo, la entidad resolvió (i) declarar la caducidad, (ii) declarar que se configuró el siniestro de incumplimiento, (iii) hacer efectiva la cláusula penal y (iv) ordenar al contratista y a las aseguradoras pagarla. En ese sentido, la parte resolutive del acto señala lo siguiente:

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento y la caducidad del Contrato de Obra No. 1-01-25300-01140-2017 cuyo objeto es “Ejecutar bajo su total responsabilidad y expertiz profesional: Los ajustes, actualización y complementación de diseños y la construcción, suministro, montaje de los equipos y puesta en marcha de la ampliación de las unidades de filtración de la planta de tratamiento Francisco Wiesner y obras complementarias” celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y el CONSORCIO EPIC PTFW, Identificado con NIT 901.140.738-5, integrado por las sociedades: PROYECTOS DE INGENIERIA Y SERVICIOS PARA EL MEDIO AMBIENTE SAS, PRISMA LTDA identificada con NIT No. 900-264.234-4, con el 30% de participación y domicilio en la ciudad de Bogotá, conforme al certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá; ECMAN ENGENHARIA - SUCURSAL EN COLOMBIA, identificada con NIT No. 901.095.034-6 con el 45% de participación y domicilio en la ciudad de Bogotá, conforme al certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá; e INGECOL S.A. identificada con NIT no. 804.017.671-3, con el 25% de participación y domicilio en la ciudad de Bucaramanga, conforme al certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Dar por terminado el contrato de Obra No 1-01-25300-01140-2017 cuyo objeto es (...).*

*ARTÍCULO TERCERO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, riesgo asegurado por el amparo de cumplimiento de la póliza de seguro de cumplimiento particular 11-45-101073244 otorgada en coaseguro por las compañías Seguros del Estado, identificada con NIT 860.009.578-6, en un porcentaje del 49,16% y Zurich Colombia Seguros S.A., identificada con NIT 860.002.534-0, en un porcentaje del 50.84%, mediante la cual se aseguró al Consorcio EPIC PTFW.*

*ARTÍCULO CUARTO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del Contrato de Obra No 1-01-25300-01140-2017, según lo estipulado en su cláusula 12° y lo señalado en la parte motiva del presente acto administrativo. El valor de la misma, será liquidado de conformidad con la TRM, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia a la fecha de ejecutoria de la presente decisión.*

*El contratista y sus garantes deberán proceder a cancelar esta suma de dinero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y lo pactado en la cláusula 12° del contrato, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que la Empresa les haga entrega de la respectiva factura.*

2.4. Las aseguradoras presentaron recurso de reposición contra la decisión anterior. La Empresa de Acueducto, sin embargo, la confirmó por medio de la Resolución 890 del 30 de septiembre de 2021.

2.5. Las aseguradoras aseveran que las Resoluciones 834 y 890 de 2021 son nulas por tres motivos:

2.5.1. La Empresa de Acueducto no tenía competencia para imponer unilateralmente el valor de la cláusula penal, lo que hace que el acto administrativo se expidiera desconociendo las normas superiores, con falsa motivación y falta de competencia. En efecto, la Empresa de Acueducto sólo podía hacer uso de las cláusulas excepcionales



previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, por ende, podía declarar la caducidad del Contrato. Sin embargo, no podía hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal, pues esta es una facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y no puede ser utilizada por las empresas de servicio público domiciliario.

2.5.2. La Empresa de Acueducto no redujo proporcionalmente la cláusula penal, lo cual constituye una falsa motivación y desconocimiento de norma superior. Esto, por cuanto los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio señalan que la cláusula debe ser reducida proporcionalmente de acuerdo con el grado de ejecución contractual. En el presente asunto, la cláusula penal debió ser reducida, pues el avance físico de la obra ascendió al cuarenta coma setenta y tres por ciento (40,73%), como lo certificó la interventoría del Contrato.

2.5.3. La Empresa de Acueducto no compensó los saldos que le adeudaba al contratista, lo que implicó un desconocimiento de la norma superior, falsa motivación y desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. El párrafo segundo de la cláusula penal pactada, en concordancia con el artículo 1088 del Código de Comercio, imponía que se compensaran los saldos que la entidad demandada le adeudaba al consorcio. La entidad no realizó la compensación porque adujo la existencia de unos embargos de los saldos existentes, sin embargo, nunca permitió a las aseguradoras ejercer la contradicción de las pruebas que acreditaban esos embargos.

## **B. Posición de la parte demandada**

3. La Empresa de Acueducto contestó oportunamente la demanda<sup>9</sup> y la demanda de reconvencción<sup>10</sup>, de forma tal que se opuso a la prosperidad de las pretensiones<sup>11</sup>. Aunque solo adujo la excepción innominada, de acuerdo con la cual el juez debe declarar cualquiera que encuentre probada, planteó cuatro argumentos de defensa:

3.1. En primer lugar, las aseguradoras realizaron una indebida interpretación de las normas de competencia, pues la Empresa de Acueducto podía hacer uso de las cláusulas excepcionales, en virtud del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001. En ese sentido, la entidad simplemente hizo uso de la cláusula excepcional de caducidad, la cual, en virtud del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es “constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

3.1.1. En este contexto, la “consecuencia obligada” de la declaratoria de caducidad del Contrato “no era otra que la efectividad de” la cláusula penal<sup>12</sup>, razón por la cual no es preciso indicar que se ejerció la facultad excepcional prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

3.1.2. En ese sentido, se debe precisar que la entidad declaró la caducidad del contrato con base en la normativa de la Ley 80 de 1993. Esto tiene como consecuencia que se

<sup>9</sup> Índice 8 del Samai del tribunal.

<sup>10</sup> Índice 18 del Samai del tribunal.

<sup>11</sup> Folios 211 a 238 del cuaderno 1.

<sup>12</sup> Folio 24 – archivo 32\_250002336000202200131002RECIBEMEMORIAL20221020155656 – índice 18 del Samai del tribunal.



deba observar el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, norma señala que la entidad estatal debe hacer efectiva la garantía por “medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro”.

3.1.3. En todo caso, la efectividad de la cláusula penal no es “nada diferente a que las partes estipulen el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que en la práctica se traduce en que su voluntad se encamine a determinar preventivamente el daño resarcible”<sup>13</sup>. De esta manera, la cláusula penal es simplemente una estipulación probatoria, por lo que su imposición no fue realizada en el ejercicio de una facultad excepcional, sino es la simple materialización de una tasación anticipada de perjuicios pactada por las partes del Contrato en el marco de la autonomía de la voluntad.

3.2. En segundo lugar, no procede la aplicación del principio de proporcionalidad, pues en la nota 9 de la póliza los garantes renunciaron “a la aplicación de la cláusula de proporcionalidad”. Así, con el cargo de nulidad, las aseguradoras desconocen el principio del derecho *venire contra factum proprium non valet*, en tanto que la renuncia ocurrió de manera libre y voluntaria, de suerte que las aseguradoras no pueden ir en contra de sus propios actos.

3.2.1. Ahora bien, en el caso en que se considere que es aplicable la proporcionalidad, la obligación era indivisible, pues con los avances de obra no se logró la optimización de la planta de tratamiento Francisco Wiesner, con lo que no se satisfizo la necesidad de la Empresa de Acueducto.

3.2.2. Igualmente, en el evento en que se pretenda aplicar la proporcionalidad, debe tenerse en cuenta que la función de la cláusula penal era la estimación anticipada de perjuicios. Así, el grado de cumplimiento del contrato es irrelevante, pues el consorcio contratista abandonó las obras, por lo que se le causó un perjuicio mayor al monto tasado.

3.3. En tercer lugar, era imposible compensar los saldos a favor del contratista, pues el artículo 1720 del Código Civil determina que “embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo”.

3.3.1. La Empresa de Acueducto simplemente cumplió las órdenes judiciales de embargo emitidas por los Juzgados 6º, 37 y 55 Civil del Circuito de Bogotá. Por este motivo, lo único que procedía era “informar a los interesados sobre la imposibilidad de practicar las compensaciones por la notificación de los embargos”<sup>14</sup>.

3.3.2. Además, la Empresa de Acueducto dio cabal cumplimiento a las garantías

<sup>13</sup> Folio 25 – archivo 32\_250002336000202200131002RECIBEMEMORIAL20221020155656 – índice 18 del Samai del tribunal.

<sup>14</sup> Folio 40 – archivo 32\_250002336000202200131002RECIBEMEMORIAL20221020155656 – índice 18 del Samai del tribunal.



propias del debido proceso constitucional: (i) se dio la oportunidad de rendir descargos, (ii) solicitar pruebas y (iii) presentar alegatos. En todo caso, el debido proceso contractual “no debe ser entendido como la necesidad de adelantar una actuación con formación de un expediente como si fuera un proceso penal o disciplinario”<sup>15</sup>.

3.4. En cuarto y último lugar, las resoluciones 0834 y 0890 de 2021 no adolecen de falsa motivación. Por un lado, en relación con la justificación fáctica, los hechos sobre el grave incumplimiento del consorcio contratista fueron ciertos. Por el otro lado, en torno a la fundamentación jurídica, el acto se basó en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1993, el artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así como las cláusulas octava, décima primera y décima octava del Contrato.

### C. La sentencia apelada

4. El 26 de julio de 2024, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones y condenó a la parte demandante a pagar costas, así<sup>16</sup>:

**PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS** de esta instancia a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$385.739.863, a favor de la parte demandada (negritas dentro del texto).

5. Luego de exponer en extenso los hechos probados, el tribunal desestimó los cargos de nulidad elevados en la demanda de la siguiente manera:

5.1. Por una parte, no se configuró la “falta de competencia” para expedir las resoluciones demandadas, por dos motivos:

5.1.1. En el asunto bajo examen era posible pactar cláusulas excepcionales, en virtud del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001. En ese sentido, fue válido que la entidad expidiera el acto administrativo que declaró la caducidad del Contrato.

5.1.2. Asimismo, la Empresa de Acueducto tenía la facultad de expedir un acto administrativo que declarara el siniestro, de conformidad con lo previsto en el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007<sup>17</sup>.

5.2. Por otra parte, no se configuró la “falsa motivación”, por tres razones:

<sup>15</sup> Folio 42 – archivo 32\_250002336000202200131002RECIBEMEMORIAL20221020155656 – índice 18 del Samai del tribunal.

<sup>16</sup> Índice 47 del Samai del tribunal.

<sup>17</sup> “Artículo 7º. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

(...)

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”.



5.2.1. En un acápite denominado “efectividad de la cláusula penal como consecuencia de la caducidad”, el tribunal sostuvo que el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 “estableció la obligación de los contratistas de otorgar la garantía única para garantizar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones [y en] caso de acaecimiento del siniestro, este será comunicado por la entidad pública del acto administrativo que lo declare”<sup>18</sup>. Adicionalmente, señaló que el seguro de cumplimiento busca “indemnizar el daño o perjuicio causado con el incumplimiento”<sup>19</sup>. De estas dos premisas, concluyó que “al no acreditarse la falsa motivación en el sentido de acreditar (sic) que si (sic) se cumplió con las garantías pactadas en el contrato de obra y en el contrato de seguro esta causal de nulidad no prospera”<sup>20</sup>.

5.2.2. No había lugar a reducir proporcionalmente la cláusula penal, porque las aseguradoras renunciaron a ello. En todo caso, los perjuicios fueron mayores al monto previsto en dicha cláusula, por lo que era viable hacer efectiva la totalidad de la suma pactada.

5.2.3. Las entidades no podían hacer compensación de los saldos a favor del contratista, pues existían órdenes de embargo emitidas por despachos judiciales en el marco de tres procesos ejecutivos. Por ende “fue conocido y puesto en conocimiento de la aseguradora en las audiencias (...) que, pese a que la compensación opera por ministerio de la ley, la EAAB no lo podía efectuar por las órdenes judiciales en contra del consorcio”.

5.3. La Sala condenó a costas, en la medida en que la parte demandante resultó vencida. Tasó las agencias en derecho en el tres por ciento (3%) del valor pretendido, lo que ascendió a la suma de trescientos ochenta y cinco millones setecientos treinta y nueve mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$385.739.863).

## **D. El recurso de apelación**

6. Dentro del término legal, la parte actora presentó recurso de apelación para que se revocara la decisión. Para ello, insistió en los cargos de nulidad y solicitó que se revocara la condena en costas, de la siguiente manera<sup>21</sup>:

7. Primero, las aseguradoras aseguraron que demostraron violación de “norma superior, falsa motivación y falta de competencia” por el hecho de que la Empresa de Acueducto haya impuesto unilateralmente el valor de la cláusula penal, pues no existía fundamento normativo o contractual para hacerlo:

7.1. Por una parte, no existe fundamento normativo para hacer efectiva la cláusula penal. En efecto, el tribunal, en realidad, no estudió este cargo porque las aseguradoras no discutieron en la demanda la competencia que tenía la entidad demandada para expedir el acto administrativo de caducidad. En realidad, se alegó

<sup>18</sup> Folio 39 - índice 47 del Samai del tribunal.

<sup>19</sup> Folio 40 - índice 47 del Samai del tribunal.

<sup>20</sup> Folio 40 - índice 47 del Samai del tribunal.

<sup>21</sup> Índice 50 del Samai del tribunal.

Las aseguradoras también indicaron que, en caso de declarar la nulidad del acto, el perjuicio está demostrado, pues la Empresa de Acueducto aportó las pruebas del pago realizado por las demandantes.



que la Empresa de Acueducto no “se podía basar ni en el art. 17 de la Ley 1150 (erróneamente referido como el art. 7 en la sentencia de primera instancia) para imponer la cláusula penal, ni en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011”.

7.1.1. La posibilidad de declarar la caducidad no permitía imponer unilateralmente la cláusula penal, pese a que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establezca que la “declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”. Lo anterior en la medida en que el fundamento legal de dichos actos administrativos está en normas diferentes: la caducidad, en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993; la imposición de la cláusula penal unilateralmente, en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

7.1.2. Así, las normas están diferenciadas en el tiempo, de forma tal que si la caducidad permitía imponer la cláusula penal, no hubiera sido necesario realizar la reforma incluida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Por ello, solo las entidades regidas por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública pueden declarar la caducidad del contrato y hacer efectiva la cláusula penal en un acto administrativo.

7.1.3. Además, se debe descartar que la posibilidad de que la competencia provenga del artículo 86 de la Ley 1474 de 2014, del Decreto 1082 de 2015 o de las condiciones generales de la póliza de seguro:

7.1.3.1. Tampoco pensarse que la competencia proviene del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues esta norma simplemente incorpora un procedimiento administrativo, por lo que este podía ser utilizado para declarar la caducidad, pero no para hacer efectiva la cláusula penal de manera unilateral. Lo anterior ha sido reconocido en el laudo arbitral proferido el 10 de noviembre de 2021, en un asunto en el que la Empresa de Acueducto tuvo que acudir al juez del contrato para que reconociera la cláusula penal.

7.1.3.2. El 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 no resulta aplicable, pues esa norma reglamentaria no le puede crear una competencia pública a una entidad regida por derecho privado. Lo mismo resulta predicable de las condiciones generales del contrato de seguro, pues las potestades excepcionales deben tener su origen en la ley, y no en “instrumentos (principio de legalidad de la función pública)”.

7.1.4. Tan claro es lo anterior que el Contrato y el acto de delegación del representante legal de la Empresa de Acueducto al Jefe de la Oficina de Asesoría Legal sólo establecían la posibilidad de aplicar “cláusulas excepcionales”, y no otros poderes excepcionales.

7.1.5. La parte actora precisó que no puede aplicarse jurisprudencia de entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por ello, afirmó que su postura cuenta respaldo en cuatro providencias del Consejo de Estado, a saber: (i) la sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 39113<sup>22</sup>; (ii) la

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, radicación: 05001-23-31-000-1999-03876 (39113), CP Stella Conto Díaz del Castillo.



sentencia del 20 de abril de 2014, expediente 45310<sup>23</sup>; (iii) la sentencia del 19 de junio de 2019, expediente 39800<sup>24</sup>; y (iv) la sentencia del 29 de noviembre de 2019, expediente 36600<sup>25</sup>.

7.2. Por otra parte, la Empresa de Acueducto ha sostenido que no ejerció un poder excepcional, sino que simplemente aplicó la cláusula penal en el marco de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, ello no es cierto porque la Resolución 834 de 2021 resolvió lo siguiente en su artículo cuarto:

*ARTÍCULO CUARTO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del Contrato de Obra No 1 - 01 - 25300- 01140-2017, según lo estipulado en su cláusula 12° y lo señalado en la parte motiva del presente acto administrativo. El valor de la misma, será liquidado de conformidad con la TRM, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia a la fecha de ejecutoria de la presente decisión.*

*El contratista y sus garantes deberán proceder a cancelar esta suma de dinero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y lo pactado en la cláusula 12° del contrato, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que la Empresa les haga entrega de la respectiva factura.*

7.3. En todo caso, si se acudía a lo pactado entre las partes, es claro que la entidad no podía hacer efectiva la cláusula penal, sino que debía acudir a la autoridad judicial para poder cobrarla.

8. Segundo, se acreditó que las resoluciones demandadas violaron una norma superior y adolecen de falsa motivación, pues la Empresa de Acueducto no redujo proporcionalmente la cláusula penal:

8.1. Es cierto que el Consejo de Estado, ha indicado que, según el pacto, no siempre es procedente la reducción proporcional de la cláusula penal. Sin embargo, en el presente caso, en la cláusula del Contrato no se pactó en contra de la reducción proporcional prevista en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. El tribunal, entonces, confundió la renuncia a la aplicación de la cláusula de proporcionalidad con la reducción proporcional del pago de la cláusula penal<sup>26</sup>. Al respecto, las aseguradoras indicaron lo siguiente:

*(...) cuando las coaseguradoras renunciaron a la cláusula de proporcionalidad, en realidad resignaron la posibilidad de que el valor de la suma asegurada del amparo de cumplimiento se aminorara a medida que se iba cumpliendo el objeto del contrato. En otras palabras, las coaseguradoras aceptaron que no tuviera lugar el siguiente*

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 20 de febrero de 2014, radicación: 68001-23-31-000-2010-00262-01 (45310), CP Ramiro Pazos Zambrano.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, radicación: 85001-23-31-001-2008-00076-01 (39800), CP Alberto Montaña Plata.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 2019, expediente 11001-03-26-000-2009-00034-00(36600)A, CP María Adriana Marín.

<sup>26</sup> El recurrente señala que el contrato se rige por el derecho privado, pero su conclusión no varía incluso si se considerara que el contrato se regía por el derecho pública. En ese sentido, reconoció que la reducción proporcional es aplicada incluso en contratos regidos por la Ley 80, a pesar de que el artículo 2.2.1.2.3.2.4. del Decreto 1082 de 2015, el cual establece que es inaplicable la cláusula de proporcionalidad, así: "Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno".



*escenario: que si, por ejemplo, el Contrato de obra se cumplió en un sesenta por ciento (60%), automáticamente la suma máxima asegurada del amparo de cumplimiento se contrajera en la misma proporción, hubiera o no siniestro. Empero, ello no significa, como lo entendió erradamente la EAAB y el Tribunal, que se deban dejar de aplicar las normas civiles (art. 1596 CC) y comerciales (art. 867 CCo) que estipulan la reducción de la cuantía de la cláusula penal (no del valor asegurado del amparo de cumplimiento), acorde al grado prestacional de cumplimiento del Contrato de obra; manteniéndose íntegros los valores tope asegurados de la póliza.*

*Es decir, la dejación sin efectos de la cláusula de proporcionalidad conlleva a que, por ejemplo, un valor asegurado del amparo de cumplimiento de \$10.000.000.000 no se altere a medida que el contratista va cumpliendo. Otra cosa distinta es que, al momento de graduar la cláusula penal, en la cuantificación se deba ver reflejado el porcentaje de avance aceptado por la contratante; ya que así lo imponen las normas legales que regulan la materia.*

*Esto último se explica en razón a que el seguro de cumplimiento es, primero, una garantía, y segundo, que opera como mecanismo de mera indemnización (art. 1088 CCo). Estas dos características implican que la obligación indemnizatoria del garante, en los estrictos y precisos términos de la garantía, no pueda ser nunca superior a la entidad del perjuicio patrimonial causado por el contratista afianzado (...). Si el contratista afianzado puede verse beneficiado por la reducción proporcional de la cláusula penal, no tiene ningún sentido resarcitorio que el garante sí deba responder por la totalidad de dicha cláusula.<sup>27</sup>.*

8.2. Así las cosas, los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio son aplicables. Estas normas, en concordancia con las condiciones generales del contrato de seguro<sup>28</sup>, prevén la aplicación de la proporcionalidad de la cláusula penal en relación con el grado de cumplimiento de la ejecución contractual.

8.2.1. De acuerdo con lo anterior, no es viable argumentar que no se aplica la reducción porque los perjuicios sufridos por la Empresa de Acueducto fueron superiores al monto de la cláusula penal<sup>29</sup>, pues el criterio para aplicar la reducción es el cumplimiento parcial de las obligaciones.

8.2.2. En el *sub examine*, adicionalmente, no tiene sentido que la reducción dependa de los perjuicios, dado que el contrato de seguro tiene como límite el monto asegurado. De este modo, en caso de que el monto de los perjuicios sea mayor, las aseguradoras no podrían ser condenadas a pagar una suma mayor a la amparada en la póliza. Por ende, no aplicar la reducción proporcional afectaría el principio de reparación integral y el principio indemnizatorio de los seguros, pues no es lo mismo el incumplimiento total y absoluto del contrato a su incumplimiento parcial.

8.2.3. Así las cosas, tener en cuenta que los perjuicios causados fueron mayores hace que la decisión de primera instancia sea *extra petita*. En todo caso, la prueba que estableció que los perjuicios fueron mayores no es eficaz, pues se trataba de una

<sup>27</sup> Folios 64 y 65 – índice 50 del Samai del tribunal.

<sup>28</sup> Su numeral 1.1.4. indica que “LA CLAUSULA PENAL SE REBAJARA PROPORCIONALMENTE EN LA PARTE QUE EL CONTRATISTA HUBIERA CUMPLIDO Y QUE EL ASEGURADO HUBIERA ACEPTADO” (folio 2 – archivo Condiciones generales de la póliza de cumplimiento – índice 1 del Samai del tribunal).

<sup>29</sup> Esto, además, ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En particular por las siguientes providencias: (i) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2009, expediente 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17009), CP Enrique Gil Botero; (ii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de diciembre de 2015, expediente 47001-23-31-000-2001-00660-01 (36285), CP Marta Nubia Velásquez; y (iii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 2019, expediente 11001-03-26-000-2009-00034-00(36600)A, CP María Adriana Marín.



“valoración preliminar” realizada por la interventoría que carece de soportes.

8.3. Adicionalmente, contrario a lo argumentado por la demandada, el Contrato no contenía una obligación indivisible. Esto es claro si se tiene en cuenta que: (i) la Empresa de Acueducto inició un segundo proceso de contratación para culminar las obras adelantadas por el consorcio contratista; (ii) hay pruebas que acreditan que hubo un avance físico de la obra del cuarenta coma cero cinco por ciento (40,05%); y (iii) al contratista se le reconocieron y pagaron actas de obras de acuerdo con el avance en la ejecución contractual. Así, que la Empresa de Acueducto no haya aplicado la reducción proporcional va en contra de la teoría de los actos propios.

9. Tercero, se acreditó la vulneración “de norma superior, falsa motivación y desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa”<sup>30</sup> por la no aplicación de la compensación de los saldos existentes a favor del consorcio contratista.

9.1. En el presente caso, en virtud del artículo 1088 del Código de Comercio y de las condiciones generales del contrato de seguro, la Empresa de Acueducto debió compensar el monto de la cláusula penal con las sumas adeudadas al contratista.

9.2. A pesar de lo anterior, no lo hizo porque en la Resolución 834 de 2021 adujo que se habían decretado unos embargos en contra del contratista, pero nunca sometió a contradicción las pruebas que respaldaban esa afirmación. En este orden de ideas, no se dio oportunidad a las aseguradoras de expresar sus opiniones, lo cual vulnera el artículo 42 del CPACA. Así, la entidad debió poner en conocimiento de las aseguradoras las pruebas de los embargos antes de adoptar la decisión administrativa, pero no lo hizo, y no puede indicarse que haber permitido interponer el recurso de reposición subsanara la mencionada falencia.

10. Finalmente, solicita que se revoque la condena en costas de primera instancia. Esto, por cuanto la negativa de pretensiones no implica automáticamente que se pueda imponer el pago de costas, pues el tribunal además no justificó la condena. Sobre todo, el juez de primera instancia ignoró que el artículo 188 del CPACA fue modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, de forma tal que las costas solo pueden ser impuestas ante la “manifiesta carencia de fundamento legal” de la demanda.

## **E. Actuación surtida en el trámite del recurso de apelación**

11. El 1º de noviembre de 2024 el tribunal concedió el recurso de apelación<sup>31</sup>. Antes de que se remitiera el recurso a esta corporación, la Empresa de Acueducto se opuso a la prosperidad del recurso con los siguientes tres argumentos<sup>32</sup>:

11.1. En primer lugar, la Empresa de Acueducto podía declarar y exigir el pago de la

<sup>30</sup> Folio 95 – índice 50 del Samai del tribunal.

<sup>31</sup> Índice 53 del Samai del tribunal. Cabe indicar que, para justificar la postura, las aseguradoras citaron el laudo del 31 de enero de 2017, proferido en el tribunal arbitral para dirimir una controversia entre ISAGEN S.A. E.S.P. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.

<sup>32</sup> Índice 56 del Samai del tribunal.



cláusula penal, como consecuencia de la caducidad, como lo ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Sección Tercera Consejo de Estado, entre otros, en el auto del 4 de noviembre de 2004<sup>33</sup>.

11.1.1. En todo caso, no puede perderse de vista que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 establece que las entidades estatales deben hacer efectivas las garantías “por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro”.

11.1.2. A partir de las dos premisas anteriores, la Empresa de Acueducto concluyó que sí tenía competencia para exigir el pago de la cláusula penal, así:

*De acuerdo con lo anterior, debe concluirse que la EAAB sí estaba facultada, por la ley y por el contrato o, dicho de otra manera, para seguir la lógica de las demandantes, tenía competencia para exigir al contratista y a su garante el pago del valor pactado, como tasación anticipada de perjuicios, en la cláusula penal pecuniaria -cláusula décima segunda del contrato. Así se desprende del art. 31 de la ley 142 de 1994, en armonía con el art. 18 de la ley 80 de 1993, en tanto que la declaratoria de caducidad del contrato es constitutiva del siniestro de incumplimiento y, por consiguiente, el efecto de esa declaración es la exigibilidad de la cláusula penal correspondiente, tal como lo prevé el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015<sup>34</sup>.*

11.2. En segundo lugar, no era aplicable la reducción proporcional de la cláusula penal, pues la nota 9 de la póliza así lo estableció. En ese sentido, las aseguradoras no podrían desconocer lo pactado, so pena de violar la teoría de los actos propios.

11.2.1. Es importante precisar que esa renuncia simplemente reflejó lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.2.4. del Decreto 1082 de 2015, norma que establece que lo siguiente:

*Artículo 2.2.1.2.3.2.4. Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. En el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno.*

11.2.2. Además, con base en una providencia de esta Subsección<sup>35</sup>, indicó que la reducción de la cláusula penal no opera automáticamente sino que depende de la forma en que haya sido realizado el pacto. Esto es fundamental en el caso, porque la cláusula no cubría incumplimientos parciales, sino únicamente el “incumplimiento grave o definitivo”, lo cual justamente ocurrió en el caso, al punto que la Empresa de Acueducto debió declarar la caducidad del contrato.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de noviembre de 2004, radicación: 68001-23-15-000-2002-0564-01(24225), CP Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>34</sup> Folio 11 - índice 56 del Samai del tribunal.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67430), CP Fredy Ibarra Martínez.



11.2.3. En todo caso, la Empresa de Acueducto destaca que el acto demandado estableció que los perjuicios causados por el incumplimiento del consorcio contratista ascendió a “la suma de treinta y cinco mil novecientos veintinueve millones setecientos dos mil ochocientos setenta y cuatro pesos (\$35.929.702.874)”, el cual fue inferior al “valor pagado por las aseguradoras [que] fue de once mil quinientos setenta y dos millones ciento noventa y cinco mil ochocientos noventa y seis pesos m/cte (\$11.572.195.896.), equivalente al 10% del valor del contrato, como se previó en la cláusula décima segunda”<sup>36</sup>.

11.3. En tercer y último lugar, la Empresa de Acueducto no pudo compensar las sumas adeudadas, pues el artículo 1720 del Código de Civil lo prohíbe. Así, en relación con la ausencia de traslado de los oficios de embargo, la entidad se limitó a cumplir el “mandato judicial” y destacó que se respetó el artículo 29 constitucional, por los siguientes motivos:

*(...) en materia de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado exige es que la medida no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión, razón por la cual decisión contenida en los actos administrativos que se demandan, se tomó con plena garantía de los derechos de audiencia y defensa, tanto del contratista como de sus garantes, lo cual debe conducir al rechazo del cargo propuesto*<sup>37</sup>.

12. El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 25 de febrero de 2025<sup>38</sup>. El 25 de marzo de 2025, el expediente subió al despacho para dictar sentencia, pero el Ministerio Público guardó silencio<sup>39</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

### F. Oportunidad de la demanda y sentido de la decisión

13. La demanda fue interpuesta dentro del término previsto en el numeral v) de la letra j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, de acuerdo con el cual la demanda debía radicarse dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para liquidar el contrato<sup>40</sup>. En el presente caso, el contrato se terminó con ocasión de la expedición de la Resolución 890 del 30 de septiembre de 2021. Por esto, incluso sin tener en cuenta el término estuvo suspendido entre el 27 de enero y el 11 de marzo de 2022<sup>41</sup>, es claro

<sup>36</sup> Folio 18 - índice 56 del Samai del tribunal.

<sup>37</sup> Folio 26 - índice 56 del Samai del tribunal.

<sup>38</sup> Índice 2 del Samai.

<sup>39</sup> Índice 7 del Samai y folio 403 del cuaderno principal.

<sup>40</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: (...) v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.”

<sup>41</sup> En efecto, en ese periodo las aseguradoras agotaron el requisito de procedibilidad, conforme al acta de conciliación extrajudicial emitida por el Procurador 146 Judicial II Administrativo (archivo 11032022 Acta de no acuerdo conciliación prejudicial – índice 1 del Samai del tribunal).



que la demanda presentada el 14 de marzo de 2022 es oportuna.

14. La Sala confirmará la decisión del tribunal, por cuanto las aseguradoras no demostraron la nulidad del acto administrativo demandado. Para ello, a continuación se desarrollarán dos partes:

14.1. En la primera se analizará el régimen del contrato y se indicará que en el presente caso la Empresa de Acueducto podía hacer uso de las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, tenía plena competencia para declarar la caducidad del contrato en los términos del artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

14.2. En la segunda se estudiarán los tres cargos de nulidad, en los que insistieron las aseguradoras en el recurso de apelación. Este apartado contará con sendos acápite en los que se señalará lo siguiente:

14.2.1. Primero, la Empresa de Acueducto tenía competencia para hacer efectiva la cláusula penal en relación con las aseguradoras, porque el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece que el acto administrativo que declare la caducidad es constitutivo del siniestro de incumplimiento.

14.2.2. Segundo, no era necesario reducir la aplicación de la cláusula penal proporcionalmente al grado de cumplimiento del Contrato teniendo en cuenta que las aseguradoras renunciaron a ello.

14.3. Tercero, aunque podría considerarse que existe una irregularidad procesal por no poner en conocimiento de las aseguradoras los documentos que permitían constatar que se habían embargado los saldos a favor del contratista, la parte demandante no acreditó que hubiera cambiado el sentido de la decisión administrativa de no haberse cometido ese defecto.

#### **G. La Empresa de Acueducto tenía competencia para declarar la caducidad del contrato**

15. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, establece que las empresa prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado. No obstante, la misma norma determina que las comisiones de regulación podrán establecer que dichas empresas puedan ejercer cláusulas excepcionales, en los siguientes términos:

*Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.*

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o*



*se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

15.1. Con base en la disposición anterior, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución 151 del 2 de marzo de 2001. Su artículo 1.3.3.1., que fue modificado por el artículo 1º de la Resolución 293 de 2004, establece lo siguiente:

*Artículo 1.3.3.1 Contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales. Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:*

*(...)*

*b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos.*

*Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;*

*(...)*

*Parágrafo. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (destacado fuera del texto).*

15.2. Como se puede observar, la norma anterior preceptúa que, entre otros supuestos, las empresas prestadoras de servicios públicos deben incluir las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 cuando celebren contratos de obra que, de no ser cumplidos, puedan tener como consecuencia necesaria y directa la interrupción del servicio público de acueducto.

15.3. En ese orden de ideas, la posibilidad de declarar la caducidad del contrato está consagrada como una cláusula excepcional en el ordinal segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>42</sup>. Por su parte, el ejercicio de dicha cláusula se rige por lo establecido en el artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual establece lo siguiente:

*Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución*

<sup>42</sup> “Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...) 2º. **Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común** de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y **de caducidad** en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión” (destacado fuera del texto). La Sala precisa que cita la norma antes de la modificación introducida por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022, en la medida en que fue expedida con posterioridad a la celebración del contrato.



*del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, **la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.***

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

***La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento** (destacado fuera del texto).*

15.4. La norma anterior señala que (i) la declaratoria de caducidad se realiza por medio de acto administrativo; (ii) en este se debe terminar el contrato y ordenar su liquidación; y (iii) esta decisión es constitutiva del siniestro de incumplimiento.

16. En el asunto bajo estudio, la Empresa de Acueducto podía declarar la caducidad del contrato. En efecto, de conformidad con lo expuesto en la Resolución 834 de 2021, en el trámite del proceso contractual se justificó la inclusión de las cláusulas excepcionales en los siguientes términos:

*Tal y como se definió en la justificación para adelantar el siguiente proceso licitatorio y las obras que de él se derivan, es necesario tal y como lo estableció el plan Maestro de Abastecimiento, en su actualización del año 2015, ampliar la capacidad de filtración de la planta Wiesner como consecuencia del deterioro de la calidad de agua cruda del río Teusacá y además, para poder aprovechar con mayor frecuencia los caudales provenientes del sistema Río Blanco. A lo anterior, se suma que según el mismo estudio, el Caudal del Suministro Confiable Continuo es de 16, 89 m<sup>3</sup>/s, el cual es muy cercano a la demanda actual de agua que está alrededor de los 15,40m<sup>3</sup>/s y al ejecutar dicho proyecto se estimó que el caudal de suministro confiable continuo se ampliaría en 1, 20 m<sup>3</sup>/s adicionales, lo cual es de suma importancia para atender la demanda actual y futura de la ciudad y los municipios sin necesidad de adelantar un plan de expansión del sistema de abastecimiento.*

*Por lo anterior y con el fin de evitar interrupción del servicio domiciliario de acueducto en caso de incumplimiento del contratista, se hace necesaria la inclusión de las cláusulas excepcionales, en el respectivo contrato de obra, conforme a lo previsto en la Resolución No. 151 de 2001 de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico<sup>43</sup>*

16.1. Así, en la cláusula décima tercera del Contrato se estipuló que la Empresa de Acueducto podía, entre otros asuntos, aplicar la cláusula excepcional de caducidad:

***CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.-CLAUSULAS EXCEPCIONALES: EI ACUEDUCTO DE BOGOTÁ aplicará las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral y de caducidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución N° 151 de 2001, expedida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, o las normas que las sustituyan** (destacado fuera del texto; mayúsculas sostenidas del original).*

16.2. Esta estipulación debe interpretarse armónicamente con el Manual de

<sup>43</sup> Folio 11 – archivo 15092021 Resolución 0834 de 2021 (caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.



Contratación de la entidad, el cual establecía lo siguiente sobre el ejercicio de las cláusulas excepcionales:

*Artículo 37°. Cláusulas excepcionales. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 689 de 200, y la autorización conferida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, en los términos de la Resolución No. 151 de 2001 o las normas que la modifiquen o sustituyan, la EAB - ESP pactará en los contratos las cláusulas excepcionales previstas en la ley.*

*Para el ejercicio de las facultades que se derivan de las cláusulas excepcionales, se requiere concepto previo escrito del interventor o supervisor del contrato y concepto de la Gerencia Jurídica de la EAB - ESP<sup>44</sup>.*

17. De esta manera, la Empresa de Acueducto declaró la caducidad del Contrato, teniendo en cuenta el marco legal y contractual expuesto. En efecto:

17.1. El 12 de agosto de 2021, el Gerente Jurídico de la Empresa de Acueducto rindió concepto en el que encontró “procedente que se adelante la citación al contratista para (...) la declarar la caducidad del contrato (...) e imponer al contratista las sanciones jurídicas y pecuniarias que en derecho correspondan, conforme al artículo 18 de la Ley 80 de 1993”<sup>45</sup>.

17.2. Luego de llevar a cabo el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el 15 de septiembre de 2021, el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la entidad profirió la Resolución 834, que declaró la caducidad del Contrato<sup>46</sup>.

17.3. Esta decisión fue confirmada “en su integridad” por el mismo funcionario por medio de la Resolución 890 del 30 de septiembre de 2021<sup>47</sup>.

## **H. No se demostró la nulidad del acto administrativo**

18. En el presente caso, los reparos concretos del recurso de apelación se restringen a discutir que el acto es nulo dado que: (i) la Empresa de Acueducto no podía ordenar en las Resoluciones 834 y 890 que las aseguradoras pagaran la cláusula penal; (ii) debía reducirla proporcionalmente teniendo en cuenta el avance de ejecución contractual y (iii) debía compensarla con los saldos a favor de la entidad. A continuación se desestiman los tres cargos de nulidad en sendos acápite.

### **i) La Empresa de Acueducto podía hacer efectiva la cláusula penal en relación con la garantía de incumplimiento**

19. En el presente caso, la Empresa de Acueducto unilateralmente les hizo efectiva la cláusula penal a las aseguradoras. En efecto, en el artículo cuarto de la Resolución 834 de 2021, confirmado por la Resolución 890 de 2021, se resolvió:

*ARTÍCULO CUARTO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10%*

<sup>44</sup> Archivo Manual de Contratación EAAB (Resolución 0798 de 2016) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>45</sup> Folio 3 – archivo 2.CONCEPTO JURÍDICO- GERENCIA JURÍDICA – índice 9 del Samai del tribunal. Se aclara que el concepto obra en dos archivos. En ese sentido, además del documento anterior obra en el archivo denominado 1.CONCEPTO JURÍDICO GERENCIA JURÍDICA – índice 9 del Samai del tribunal.

<sup>46</sup> Archivo 15092021 Resolución 0834 de 2021 (caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>47</sup> Archivo 30092021 Resolución 0890 de 2021 (confirma caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.



*del valor del Contrato de Obra No 1 - 01 - 25300- 01140-2017, según lo estipulado en su cláusula 12° y lo señalado en la parte motiva del presente acto administrativo. El valor de la misma, será liquidado de conformidad con la TRM, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia a la fecha de ejecutoria de la presente decisión.*

*El contratista y sus garantes deberán proceder a cancelar esta suma de dinero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y lo pactado en la cláusula 12° del contrato, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que la Empresa les haga entrega de la respectiva factura.*

20. La parte actora argumenta que esa decisión se expidió sin competencia. Para efectos de resolver este cargo, debe tenerse en cuenta que se acreditó lo siguiente:

20.1. En el Contrato se pactó la siguiente cláusula penal:

*CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- PENAL PECUNIARIA Y EXIGIBILIDAD DE LAS GARANTIAS: En caso de incumplimiento grave o definitivo del contrato se causará a cargo del CONTRATISTA una pena pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen a la EAB ESP. El pago de la penal pecuniaria no exime al CONTRATISTA del cumplimiento de la obligación principal. En todo caso esta cláusula se sujetará a lo establecido en el artículo 46 de la Resolución No. 0798 del 13 de septiembre de 2016 "Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la EAB-ESP". PARÁGRAFO PRIMERO. La liquidación de daños que se establece en esta Cláusula no implica ninguna renuncia con respecto al resarcimiento total de los daños infligidos a las mismas por cualquier incumplimiento del Contrato por parte del CONTRATISTA. Por consiguiente la EAB ESP conservará el derecho a demandar del CONTRATISTA el pago de los perjuicios adicionales -debidamente demostrados- ocasionados por los perjuicios debidamente demostrados que se ocasionen por incumplimientos del presente Contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO. Las sumas que por concepto de liquidación de daños relacionadas con los eventos mencionados en esta Cláusula, podrán ser compensadas de cualquier desembolso pendientes en virtud del presente Contrato a cargo de la EAB ESP. Si no hubiere desembolsos pendientes para compensar, y en caso de no contar en éste con los recursos suficientes que las cubra, las sumas deberán ser pagadas por el CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de la factura por parte de la EAB ESP. Para efectos de la aplicación de esta Cláusula, el CONTRATISTA reconoce y acepta que no será necesario procedimiento ni requerimiento alguno para constituirlo en mora. En todo caso, las sumas por concepto de multas y daños liquidados deberán estar cubiertas por la garantía de cumplimiento que se exige en el presente Contrato<sup>48</sup> (mayúsculas sostenidas dentro del texto).*

20.2. En la Resolución 834 de 2021, la Empresa de Acueducto estudió el argumento referente a la falta de competencia para imponer la cláusula penal y manifestó lo siguiente:

*El apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A. y ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., señaló lo siguiente:*

*"Imposibilidad de imponer mediante acto administrativo el valor de la cláusula penal establecida contractualmente. Falta de competencia para dicha imposición."*

*En este punto, encontramos que el apoderado de las garantes, previo a su argumentación, pone de presente extractos de varios pronunciamientos del Consejo de Estado, que reiteran la importancia de observar el principio de legalidad en el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de las entidades públicas, para, en síntesis, advertir que tanto el pacto como la ejecución de estas cláusulas*

<sup>48</sup> Archivo Contrato de obra No. 1-01-25300-01140-2017 – índice 1 del Samai del tribunal.



*excepcionales sólo puede hacerse en los eventos expresamente establecidos por la ley.*

*Al respecto, si bien es cierto que la mencionada Corporación de forma recurrente ha advertido sobre la necesidad de observar el principio de legalidad, vale la pena aclarar, que las sentencias citadas fueron expedidas en el marco de procesos que se surtieron con ocasión de supuestos fácticos diferentes al que hoy nos ocupa. (...)*

*(...)*  
*En opinión del abogado, "debe advertirse que la posibilidad de caducar el contrato no comporta la facultad de hacer efectiva la cláusula penal".*

*Contrario a lo manifestado por el apoderado, el Consejo de Estado se ha pronunciado de forma reiterada sobre la naturaleza resarcitoria que tiene la caducidad de los contratos y cómo, en esa medida, la declaratoria de la caducidad por la empresa sí implica la ejecución de la cláusula penal pecuniaria.*

*Así las cosas, resulta claro que la EAAB, como consecuencia de su facultad legal para declarar la caducidad del contrato a través de acto administrativo motivado, sí está habilitada para imponer la cláusula penal correspondiente<sup>49</sup>.*

20.3. Por su parte, la Resolución 890 de 2021, que confirmó la Resolución 834 de 2021, también analizó la supuesta incompetencia para imponer unilateralmente el "valor de la cláusula penal", de la siguiente manera:

*Por lo que no existe duda alguna que, en el marco de la presente declaratoria de la caducidad, la EAAB, entendida para estos efectos como una entidad pública destinataria de las reglas de la Ley 80 de 1993, conforme al parágrafo del artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001, tiene el deber de observar los deberes que le impone la citada reglamentación.*

*Es decir, procediendo en el presente caso conforme al numeral 1º del artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, dado que el mismo resulta en norma especial de derecho público que debe observar la empresa en el marco de la declaratoria de caducidad en lo que se refiere al inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.*

*En tal sentido, consonante con lo afirmado por el suscrito, la doctrina contencioso administrativa reconoce que, en supuestos como en el que nos ocupa, es posible hacer exigible la garantía y la cláusula penal.*

*(...)*

*En tal sentido, el argumento que la Resolución CRA 151 de 2011 no haga referencia a las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y que por ello las mismas no sean fuente normativa que deba ser observada por la EAAB, resulta a todas luces improcedente, porque:*

*(i) Para la Comisión, cuando la inclusión de la cláusula de caducidad resulta forzosa, como en el presente caso, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.*

*(ii) En tal sentido, en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 el legislador*

*(a) Consagró el debido proceso como rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, aplica a la EAAB, porque en este caso la EAAB adelanta un procedimiento de tal naturaleza*

*(b) De manera armónica con lo previsto en el Artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, permite a las entidades públicas, mediante un debido proceso a hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, a la hora de declarar el incumplimiento.*

*Atribución legal que resulta clara si, con una lectura sistemática, por demás, se comprende que la declaratoria de caducidad de un contrato, conlleva la declaratoria de su incumplimiento como presupuesto lógico y jurídico, en la gravedad y severidad que la caducidad lo exige, razón por la cual, el hacer efectiva la cláusula penal resulta una de las atribuciones de las que puede hacer uso la*

<sup>49</sup> Folios 119 a 123 — archivo 15092021 Resolución 0834 de 2021 (caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.



**entidad pública que aplica la cláusula de caducidad**, en el marco de la Ley 80 de 1993 y del debido proceso contractual, además en desarrollo de los deberes funcionales de vigilancia y control del contrato, que son los que por demás se ejercitan cuando se aplican esta tipología de sanciones contractuales.

(c) Toda vez que las entidades públicas a la hora de aplicar la cláusula de caducidad deben observar el proceso fijado por el legislador, a no tener competencia para establecer procesos administrativos, la EAAB como toda entidad pública que desee aplicar la caducidad debe observar lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Lo anterior, porque así lo dispone parágrafo del artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001.

En tal sentido, habiendo pactado en la cláusula décima segunda del Contrato de Obra No 1–01–25300–01140-201 una tasación anticipada de perjuicios equivalente el diez (10%) del valor del contrato como consecuencia del incumplimiento definitivo del contratista.

Es el régimen del debido proceso sancionatorio el que además establece (literal a.) del artículo 86 ibídem, el que señala que al contratista debe precisarse en la citación a la presente audiencia, entre otros elementos, las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

(...)

**Por lo que, no solo desde la perspectiva del marco legal que desarrolla el ejercicio de la caducidad por parte de la EAAB con sus potestades, atribuciones, deberes y consecuencias**, sino también en virtud de lo pactado por las partes tanto en el contrato de obra, como en el de seguros, nada de lo que se ha desarrollado en la presente actuación resulta ajeno a lo convenido, conforme a lo antes indicado.

Contrario a lo manifestado por el apoderado, el Consejo de Estado se ha pronunciado de forma reiterada sobre la naturaleza resarcitoria que tiene la caducidad de los contratos y cómo, en esa medida, la declaratoria de la caducidad por la entidad sí implica como consecuencia la ejecución de la cláusula penal pecuniaria.

[Cita de providencias de la corporación]

Así las cosas, resulta claro que la EAAB, como consecuencia de su facultad legal para declarar la caducidad del contrato a través de acto administrativo motivado, sí está habilitada para imponer la cláusula penal correspondiente.

Por lo que los argumentos defensivos de los recurrentes respecto a la competencia, el procedimiento, la declaratoria del siniestro, el uso de la cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios, y la exigibilidad de la garantía resultan improcedentes, y los mismos serán denegados confirmando en este aspecto lo ordenado en el acto administrativo que ordenó la caducidad del contrato. Sin que ello no le impida acudir al juez del contrato para la obtención de su indemnización integral derivada de su incumplimiento y amparada hasta el valor total de la cobertura del seguro<sup>50</sup>.

21. De acuerdo con lo citado, el acto administrativo invocó como fundamento para hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. La Sala desestimaré la nulidad porque la normativa del Estatuto General de Contratación otorga la competencia para hacer efectivo el siniestro, lo que comprende ordenar el pago de la cláusula penal<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Folios 82 a 93 – archivo 30092021 Resolución 0890 de 2021 (confirma caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>51</sup> También se fundamentó en las previsiones contractuales. No obstante, es innecesario ver si el pacto le otorgaba, o no, a la Empresa de Acueducto la competencia para hacerla efectiva, pues el fundamento legal era suficiente. Igualmente, es innecesario estudiar si es aplicable la sentencia de unificación proferida el 9 de mayo de 2024 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por cuanto ella solo aplica frente a actos jurídicos de derecho privado proferidos “prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de mayo de 2024, radicación: 76-001-23-31-000-2006-03320-03 (53962), CP José Roberto SÁCHICA Méndez).



22. Como se indicó previamente, el inciso final del artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública preceptúa que la “declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

22.1. Las aseguradoras aseveran que esta expresión no puede ser interpretada de forma tal que otorgue la facultad de expedir actos administrativos en los que se haga efectiva unilateralmente la cláusula penal.

22.2. Así, sostienen que esa posibilidad proviene del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que prevé lo siguiente:

*Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas **que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

*Parágrafo. La **cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación** de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva (destacado fuera del texto).*

22.3. En concordancia con lo expuesto, las aseguradoras aseveran que la anterior regulación consagra un poder excepcional al derecho privado diferente de las cláusulas excepcionales reguladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

23. Lo anterior, sin embargo, no es preciso, dado que la declaratoria de caducidad constituye el siniestro lo que conlleva de suyo que pueda hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria en relación con el garante. Esto es así por varios motivos:

23.1. En primer lugar, el artículo 17 de la Ley 1150 no prevé la posibilidad de imponer directamente la cláusula penal. La prerrogativa otorgada a la entidad consiste en la posibilidad de “**declarar el incumplimiento** con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato” (negritas fuera del texto). Así, el poder excepcional consiste en que, previo a hacer efectiva la cláusula penal, la entidad debe declarar el incumplimiento.

23.1.1. Por lo tanto, si la entidad declara la caducidad del contrato no puede declarar nuevamente el incumplimiento en una decisión administrativa diferente, pues el acto de caducidad ya es en sí mismo una declaratoria de incumplimiento. En efecto, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que el acto administrativo de caducidad se puede expedir ante la presencia de un “**incumplimiento** de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y



evidencie que puede conducir a su paralización” (destacado fuera del texto).

23.1.2. Por lo tanto, si la entidad declaró el incumplimiento previamente en el marco de la caducidad, por sustracción de materia, no podría ejercer un poder excepcional diferente para volver a declararlo.

23.2. En segundo lugar, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 debe interpretarse armónicamente con el numeral 3 del artículo 99 del CPACA, que establece lo siguiente

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

*(...)*

*3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad (...)<sup>52</sup>.*

23.2.1. La disposición citada es aplicable en el *sub iudice*, porque el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que cuando “la inclusión sea forzosa [de cláusulas excepcionales], todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993”. En ese sentido, como se trata de estudiar los alcances del acto administrativo de caducidad, es preciso tener en cuenta que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 remite a la regulación del CPACA<sup>53</sup>.

23.2.2. Como se puede observar, el artículo 99 prevé que prestan mérito ejecutivo (i) el contrato o los documentos en los que están las garantías, (ii) cuando estén acompañados de un acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad<sup>54</sup>.

23.2.3. En relación con el segundo supuesto, es preciso destacar que el legislador no exige que se aporten dos actos diferentes: bien puede que la entidad haya expedido la caducidad, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o es válido que se haya declarado el incumplimiento con miras a hacer efectiva la cláusula penal, en los

---

<sup>52</sup> Esta norma tiene como antecedente el numeral 4 del artículo 86 del Decreto Ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, que establecía lo siguiente: “Artículo 68. Definición de las obligaciones a favor del estado que prestan mérito ejecutivo. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos: (...) 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso”. Como se puede observar, en esta norma no se prevé la posibilidad de que exista un acto que declare el incumplimiento, sino simplemente se prevé la resolución que decreta “la caducidad o la terminación”.

Es importante precisar que, en vigencia de la Ley 80, se consideró que las entidades perdieron la competencia para llevar a cabo el procedimiento de cobro coactivo, porque el artículo 75 fijó la competencia de los procesos ejecutivos en los jueces contenciosos. No obstante, la jurisprudencia precisó que la posibilidad de integrar el título ejecutivo con el acto administrativo subsistía a pesar de que las entidades no pudieran realizar el cobro coactivo. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 2000, radicación: CE-SEC3-EXP2000-N11318, CP Jesús María Carrillo Ballesteros. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, radicación: 20001-23-31-000-1999-00639-01(21432), CP Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>53</sup> “Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

<sup>54</sup> Esto, en la medida en que conste una obligación clara, expresa y exigible.



términos del artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

23.2.4. Así, en la expresión “junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad”, el vocablo “o” cumple funciones disyuntivas, y no copulativas. Una lectura contraria conllevaría que las entidades regidas por la Ley 80 deban siempre declarar conjuntamente la caducidad de los contratos con el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal. Así, esta segunda facultad sería inane pues siempre requeriría que se declare la caducidad del contrato.

23.2.5. Esto es fundamental porque, para iniciar el cobro coactivo, basta con adjuntar el acto de caducidad, lo que demuestra que la entidad puede fijar el monto de los perjuicios y constituir una obligación clara, expresa y exigible.

23.3. En tercer lugar, carecería de sentido que, luego de declarar la caducidad, que ha sido considerada por la jurisprudencia con la medida “más drástica que el contratante le puede imponer a su contratista”<sup>55</sup>, la entidad estatal deba iniciar una nueva actuación ante el juez del contrato o ante sí misma para hacer efectiva la cláusula penal.

23.3.1. Los artículos 1075, 1077 y 1080<sup>56</sup> del Código de Comercio regulan cómo deben efectuarse las reclamaciones a las aseguradoras en el marco del derecho privado, así:

*Artículo 1075. El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.*

*El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.*

*Artículo 1077. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

(...)

*Artículo 1080. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.*

(...)

*El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador.*

23.3.2. Esta normativa prevé que, en derecho privado, se debe presentar una reclamación ante la aseguradora. En dicha reclamación ha de demostrarse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño. La aseguradora deberá pagar el monto asegurado dentro del mes siguiente a que se radique la reclamación que cumpla con

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, radicación: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738), CP Enrique Gil Botero.

<sup>56</sup> Conforme a la modificación introducida por la Ley 510 de 1999.



la anterior carga probatoria. De no hacerlo, se causan intereses moratorios a una tasa equivalente al interés bancario corriente aumentado en la mitad.

23.3.3. El legislador de la Ley 80 de 1993 era consciente de esa regulación del Código de Comercio. Por esto, expresamente determinó que el acto administrativo que declare la caducidad es constitutivo de siniestro: en este supuesto, las entidades estatales no deben agotar el trámite ante la aseguradora, sino que el mismo acto administrativo hace efectiva la garantía, lo cual incluye necesariamente tener en cuenta la tasación de perjuicios establecida en las cláusulas penales pactadas.

23.3.4. Esto es así, además, porque la entidad estatal debe vincular a la aseguradora dentro de la actuación administrativa previa a la expedición del acto administrativo de caducidad. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala lo siguiente:

*Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y **declaratorias de incumplimiento**. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública **podrán declarar el incumplimiento**, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

*a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. (...) **En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;***

*b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido **se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;***

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción **o declaratoria de incumplimiento**. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; (...) (destacado fuera del texto).*

23.3.5. Cabe indicar que este procedimiento es aplicable pues, como se explicó previamente, la declaratoria de caducidad está precedida de la constatación por parte de la entidad estatal del “incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista”, tal como lo establece el artículo 18 de la Ley 80 de 1993<sup>57</sup>.

23.3.6. De esta manera, no tendría un sentido útil que la norma exija vincular a la aseguradora para declarar la caducidad y, luego, la entidad deba nuevamente realizar un procedimiento judicial para poder hacer efectiva la cláusula penal con miras a hacer

<sup>57</sup> En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de diciembre de 2025, radicación: 25000-23-36-000-2021-00621-01 (73138), CP Fredy Ibarra Martínez.



efectiva la garantía de cumplimiento del contrato.

23.3.7. Establecido lo anterior, cabe advertir que las aseguradoras recurrentes aseveraron que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no puede ser el fundamento de la competencia administrativa para hacer efectiva la cláusula penal, porque simplemente regula un procedimiento administrativo. La Sala destaca que el razonamiento expuesto en esta providencia no plantea que la competencia provenga de dicho artículo. Simplemente, se advierte que esta norma permite constatar que las aseguradoras deben vincularse en el trámite previo a la adopción de la decisión administrativa de caducidad.

23.4. En cuarto lugar, esta lectura es concordante con la jurisprudencia reiterada de esta corporación en relación con procesos en los que era aplicable el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública antes de la modificación realizada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

23.4.1. La Sala destaca que, antes de que se proferiera el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que introdujo la facultad de declarar el incumplimiento para imponer la cláusula penal, la doctrina discutía si, en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, la cláusula de caducidad permitía hacer efectiva la cláusula penal pactada: algunos autores consideraban que no podía hacerse uso de la prerrogativa, otros pensaban que esa efectividad debía hacerse efectiva en la liquidación del contrato y un sector argumentaba que solo podía ejercerse de la mano con el acto que declara la caducidad del contrato.

23.4.2. Ese evento versa sobre la misma discusión que se presenta actualmente en relación con la facultad de imponer la cláusula penal, por parte de entidades que, como la Empresa de Acueducto, tienen un régimen especial contratación, sujeto al derecho privado con posibilidad de ejercer cláusulas excepcionales. Efectivamente, el supuesto de hecho es similar, teniendo en cuenta que antes del artículo 17 de la Ley 1150 no había norma que expresamente se refiera a la competencia de hacer efectiva la cláusula penal<sup>58</sup>.

23.4.3. Para zanjar ese debate, entonces, la jurisprudencia armónicamente indicó que la caducidad apareja la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal<sup>59</sup>, así:

23.4.3.1. La expresión del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 recogió la postura jurisprudencial de acuerdo con la cual el acto administrativo que declaraba el siniestro era constitutivo de ese suceso, en la medida en que tenía el privilegio de la “ejecutoriedad”. En efecto, en 1988, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

*En esos contratos de seguro no existe, en rigor jurídico, el fenómeno de la objeción del asegurador contra la reclamación del asegurado, pues prima sobre aquél la*

<sup>58</sup> De esta manera, contrario a lo sostenido en el recurso, es justamente el hecho que la Ley 1150 de 2007 sea posterior a la expedición de la Ley 80 de 1993 dota de relevancia el debate sostenido en relación con entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

<sup>59</sup> De acuerdo con lo explicado en el párrafo anterior las providencias que se citarán sí son aplicables al presente caso, teniendo en cuenta que se trata de asuntos análogos.



**regulación legal conocida como la vía gubernativa, institución eminentemente administrativa, como que se trata de una "decisión previa", revestida de los privilegios de la ejecutoriedad y de la ejecución oficiosa;**

**Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración<sup>60</sup> (destacado fuera del texto).**

23.4.3.2. Lo anterior explica que, ya en vigencia de la Ley 80, en un auto interlocutorio del 4 de noviembre de 2004, la Sección Tercera haya señalado lo siguiente:

**Quando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados, la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada. En el caso concreto, la administración declaró la caducidad del contrato y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta decisión que se encuentra cobijada por el principio de legalidad bajo el entendido de que la manifestación de voluntad de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todos los elementos indispensables para concluir que se trata de un acto regular y perfecto, mientras no se pruebe lo contrario ante el juez natural, muestra en todo caso que las razones que condujeron a la entidad a proferir la decisión en el procedimiento administrativo estuvieron sometidas a la realidad contractual, a las normas que regulaban su actuación y que la resolución finalmente adoptada fue el resultado de la voluntad de la entidad por considerar que el consorcio incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales<sup>61</sup> (destacado fuera del texto).**

23.4.3.3. En concordancia con esta posición, en sentencia del 20 de noviembre de 2008, la Subsección B del Consejo de Estado sostuvo que, antes de la Ley 1150, las entidades solo podían hacer efectiva la garantía (lo que incluía hacer efectiva la cláusula penal pactada) a través del acto administrativo de caducidad. En ese sentido, las entidades únicamente podían ejercer ese poder público durante el plazo de ejecución contractual:

**El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la "ejecución del contrato", de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal. Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta**

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 1988, Radicación: CE-SEC3-EXP1988-N4913, CP Antonio José de Irisarri Restrepo.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de noviembre de 2004, radicación: 68001-23-15-000-2002-0564-01(24225), CP Ramiro Saavedra Becerra.



*facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.*

*(...)*

*En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad<sup>62</sup>.*

23.4.3.4. En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia de esta corporación ha diferenciado entre los actos constitutivos del siniestro y los declarativos. En el primer evento, que se presenta cuando se declara la caducidad del contrato, el acto es el siniestro mismo y, por ende, hace efectiva la garantía lo cual conlleva tasar el perjuicio. En el segundo evento, el acto simplemente permite demostrar la ocurrencia del siniestro, pero es preciso agotar el trámite de reclamación previsto en el Código de Comercio. Al respecto, la Subsección A ha señalado lo siguiente:

*Para que el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia de un siniestro sea constitutivo del mismo se requiere que el legislador le otorgue tal carácter, para que de él surjan obligaciones derivadas de las garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales, como es el caso del acto administrativo por medio del cual la entidad declara la caducidad del contrato, tanto en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983<sup>63</sup>, como de la Ley 80 de 1993<sup>64</sup>.*

*(...)*

*De acuerdo tanto con la jurisprudencia mencionada como con la doctrina acabada de citar se pueden distinguir dos tipos de actos:*

- i) Actos constitutivos de siniestro, en desarrollo de facultades otorgadas por el legislador;*
- ii) Actos declarativos del siniestro, los cuales suponen que el siniestro surgió de otro acto administrativo, por ejemplo, del que declaró un incumplimiento o impuso una multa, lo cual exige que la entidad cuente con competencia para ello. Estos actos no tendrían el alcance del ejercicio de una prerrogativa de poder público, para lo cual se requiere de habilitación legal, toda vez que no serían constitutivos de siniestro y son el*

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicación: 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17031), CP Ruth Stella Correa Palacio.

Esta providencia ha sido reiterada posteriormente. Entre otras, en la sentencia citada por el tribunal: <sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicación: 25000-23-26-000-2001-02301-01 (29857), CP Danilo Rojas Betancourth.

<sup>63</sup> [Cita del original] En vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 las disposiciones relativas a la ocurrencia del siniestro derivado de pólizas expedidas para garantizar el cumplimiento de contratos con Entidades Oficiales se encontraban contenidas en la Cláusula 6ª de la Resolución 08660 del 21 de marzo de 1981, expedida por la Contraloría General de la República y modificada por la Cláusula Segunda de la circular DSyC-037 de 1983, emitida por la Superintendencia Bancaria (...)

<sup>64</sup> [Cita del original] Dispone el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993:

*“Artículo 18.- DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. (...)*

*“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.*



*equivalente a la reclamación.*

*Los incumplimientos que se presenten y que no puedan ser objeto de declaratoria a través de actos administrativos, por la incompetencia para ello, y que evidencien la ocurrencia del siniestro, deben ser objeto de reclamación ante los aseguradores.*

*En relación con este tema, resulta necesario distinguir la norma aplicable al contrato, de lo cual dependerá el carácter del acto administrativo, bien sea constitutivo o declarativo del siniestro, así:*

***i) En vigencia de la Ley 80 de 1993 y del decreto reglamentario 679 de 1994, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007.***

*En vigencia de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 679 de 1994, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, únicamente el acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad del contrato es constitutivo del siniestro, según lo dispuesto por el artículo 18 de esta ley.*

***En casos diferentes a la declaratoria de caducidad cabría entender que el acto administrativo por el cual se declarara el siniestro tendría un carácter meramente declarativo del riesgo ocurrido, es decir, en términos del artículo 1072 del Código de Comercio, del siniestro, y constituiría la forma de reclamarle al asegurador, lo cual supone que previamente se encuentren en firme los actos administrativos a través de los cuales se hubieren efectuado las correspondientes declaratorias.***

*Ahora bien, es de anotar que en vigencia de la Ley 80 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales carecían de competencia para declarar el incumplimiento e imponer multas a sus contratistas, según ha sido expuesto de manera reiterada por la jurisprudencia de la Sala<sup>65</sup>, que sirvieran de soporte a la declaratoria del siniestro<sup>66</sup>, lo cual implica que, con la excepción de la declaratoria de caducidad, las entidades estatales no se encuentran facultadas para expedir el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del siniestro y que para reclamarle a la aseguradora deben seguir el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción del asegurador. (...)*

*Realmente la incompetencia de los actos deviene del factor funcional, dado que la entidad para la época de vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, solamente contaba con competencia para declarar la caducidad, único acto constitutivo del siniestro para la época, por lo cual no podía declarar el siniestro de incumplimiento a través de acto administrativo y debía formular la reclamación ante la compañía aseguradora de conformidad con las reglas del Código de Comercio<sup>67</sup> (negritas fuera del texto).*

23.4.3.5. De acuerdo con lo expuesto, en ausencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2011, la jurisprudencia de manera uniforme ha interpretado que la decisión de declarar la caducidad del contrato es constitutiva del siniestro de incumplimiento y, por ende, permite a la entidad cuantificar el perjuicio con miras a hacer efectiva la garantía.

23.4.3.6. De esta manera, el Consejo de Estado apoyó al sector de la doctrina que, en los primeros días de expedición de la Ley 80, entendió que el acto de declaratoria de caducidad conllevaba de suyo poder estimar los perjuicios para efectos de hacer efectiva la garantía, así:

<sup>65</sup> [Cita del original] En relación con las multas, esta postura se adoptó por la Sección Tercera mediante Sentencia de octubre 20 de 2005, expediente 14579; respecto de la declaratoria de incumplimiento ver, entre otras: sentencia de febrero 10 de 2005, expediente 25765 de la Sección Tercera de esta Corporación y sentencia de 29 de enero de 2014, de esta Subsección.

<sup>66</sup> [Cita del original] En aquellos casos en los cuales la declaratoria del siniestro se soporta en actos administrativos –que declaran el incumplimiento o que imponen multas–, y que posteriormente son anulados por esta jurisdicción, la consecuencia inmediata es la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declara la ocurrencia del siniestro.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, radicación: 25000-23-26-000-1999-00405-01(32301), CP Hernán Andrade Rincón.



*b. Estimo que tampoco ha desaparecido la cláusula penal pecuniaria. En efecto, si el contratista está obligado a prestar una garantía única (artículo 25 numeral 14) para amparar a la administración en "el cumplimiento de las obligaciones surgidas en el contrato"; si el propósito de la cláusula de caducidad es la terminación anticipada del contrato para sancionar "los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa el contrato y evidencie que puede conducir a su paralización" (artículo 18); y si no hay duda de que el acto administrativo que decreta la caducidad tiene todas las prerrogativas de los actos de la administración (privilegio de lo previo y ejecutoriedad), sería no sólo injurídico (sic), sino absurdo, pensar que la administración puede declarar el incumplimiento, pero, no obstante haber garantía para verla anticipadamente de los efectos del incumplimiento, tiene que acudir a la justicia administrativa para que esta determine los perjuicios anticipados estimados en la garantía.*

*Este argumento no puede ser utilizado, en mi sentir, para inferir la existencia de la cláusula de incumplimiento. Y ello porque habiendo quedado reducida la caducidad a una declaratoria de incumplimiento, y debiendo proferirse por la administración antes del vencimiento del plazo del contrato (puesto que si el objeto es dar por terminado el contrato artículo 18 inciso, es obvio que éste debe estar vigente), es obvio, entonces, que la única declaratoria de incumplimiento autorizado por la ley es la que debe declararse antes del vencimiento del plazo del contrato, o sea, la caducidad<sup>68</sup>.*

23.4.3.7. Estas mismas conclusiones son aplicables entonces a la facultad que tienen las empresas de servicios públicos domiciliarios de imponer la cláusula penal en el acto mediante el cual declaran la caducidad.

24. Ahora bien, en el recurso de apelación, las aseguradoras fundaron su postura contraria a estas conclusiones en cuatro providencias que no varían el sentido de lo señalado previamente, por los siguientes motivos:

24.1. La sentencia proferida en el expediente 39113 no estudió la posibilidad de que la caducidad del contrato comportara la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal. Únicamente analizó si, al margen de dicho acto administrativo, las entidades podían imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal, lo cual estaba vedado antes de la Ley 1150 de 2007<sup>69</sup>.

24.2. El auto del 20 de abril de 2014 y la sentencia del 19 de junio de 2019 analizaron casos de entidades de derecho privado que no podían hacer uso de las cláusulas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993: en la primera providencia, se estudió un negocio jurídico celebrado por Ecopetrol en el marco del derecho privado<sup>70</sup>; en el

<sup>68</sup> W Ariza Moreno. Las cláusulas exorbitantes al derecho común en la Ley 80 de 1993. GH Rodríguez et al. La nueva contratación administrativa. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1994, pp. 84 y 85.

<sup>69</sup> En efecto, la providencia mencionada declaró oficiosamente las cláusulas que le permitían hacerlo, así: "Por lo expuesto, encuentra la Sala que las cláusulas vigésima tercera y vigésima quinta, relativas a la imposición de multas y sanciones penales pecuniarias, adolecen de un vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito, por contravenir normas de derecho público, esto es, de carácter imperativo. Situación que impone así declararlo en la parte resolutive del fallo" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, radicación: 05001-23-31-000-1999-03876 (39113), CP Stella Conto Díaz del Castillo).

De hecho, es tan claro que esta providencia no discute la postura que adoptó el Consejo de Estado en torno a la caducidad que en la cita al pie 16 hace referencia a la providencia proferida el 20 de noviembre de 2008, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio citada previamente (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicación: 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17031), CP Ruth Stella Correa Palacio).

<sup>70</sup> "Teniendo en cuenta que las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato establecían que Ecopetrol S.A. se sometería a las reglas del derecho privado en los contratos y actuaciones que administraran o desarrollaran su objeto social, sin que la ley u otras normas de igual o superior jerarquía establecieran excepciones a esta regla distintas a la aplicación de los principios propios de la función pública y al sometimiento al régimen de



segundo, un contrato suscrito por una empresa de servicios públicos sin la inclusión de cláusulas excepcionales<sup>71</sup>.

24.3. La sentencia del 29 de noviembre de 2019 resolvió una demanda de nulidad del Decreto 2474 de 2008, que reglamentó Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. No obstante, en esa providencia se reiteró que la caducidad, por sí misma, da lugar a imponer la cláusula penal:

*De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que, en ambos casos, en el evento de que se haya pactado cláusula penal pecuniaria, dado que, como ya se explicó en otro aparte de esta providencia, la misma constituye el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que sufrirá la entidad ante el incumplimiento contractual de su contratista, en caso de que se declare la caducidad del contrato o su incumplimiento, sólo habrá lugar a disponer la efectividad de la respectiva cláusula penal, cuyo pago se podrá ordenar al contratista y a su garante<sup>72</sup>.*

25. Finalmente, se advierte que no es necesario estudiar los argumentos relativos a si el Decreto 1082 de 2015 resulta aplicable en el *sub examine* o si el acto de delegación solo comprendía la posibilidad de aplicar las “cláusulas excepcionales”. En efecto, como se explicó previamente, la Empresa de Acueducto sí contaba con competencia para expedir el acto, dado que la Ley 80 de 1993 señala que la caducidad es constitutiva del siniestro.

26. En conclusión, la Empresa de Acueducto sí tenía competencia para hacer efectiva la cláusula penal respecto del garante. Lo anterior, habida cuenta de que, con base en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, expidió un acto administrativo en el que declaró la caducidad del contrato.

## **ii) La cláusula penal no debía reducirse proporcionalmente**

27. El segundo cargo de nulidad está fundado en la premisa según la cual la Empresa de Acueducto debía reducir proporcionalmente la cláusula penal en relación con el avance en la ejecución del contrato de obra.

28. La Sala destaca que está probado que las aseguradoras plantearon ese asunto en el procedimiento administrativo y la entidad denegó la petición en las Resoluciones 834 y 890 de 2021.

28.1. La Resolución 834 resolvió el argumento de la siguiente manera:

---

inhabilidades e incompatibilidades” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 20 de febrero de 2014, radicación: 68001-23-31-000-2010-00262-01 (45310), CP Ramiro Pazos Zambrano).

<sup>71</sup> En el párrafo 87 se indicó “el régimen aplicable al contrato celebrado por la EAAY, una empresa prestadora de servicios públicos, regida por la Ley 142 de 1994, en el que no se pactaron cláusulas excepcionales, debe ser, para todas sus consideraciones, el derecho privado, por lo que, a diferencia del alcance que pretendió darle el juzgador de primera instancia, el contrato debía regirse por el derecho común” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, radicación: 85001-23-31-001-2008-00076-01 (39800), CP Alberto Montaña Plata).

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 2019, radicación: 11001-03-26-000-2009-00034-00(36600)A, CP María Adriana Marín.

La Sala destaca que es tan claro que la providencia reconoce la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal antes de la Ley 1150 de 2007 que citó el auto del 4 de noviembre de 2004 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Ramiro Saavedra Becerra (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de noviembre de 2004, radicación: 68001-23-15-000-2002-0564-01(24225), CP Ramiro Saavedra Becerra).



**"Proporcionalidad de la cláusula penal".**

*En cuanto a este argumento, se debe manifestar que los Garantes renunciaron voluntariamente a la proporcionalidad, no obstante, la penalidad obedece a una tasación anticipada de perjuicios, y en este caso la consideración para su proporcionalidad no debe ser atendida en la medida que el contratista cumplió o dejó de cumplir, si no en razón al mayor o menor perjuicio que ha causado a la entidad por su acción y omisión.*

*En fundamento de lo anterior el Consejo de Estado se ha pronunciado así:*

*[Cita en extenso del auto del 24 de noviembre de 2004 proferido por la Sección Tercera con ponencia del doctor Ramiro Saavedra Becerra]<sup>73</sup> (negrillas dentro del texto).*

28.2. Por su parte, la Resolución 890 de 2021 señaló lo siguiente en relación con este asunto:

**PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.**

*El apoderado de los garantes considera que debe aplicarse proporcionalidad en la tasación anticipada de perjuicios, ya que los mismos se deberían tasar teniendo en cuenta la proporción del porcentaje de incumplimiento de las obligaciones, recordando en este caso lo previsto en las condiciones generales de la póliza que señala que la "cláusula penal se rebajará proporcionalmente en la parte que el contratista hubiera cumplido y que el asegurado hubiere aceptado"*

**Consideraciones de la EAAB**

*Contrario a los presupuestos fácticos en los que se fundamentan los recurrentes, en el evento que nos ocupa no estamos en frente a una declaratoria de incumplimiento parcial del contrato, que permita arribar a la conclusión que afirmó el señor defensor de los garantes. Ni tampoco, a nada ajeno a lo pactado en el contrato de seguros que garantiza el cumplimiento del contrato de obra.*

*En efecto, en el presente caso, los precedentes judiciales invocados por la defensa efectivamente facultan al interesado a acudir ante el juez a pedir que se reduzca el monto de la pena, cuando la misma a su juicio resulta desproporcionada frente a los perjuicios causados a la parte que hizo uso de la tasación anticipada de los mismos, que también opera en sentido contrario, cuando los perjuicios son mayores a los previamente tasados por las partes.*

*Sin embargo, dada la clase de contrato – llave en mano-, y por tanto, la naturaleza indivisible del objeto contractual y de las obligaciones del contratista, en el presente evento, el incumplimiento imputable al contratista llevó al traste la relación contractual en un todo, por lo que no es posible predicar la proporcionalidad solicitada, como si se tratase de la declaratoria parcial de incumplimiento del contrato, como sucede en otros eventos de incumplimiento de obligaciones, de los que puede predicarse un incumplimiento parcial.*

*Adicionalmente, en el anexo 3 de la póliza 11-54-101073244 (sic) en la Nota 9, como se indicó en precedencia, la aseguradora renunció a la aplicación de la cláusula de proporcionalidad, estipulación especial que, contrario a lo afirmado por el apoderado de los garantes, prima en su aplicación frente a las condiciones generales.*

*Empero, además, porque el reclamar de la aseguradora la suma producto de la tasación anticipada de perjuicios derivada del incumplimiento definitivo del contrato, consecuencia de la declaratoria de caducidad, no resulta ajeno o fuera de lo pactado, así como tampoco del límite del valor asegurado de este amparo.*

*Por lo que, en vigencia del seguro, es posible afectar a través de diferentes reclamos este amparo, hasta el límite del valor asegurado y en el marco del contrato de obra y de los incumplimientos que se hayan presentado.*

*Por lo que, si el contratista o el garante consideran que la estimación anticipada de perjuicios es menor, deberán acudir al juez del contrato para pedir su reducción, así como de conformidad con lo previsto en el parágrafo primero de la cláusula décima*

<sup>73</sup> Folios 125 a 128 – archivo 15092021 Resolución 0834 de 2021 (caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.



*segunda del contrato de obra No 1 – 01 – 25300-01140 de 2017, la EAAB se reserva el derecho a acudir al juez del contrato para pedir el resarcimiento de perjuicios que supere el monto de la tasación anticipada de perjuicios<sup>74</sup> (negritas dentro del texto).*

29. Como se puede observar, la Empresa de Acueducto asevera que hay tres argumentos para desestimar la reducción del pago de la cláusula penal en proporción al cumplimiento del contrato: primero, que hubo renuncia expresa por parte de las aseguradoras; segundo, que los perjuicios de la entidad fueron mayores; y tercero, que el contrato contenía una obligación indivisible.

30. La Sala solo estudiará el primer asunto porque, estando demostrado que hubo pacto en contra de la reducción proporcional prevista en el artículo 867 del Código de Comercio, se torna innecesario estudiar los demás argumentos que justificaban la inaplicación de dicha norma.

31. El artículo 867 del Código de Comercio señala lo siguiente en torno a la reducción de la cláusula penal<sup>75</sup>:

*Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena**, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte** (destacado fuera del texto).*

31.1. Conforme la norma anterior, el juez puede reducir equitativamente el monto de la cláusula penal cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

31.2. La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que puede pactarse en contra de la reducción proporcional<sup>76</sup>. Así las cosas, la regulación del artículo 867 del Código de Comercio es aplicable cuando las partes no se regulen en contra de la reducción proporcional de la cláusula penal.

32. En el presente asunto, está acreditado lo siguiente:

32.1. Las partes pactaron la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios, sin indicar si debía reducirse proporcionalmente cuando hubiera un cumplimiento parcial de las obligaciones del contrato:

<sup>74</sup> Folios 95 y 06 – archivo 30092021 Resolución 0890 de 2021 (confirma caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>75</sup> La Sala destaca que los demandantes invocaron también el artículo 1596 del Código Civil. Esta norma, sin embargo, no es aplicable en el presente asunto. En efecto, el caso está gobernado por la normativa mercantil, dado que el numeral 10 del artículo 20 del Código de Comercio prevé que son actos de comercio los realizados por las “empresas de seguros y la actividad aseguradora”, y no es posible aplicar la remisión al derecho común señalada en el artículo 822 del Código de Comercio, pues esta solo se activa cuando la regulación mercantil guarda silencio.

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2023, radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67430), CP Fredy Ibarra Martínez. En el caso se indicó, con base en doctrina nacional, que no hay lugar a aplicar la cláusula penal, entre otros supuestos, cuando se pacta expresamente que la pena se aplicará para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación.



**CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- PENAL PECUNIARIA Y EXIGIBILIDAD DE LAS GARANTIAS:** *En caso de incumplimiento grave o definitivo del contrato se causará a cargo del CONTRATISTA una pena pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen a la EAB ESP. El pago de la penal pecuniaria no exime al CONTRATISTA del cumplimiento de la obligación principal. En todo caso esta cláusula se sujetará a lo establecido en el artículo 46 de la Resolución No. 0798 del 13 de septiembre de 2016 "Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la EAB-ESP". PARÁGRAFO PRIMERO. La liquidación de daños que se establece en esta Cláusula no implica ninguna renuncia con respecto al resarcimiento total de los daños infligidos a las mismas por cualquier incumplimiento del Contrato por parte del CONTRATISTA. Por consiguiente la EAB ESP conservará el derecho a demandar del CONTRATISTA el pago de los perjuicios adicionales -debidamente demostrados- ocasionados por los perjuicios debidamente demostrados que se ocasionen por incumplimientos del presente Contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO. Las sumas que por concepto de liquidación de daños relacionadas con los eventos mencionados en esta Cláusula, podrán ser compensadas de cualquier desembolso pendientes en virtud del presente Contrato a cargo de la EAB ESP. Si no hubiere desembolsos pendientes para compensar, y en caso de no contar en éste con los recursos suficientes que las cubra, las sumas deberán ser pagadas por el CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de la factura por parte de la EAB ESP. Para efectos de la aplicación de esta Cláusula, el CONTRATISTA reconoce y acepta que no será necesario procedimiento ni requerimiento alguno para constituirlo en mora. En todo caso, las sumas por concepto de multas y daños liquidados deberán estar cubiertas por la garantía de cumplimiento que se exige en el presente Contrato<sup>77</sup> (mayúsculas sostenidas dentro del texto).*

32.2. Igualmente, en la cláusula novena, referente a las garantías y seguros, previó en su parágrafo 3 "la asegurado (sic) debe manifestar de manera expresa, que renuncia a la aplicación de la CLÁUSULA DE PROPORCIONALIDAD"<sup>78</sup>.

32.3. Por su parte, está acreditado que la póliza de seguros 11-45-101073244 fue otorgada por Seguros del Estado S.A. en coaseguro con Zurich Colombia Seguros S.A y garantizó el "EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO"<sup>79</sup> celebrado entre el consorcio contratista y la Empresa de Acueducto.

32.4. Asimismo, se encuentra demostrado que, en la póliza, se incluyó la nota 9, conforme con la cual "SEGUROS DEL ESTADO S.A. RENUNCIA A LA APLICACION DE LA CLAUSULA DE PROPORCIONALIDAD"<sup>80</sup> (mayúsculas sostenidas sin tildes dentro del texto).

32.5. Por su parte, en las condiciones generales del contrato de seguro se estableció expresamente que la cláusula penal se reduciría en proporción con el cumplimiento contractual, del siguiente modo:

**1.1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO  
POR ESTE AMPARO EL ASEGURADO SE PRECAVE CONTRA LOS PERJUICIOS  
DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA, DE LAS  
OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO, COMPRENDE  
ADEMAS EL PAGO DE LAS MULTAS Y DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA.**

<sup>77</sup> Archivo Contrato de obra No. 1-01-25300-01140-2017 – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>78</sup> Archivo Contrato de obra No. 1-01-25300-01140-2017 – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>79</sup> Folio 1 – archivo Póliza de cumplimiento (Anexo No 7) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>80</sup> Folio 3 – archivo Póliza de cumplimiento (Anexo No 7) – índice 1 del Samai del tribunal.



**PARAGRAFO: LA CLAUSULA PENAL SE REBAJARA PROPORCIONALMENTE EN LA PARTE QUE EL CONTRATISTA HUBIERA CUMPLIDO Y QUE EL ASEGURADO HUBIERA ACEPTADO**<sup>81</sup> (negritas fuera del texto, mayúsculas sostenidas en el documento).

32.6. De acuerdo con los documentos citados, es claro que el numeral 1.1.4. de las condiciones generales del contrato de seguro establecía, en concordancia con el artículo 867 del Código de Comercio, que la cláusula penal debía rebajarse en proporción al cumplimiento de las obligaciones del contrato de obra recibidas por la Empresa de Acueducto. Sin embargo, para cumplir la previsión del párrafo 3 de la cláusula novena del contrato de obra, en la póliza otorgada expresamente se indicó que las aseguradoras renunciaron a la “cláusula de proporcionalidad”<sup>82</sup>, por lo que es claro que la Empresa de Acueducto podía hacer efectiva la totalidad del valor previsto en la cláusula penal.

33. Ahora bien, en el recurso de apelación, las aseguradoras aseveraron que la nota 9 no fue una renuncia a la reducción proporcional del pago de la cláusula penal. De hecho, indicaron que el tribunal confundió dos figuras, a saber: la “renuncia a la aplicación de la cláusula de proporcionalidad” y “la reducción proporcional del pago de la cláusula penal”. En ese sentido, las apelantes argumentaron lo siguiente:

*(...) cuando las coaseguradoras renunciaron a la cláusula de proporcionalidad, en realidad resignaron la posibilidad de que el valor de la suma asegurada del amparo de cumplimiento se aminorara a medida que se iba cumpliendo el objeto del contrato. En otras palabras, las coaseguradoras aceptaron que no tuviera lugar el siguiente escenario: que si, por ejemplo, el Contrato de obra se cumplió en un sesenta por ciento (60%), automáticamente la suma máxima asegurada del amparo de cumplimiento se contrajera en la misma proporción, hubiera o no siniestro. Empero, ello no significa, como lo entendió erradamente la EAAB y el Tribunal, que se deban dejar de aplicar las normas civiles (art. 1596 CC) y comerciales (art. 867 CCo) que estipulan la reducción de la cuantía de la cláusula penal (no del valor asegurado del amparo de cumplimiento), acorde al grado prestacional de cumplimiento del Contrato de obra; manteniéndose íntegros los valores tope asegurados de la póliza.*

*Es decir, la dejación sin efectos de la cláusula de proporcionalidad conlleva a que, por ejemplo, un valor asegurado del amparo de cumplimiento de \$10.000.000.000 no se altere a medida que el contratista va cumpliendo. Otra cosa distinta es que, al momento de graduar la cláusula penal, en la cuantificación se deba ver reflejado el porcentaje de avance aceptado por la contratante; ya que así lo imponen las normas legales que regulan la materia*

*Esto último se explica en razón a que el seguro de cumplimiento es, primero, una garantía, y segundo, que opera como mecanismo de mera indemnización (art. 1088 CCo). Estas dos características implican que la obligación indemnizatoria del garante, en los estrictos y precisos términos de la garantía, no pueda ser nunca superior a la entidad del perjuicio patrimonial causado por el contratista afianzado (...). Si el contratista afianzado puede verse beneficiado por la reducción proporcional de la cláusula penal, no tiene ningún sentido resarcitorio que el garante sí deba responder por la totalidad de dicha cláusula<sup>83</sup> (destacado propio).*

<sup>81</sup> Folio 2 – archivo Condiciones generales de la póliza de cumplimiento – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>82</sup> Es importante precisar que la nota hace referencia a Seguros del Estado S.A., por lo que podría pensarse que esa renuncia no es predicada a Zurich Colombia Seguros S.A. en calidad de coaseguradora. No obstante, este cargo de nulidad no fue formulado en la demanda ni es un reparo formulado con el recurso de apelación. Por el contrario, en este último, indicaron que “las coaseguradoras renunciaron a la cláusula de proporcionalidad” (folio 64 – índice 50 del Samai del tribunal).

<sup>83</sup> Folios 64 y 65 – índice 50 del Samai del tribunal.



33.1. La Sala no comparte la argumentación planteada por tres motivos: en primer lugar, la postura citada parte del supuesto según el cual no se pueden “dejar de aplicar las normas las normas civiles (art. 1596 CC) y comerciales (art. 867 CCo)”. No obstante, como se indicó previamente, estas admiten pacto en contrario. De hecho, ello ocurre, por ejemplo, cuando se pacta que la pena se impone ante el incumplimiento total o parcial de la obligación, tal como lo reiteró recientemente esta Subsección:

*En relación con la aplicación de la referida disposición normativa al seguro único de cumplimiento que ampara los contratos estatales la Sala ha precisado que para tal efecto es necesario analizar el contenido y alcance de la cláusula penal pactada por las partes, las obligaciones cuyo incumplimiento dan lugar a su aplicación y si este puede verificarse de manera parcial (...)*

*7) En ese contexto, en este preciso caso, en atención a la forma en que se estipuló la cláusula penal pecuniaria en un determinado porcentaje del valor del contrato y su aplicabilidad aún en casos de incumplimiento parcial, la ejecución parcial del contrato no otorga derecho a la reducción pretendida, debido a que las partes, en ejercicio de su autonomía, regularon los eventos de procedencia y cuantía. Por ende, aplicar una pena inferior a la pactada cuando se configuró el supuesto de hecho previsto por las partes (incumplimiento parcial) devendría en el desconocimiento del negocio jurídico que en forma autónoma acordaron celebrar.*

*8) Por consiguiente, se confirma la sentencia de primera instancia en tanto denegó las súplicas tendientes a obtener la reducción proporcional de la cláusula penal por cumplimiento parcial<sup>84</sup>.*

33.2. En segundo lugar, las aseguradoras no fundamentan la fuente legal o contractual que permitiría deducir el entendimiento que le dieron a la expresión “cláusula de proporcionalidad”<sup>85</sup>.

33.3. Para la Sala, por el contrario, es claro que, una interpretación armónica<sup>86</sup> del contrato de seguro permite constatar que la nota de la póliza justamente se incluyó con miras a que no se aplicara la previsión de las condiciones generales de seguros que establecía que debía reducirse la cláusula penal “PROPORCIONALMENTE EN LA PARTE QUE EL CONTRATISTA HUBIERA CUMPLIDO Y QUE EL ASEGURADO HUBIERA ACEPTADO”<sup>87</sup>.

33.4. En tercer y último lugar, que el contrato de seguro solo cubra la indemnización de perjuicios hasta el monto de la cobertura o si la reducción de la cláusula penal sería aplicable al contratista de obra son aspectos irrelevantes para determinar que si debe rebajarse proporcionalmente el monto la cláusula penal.

33.4.1. Es indudable que el artículo 1088 del Código de Comercio prevé que “los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de septiembre de 2025, radicación: 25000-23-26-000-2012-00936-01 (69029), CP Fredy Ibarra Martínez. El doctor Alberto Montaña Plata aclaró el voto en relación con otro asunto.

<sup>85</sup> Simplemente una concepto rendido por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente que interpreta el artículo 2.2.1.2.3.2.4 del Decreto 1082 de 2015. No obstante, en el recurso también se sostiene que esta norma no aplicaba en el presente caso, sino “solamente para aquellos contratos gobernados íntegramente por el Estatuto General de Contratación Pública” (folio 62 – índice 50 del Samai del tribunal).

<sup>86</sup> El artículo 1622 del Código Civil establece que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

<sup>87</sup> Folio 2 – archivo Condiciones generales de la póliza de cumplimiento – índice 1 del Samai del tribunal. Esto en concordancia con una lectura de las cláusulas en concordancia con el contrato de obra.



para él fuente de enriquecimiento”. También es cierto que el artículo 1089 del mismo código señala que la “indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario”. De los artículos citados, sin embargo, no se deduce que deba realizarse una reducción de la cláusula penal, que es lo discutido en este caso<sup>88</sup>.

33.4.2. Adicionalmente, esas normas justamente permiten ver que, aunque el contrato de seguro es accesorio al asegurado, es autónomo de él. Al respecto, esta Subsección ha señalado que “si bien el contrato de seguro de cumplimiento está íntimamente ligado con el contrato garantizado, constituye un negocio jurídico autónomo<sup>89</sup>90”. Por lo anterior, la discusión de si la reducción de la cláusula penal era aplicable al contratista de obra no es pertinente, pues se reitera que las aseguradoras expresamente renunciaron a ella.

34. En conclusión, la Sala estima que no era menester reducir la cláusula penal pues las aseguradoras expresamente renunciaron a esa posibilidad en la nota 9 de la póliza de seguros 11-45-101073244.

**iii) No se evidenció la infracción de una norma superior, del debido proceso o la existencia de falsa motivación por la circunstancia de que la Empresa de Acueducto no haya compensado las sumas adeudadas al contratista**

35. El último cargo de nulidad discute la decisión de la Empresa de Acueducto de no compensar el monto de la cláusula penal con las sumas adeudadas al contratista. Al respecto, el acto administrativo sostuvo lo siguiente:

35.1. En la Resolución 834 de 2021, la entidad consideró que procedía la compensación. No obstante, en el momento de estudiar los saldos a favor del contratista constató que sobre esas sumas pesaban embargos, de la siguiente manera:

***"Compensación"***

*Es procedente, conforme al régimen legal aplicable, siempre y cuando existan saldos a favor del contratista, una vez efectuada la liquidación del contrato.*

*(...)*

*El apoderado de los garantes en su escrito de descargos solicita la compensación de las sumas que se adeudan al contratista, en aplicación de las normas legales que regulan dicha institución y de lo pactado en contrato (cláusula décima segunda, párrafo segundo) y en el contrato de seguros.*

*Al respecto, de acuerdo con la certificación del interventor, se presenta el balance financiero del contrato y la tasación de perjuicios:*

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, las aseguradoras bien podrían haber discutido la vulneración del carácter indemnizatorio del seguro si el monto de los perjuicios sufridos por la Empresa de Acueducto fue menor al previsto en la cláusula penal. Esto, no obstante, no fue objeto del presente proceso.

<sup>89</sup> [Cita del original] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2000, exp. 11.328 y Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de enero de 2016, exp. 45.943.

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2020, radicación: 08001-23-31-000-2002-02837-02 (56088), CP Alberto Montaña Plata.



[Incluye una tabla realizada por interventor que contiene los saldos a favor del contratista a corte del 31 de julio de 2021]

**El saldo a favor del contratista corresponde a la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$2.431.484.670) MAS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS DÓLARES CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS (USD\$25.322,74).**

No obstante, según información de la Tesorería de la EAAB-ESP actualmente se encuentran las siguientes órdenes de embargo radicadas ante la EAAB-ESP, contra el CONSORCIO EPIC PTFW y la empresa PRISPMA LTDA, integrante del Consorcio:

- Orden de embargo del juzgado 55 Civil Municipal  
Referencia: EJECUTIVO No 11001400305520210054900  
Demandante: SERVICIO NACIONAL A ESCOLARES EMPRESAS Y TURISMO S.A.  
SENALTUR S.A. NIT 800.126.285-6  
Demandado: CONSORCIO EPIC PTFW NIT 901.140.738-5  
PROYECTOS DE INGENIERIA Y SERVICIOS PARA EL MEDIO AMBIENTE LTDA - PRISPMA LTDA NIT 900.264.234-4  
ECMAN ENGENHARIA SUCURSAL COLOMBIA NIT 901.095.034-6  
INGECOL S.A. NIT 804.017.671-3  
Valor: \$200.000.000,00
- Orden de embargo del Juzgado Sexto Civil del Circuito  
Referencia proceso ejecutivo singular  
de mayor cuantía No 110013103006202000414-00  
Demandante: BANCOLOMBIA S.A. NIT 890.903.938-8  
Demandado: PROYECTOS DE INGENIERIA Y SERVICIOS PARA EL MEDIO AMBIENTE LTDA - PRISPMA LTDA NIT 900.264.234-4  
ALBERT ALEJANDRO ORTIZ RINCÓN CC 1.023.871.988  
Valor: \$2.475.000.000,00
- Orden de embargo del Juzgado 37 Civil del Circuito  
Referencia proceso ejecutivo singular No 110013103037202000278  
Demandante: ACEROS MAPA S.A. NIT 890.904.459-6  
Demandado: PROYECTOS DE INGENIERIA Y SERVICIOS PARA EL MEDIO AMBIENTE LTDA - PRISPMA LTDA NIT 900.264.234-4  
ALBERT ALEJANDRO ORTIZ RINCÓN CC 1.023.871.988  
Valor: \$280.000.000,00

Por lo anterior, en el estado de la presente actuación administrativa, no es procedente aplicar la compensación<sup>91</sup>.

35.2. En el recurso de reposición, las aseguradoras, en esencia, alegaron lo mismo planteado en los cargos de nulidad del acto<sup>92</sup>. La Resolución 890 confirmó en su integridad la decisión anterior, con base en la siguiente consideración:

*Culminados todos los trámites administrativos dentro de la presente diligencia, esta Oficina ha podido establecer que se ha respetado el debido proceso, el derecho de audiencia, se han aportado las pruebas suficientes respecto de los hechos en que se fundamentan los incumplimientos, y en especial, se ha permitido al contratista que en el curso de la audiencia se aporte el material probatorio en su defensa.*

*Esta Oficina en el marco de la sana crítica, y bajo la tutela de las normas que garantizan el debido proceso y la contradicción de la prueba, no evidenció elemento alguno que le permita revocar su decisión respecto del flagrante y grave incumplimiento en el cual se encuentra el contrato No 1 –01 – 25300 – 01140-2017 suscrito entre la Empresa de*

<sup>91</sup> Folios 128 y 145 a 150 – archivo 15092021 Resolución 0834 de 2021 (caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>92</sup> Archivo 22092021 Sustentación recurso de reposición VF – en 22092021 Radicación sustentación reposición.eml – índice 1 del Samai del tribunal.



*Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P y el CONSORCIO EPIC PTFW<sup>93</sup>.*

36. Las aseguradoras sostienen que las resoluciones citadas son nulas por dos motivos:

36.1. Por una parte, se violaron las normas superiores porque el artículo 1088 del Código de Comercio y las condiciones generales del contrato de seguro obligaban a que la Empresa de Acueducto realizara la compensación.

36.2. El acto adolece de falsa motivación y se expidió vulnerando el debido proceso de las aseguradoras, porque nunca sometió a contradicción las pruebas que demostraban que los saldos del contratista habían sido embargados. En ese sentido, no se dio oportunidad a las aseguradoras de expresar sus opiniones, lo cual vulnera el artículo 42 del CPACA<sup>94</sup>. Así, la entidad debió poner en conocimiento de las aseguradoras las pruebas de los embargos antes de adoptar la decisión administrativa, pero no lo hizo

37. En relación con el primer cargo, se aprecia que el texto original del artículo 1088 del Código de Comercio señala lo siguiente<sup>95</sup>:

*Artículo 1088. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

37.1. La norma anterior señala que el contrato de seguros de daños es indemnizatorio y no puede constituir fuente de enriquecimiento del beneficiario, motivo por el cual las aseguradoras sostienen que procedía la compensación.

37.2. En ese sentido, destacan que el párrafo segundo de la cláusula décima segunda del contrato de obra, que reguló la cláusula penal, estableció que las “sumas que por concepto de liquidación de daños relacionadas con los eventos mencionados en esta Cláusula, podrán ser compensadas de cualquier desembolso pendiente en virtud del presente Contrato a cargo de la EAB ESP”.

37.3. Esto es concordante con el párrafo 2 del de la cláusula quinta de las condiciones generales del contrato de seguro que también establecieron la compensación, así:

**PARAGRAFO 2.**

**SI EL ASEGURADO AL MOMENTO DE PRODUCIRSE EL SINIESTRO, O EN CUALQUIER MOMENTO POSTERIOR A ESTE, Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACION, FUERE DEUDOR DEL CONTRATISTA POR CUALQUIER CONCEPTO, LA INDEMNIZACION SE COMPENSARA EN EL MONTO DE DICHA DEUDA SIEMPRE QUE ESTA SEA LEGALMENTE PROCEDENTE<sup>96</sup> (mayúsculas sostenidas dentro del texto).**

<sup>93</sup> Folios 98 y 99 – archivo 30092021 Resolución 0890 de 2021 (confirma caducidad) – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>94</sup> “Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada”.

<sup>95</sup> La Ley 2294 de 2023 adicionó un inciso, el cual no es aplicable, entre otros motivos, porque es posterior a la expedición del acto administrativo demandado.

<sup>96</sup> Folio 6 – archivo Condiciones generales de la póliza de cumplimiento – índice 1 del Samai del tribunal.



37.4. A pesar de lo anterior, es innegable que el artículo 1720 del Código Civil establece que la compensación no procede en relación con sumas embargadas, así:

*Artículo 1720. La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero.*

*Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo* (resaltado fuera del texto).

37.5. De acuerdo con lo expuesto, es claro que, en cumplimiento del artículo 1720 del Código Civil, la Empresa de Acueducto no podía compensar las sumas que adeudaba al contratista por cuanto estaban embargadas.

38. En lo que versa sobre el segundo cargo, no se observa la configuración de la falsa motivación ni la vulneración del derecho de audiencia de defensa.

38.1. En relación con la causal de falsa motivación, la Subsección C ha señalado lo siguiente:

*(...) La motivación es una de las más caracterizadas expresiones del debido proceso, pues solo así el contratista podrá defender sus derechos, si considera que los motivos aducidos no se enmarcan en las causales para la procedencia de la figura<sup>97</sup>. La motivación, elemento fundamental del acto administrativo, puede encontrarse en el texto de la decisión o en los antecedentes que le dieron origen<sup>98</sup>. En consecuencia, la falsa motivación se configura cuando los fundamentos de la decisión no corresponden con la realidad, por la inexistencia o error de los motivos de derecho o de hecho aducidos<sup>99, 100</sup>.*

38.1.1. En el presente caso, la falsa motivación se fundamentaría por la inexistencia del fundamento fáctico para no realizar la compensación. En particular, las aseguradoras aducen que desconocieron las pruebas que acreditan los embargos existentes.

38.1.2. La Sala destaca, sin embargo, que el artículo 88 del CPACA consagra la presunción de legalidad de los actos administrativos, así:

*Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.*

38.1.3. Cabe indicar que de la anterior norma, se ha derivado que los fundamentos indicados en las decisiones administrativas también se presumen veraces. En ese

<sup>97</sup> [Cita del original] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 1990 Rad. N-3106 [fundamento jurídico párr. 23-24], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 p. 325, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

<sup>98</sup> [Cita del original] Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de febrero de 2000, Rad. 5694 [fundamento jurídico 3], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Primera, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 27-28, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

<sup>99</sup> [Cita del original] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2001, Rad. 13.411 [fundamento jurídico b].

<sup>100</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de noviembre de 2021, radicación: 05001-23-31-000-1996-00168-01 (35993), CP Guillermo Sánchez Luque.



sentido, quien pretende la nulidad del acto administrativo es quien debe desvirtuar si son ciertos, o no, los fundamentos fácticos expuestos en él. Por ello, esta Subsección ha señalado que “las decisiones demandadas están revestidas de presunción de legalidad y de veracidad, de modo que correspondía al demandante desvirtuarla”<sup>101</sup>.

38.1.4. En el asunto bajo estudio, entonces, a las aseguradoras les correspondía demostrar que los saldos a favor del contratista reconocidos en la Resolución 834 de 2021 no habían sido embargados. No obstante, las demandantes no desplegaron actividad probatoria al respecto.

38.2. Por su parte, el artículo 29 de la Carta Política consagra que el debido proceso aplica “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. El legislador cuenta libertad de configuración para ponderar cómo se garantiza ese debido proceso en la regulación del trámite administrativo<sup>102</sup>.

38.3. En el presente caso, la Empresa de Acueducto aplicó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como se indicó previamente<sup>103</sup>. Esta norma prevé el siguiente procedimiento:

*Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

*a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación (...). En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;*

*b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;*

*c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;*

*(...).*

38.4. Con base en esta disposición constitucional, esta corporación ha señalado lo

<sup>101</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, radicación: 25000232600020110122201 (50698), CP Fredy Ibarra Martínez.

<sup>102</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2014, MP María Victoria Correa Calle.

<sup>103</sup> Párrafo 17.2.



siguiente sobre la causal de violación del derecho de audiencia y de defensa, en el marco del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

*21. No toda irregularidad en el trámite de una actuación administrativa configura una trasgresión a una de estas garantías ni constituye per se una causa de anulación del acto administrativo. Debe tratarse de un yerro sustancial, esto es, que de no haber existido, el acto administrativo definitorio hubiera tenido un sentido ostensiblemente diferente. Y si se trata de una irregularidad procedimental, debe cercenar o coartar de forma clara el ejercicio de las mencionadas prerrogativas fundamentales en cabeza del sujeto vinculado, porque no se surtió su notificación, perdió la posibilidad de rendir descargos o quedó desprovisto de la oportunidad de allegar pruebas, como ha expuesto reiteradamente esta Corporación<sup>104</sup> <sup>105</sup>.*

38.4.1. De acuerdo con lo expuesto, la causal de nulidad de violación del derecho de audiencia de defensa se presenta cuando hay (i) un yerro sustancial, de forma tal que de no cometerse hubiera cambiado el sentido de la decisión administrativa; y (ii) cuando se cercenan las prerrogativas fundamentales de defensa del sujeto vinculado a la actuación administrativa, lo cual ocurre, entre otros casos, cuando no se le notifica la actuación administrativa o cuando se le elimina la posibilidad de presentar descargos o allegar pruebas.

38.4.2. En el caso concreto, las aseguradoras no probaron que se presentara ninguno de los dos tipos de vicios. Por una parte, no acreditó que, de haberse dado traslado de las pruebas que acreditaban el embargo, hubiera variado la decisión de no compensar los saldos del contratista.

38.4.3. Por la otra parte, los demandantes tampoco demostraron que no se les hubiera notificado de la actuación administrativa o que se les hubiera negado la posibilidad de presentar descargos y pruebas. Todo lo contrario, en el expediente se acreditó que las aseguradoras fueron citadas a la audiencia<sup>106</sup>, presentaron descargos<sup>107</sup> y en desarrollo de estos aportaron pruebas<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> [Cita del original] "Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera como sustancial, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente diferente. (...) No toda irregularidad acaecida dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado". CONSEJO DE ESTADO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/SECCIÓN SEGUNDA/SUBSECCIÓN B/Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ/Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05001-23-33-000-2014-02189-01(1171-18)/Actor: LIBARDO ANTONIO GIRALDO GAVIRIA Y LUIS ALBERTO GUTIÉRREZ MEJÍA/Demandado: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA/

<sup>105</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2024, radicación: 85001-23-33-000-2020-00039-01 (68176), CP José Roberto Sáchica Méndez.

<sup>106</sup> La citación obra en tres archivos de pdf: (i) 1.CITACIÓN AUDIENCIA; (ii) CITACIÓN AUDIENCIA 2; y (iii) CITACIÓN AUDIENCIA 3. Todos los documentos obra en el índice 9 del Samai del tribunal. En concordancia con esta, está la demostración de la entrega física de la citación en la oficinas de las aseguradoras (folios 1 y 7 – archivo CERTIFICADOS DE ENTREGA FISICO – índice 9 del Samai del tribunal).

<sup>107</sup> Archivo 01092021 Radicación descargos – índice 1 del Samai del tribunal.

<sup>108</sup> Se aportaron los siguientes documentos anexos a los descargos que fueron presentados por las aseguradoras: (i) (5.1) AUTORIZACIÓN DE PAGO EAAB - RICARDO MARIÑO (002); (ii) (5.2) Acta de Posesión No. 0023 - Acta de Posesión (002); (iii) (5.3) Resolución de Nombramiento No. 0086 (002); (iv) (5) Comunicación reconocimiento Indemnización Ricardo Mariño (002); (v) (6.1) RECIBO DE INDEMNIZACIÓN ACUEDUCTO SUBESTACION (HENKEL) (002); (vi) (6.1) RECIBO DE INDEMNIZACIÓN ACUEDUCTO SUBESTACION (HENKEL); (vii) (6)



39. En síntesis, la Sala desestima las pretensiones de la demanda porque (i) declaratoria de caducidad del contrato conlleva la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal en relación con el garante; (ii) no debía reducirse proporcionalmente la cláusula penal; y (iii) no se le vulneraron las garantías de audiencia y defensa de las aseguradoras en el trámite administrativo.

## I. Costas

40. Las aseguradoras señalan que la condena en costas de primera instancia no debió ser impuesta, por cuanto la Ley 2080 de 2021 estableció que procede solo cuando hay manifiesta carencia de fundamento en las demandas. La Sala confirmará la decisión de primera instancia porque esa lectura de la norma no es precisa como ha establecido esta Subsección:

*El artículo 47 de la Ley 2080 de 21 de enero de 2021 adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011-CPACA. El texto integrado de la norma es el siguiente:*

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 (...)> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” (negritas adicionales).*

*De la lectura de la disposición es posible establecer la finalidad y el propósito del legislador con esta nueva modificación.*

*(...)*

*El artículo 188 del CPACA fijó (i) la regla general de la procedencia de las costas en los procesos contencioso administrativos; además (ii) definió la excepción a la regla, esto es, los procesos en que se ventile un interés público y, por último, (iii) consagró una excepción a la excepción, puesto que será posible condenar en costas incluso en los procesos contencioso objetivos sobre la condición de que se acredite que la demanda carece por completo de fundamento legal.*

*Esta hermenéutica garantiza el principio interpretativo del efecto útil de las normas; se adecúa de manera sistemática con el propósito del legislador de promover el ejercicio recto y responsable del derecho de acción y permite darle un entendimiento apropiado a la expresión “en todo caso” con la cual el legislador estableció, como excepción a la excepción, la posibilidad de condenar en costas aun en los procesos en los que se ventile un interés público.*

*En efecto, si no se interpreta de manera armónica e integrada los dos incisos del artículo 188 del CPACA -adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021- se generaría una consecuencia absurda consistente en que solo habría condena en costas en una vía, esto es, solo para la parte actora y sobre la condición de que la demanda carezca por completo de fundamento legal, pero, no habría posibilidad en costas cuando la parte vencida fuera el extremo demandado (...).*

*En suma, la mejor interpretación de la disposición es aquella que promueve la efectividad y aplicabilidad de la norma a través sistematicidad entre los incisos primero y segundo del artículo 188 ibidem, que garantiza la aplicación de la regla general -condena en costas para la parte vencida, demandante o demandada, en cualquier tipo de procesos- salvo en los que se ventile un interés público (acciones públicas) y, en todo caso, en este tipo de asuntos será procedente la condena en costas al demandante cuando se advierta que la demanda carece por completo de fundamento legal porque se castiga el ejercicio infundado e irresponsable del derecho*

---

Condiciones Empresas de Servicios Públicos; (vii) (6) Notificación pago sub estación eléctrica EAAB (002); (viii) (6) Notificación pago sub estación eléctrica EAAB; (ix) (7) PÓLIZA ANEXO 7; (x) (8) TERMINACIÓN DEL CONTRATO; y (xi) Pago Zurich subestación. Todos estos archivos obran en el índice 1 del Samai del tribunal.



*de acción, al promover un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional<sup>109</sup>.*

41. Ahora bien, como el recurso de apelación no prosperó, las aseguradoras deberán ser condenadas en costas y agencias en derecho de segunda instancia, de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA<sup>110</sup>. Las costas serán tasadas y liquidadas en forma concentrada por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

### III. DECISIÓN

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,

#### RESUELVE:

**PRIMERA: CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 26 de julio de 2024 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDA: CONDÉNASE** en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se fijarán y liquidarán en forma concentrada por el tribunal de primera instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Con firma electrónica*

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Presidente de la Subsección  
Aclara voto

*Con firma electrónica*

**DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA**  
Magistrado

*Con firma electrónica*

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado  
Salva voto

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de octubre de 2021, radicación: 11001-03-26-000-2019-00011-00 (63217), CP Fredy Ibarra Martínez.

<sup>110</sup> De acuerdo con la correcta interpretación la norma explicada previamente.