

**RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Ley 142 de 1994 artículo 31 – Inaplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 142 de 1994 artículo 32 – Actos de derecho privado – Ausencia de prerrogativas del poder público – No son actos administrativos – Consejo de Estado – Sentencia de unificación – Naturaleza de los actos contractuales**

En consideración a la naturaleza de Acuavalle S.A. E.S.P. el régimen del contrato de obra [...] es el previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, según el cual, los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios [...] no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que la misma ley disponga algo contrario, así como también en aquellos casos en los cuales los entes territoriales celebren contratos con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos o para que sustituyan la prestación de otra empresa que entró en causal de disolución o liquidación.

[...] Asimismo, en virtud del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, aun cuando son entidades estatales, salvo las excepciones establecidas en la Ley, emiten actos de derecho privado que no implican el ejercicio de prerrogativas del poder público y no gozan de los atributos propios de los actos administrativos, como la presunción de legalidad.

Al respecto, cabe señalar que en sentencia del 9 de mayo de 2024 la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en lo que atañe a la naturaleza de los actos contractuales proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así como también frente al régimen aplicable y al medio de control procedente para demandarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo [...].

[...] En armonía con la jurisprudencia de unificación antes referida [...] y teniendo en cuenta que en el presente caso el régimen del contrato es el previsto en las normas civiles y comerciales, y que los actos que expidió la Administración Resoluciones [...] son expresiones de la autonomía privada que se traducen en actos de gestión contractual - que no pueden catalogarse como actos administrativos, salvo que la ley disponga lo contrario-, resulta claro que las cuestiones controvertidas en el presente caso y los reconocimientos que se pretenden son pasibles de examinarse a través del medio de control de controversias contractuales.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Concepto – Legitimación material en la causa – Participación real en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda – Legitimación en la causa por activa – Titularidad para reclamar el interés jurídico – Legitimación en la causa por pasiva – Supone ser la persona llamada a responder por el derecho o interés que es objeto de controversia**

La legitimación en la causa corresponde a un presupuesto necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico procesal,

supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial por el derecho o interés que es objeto de controversia.

En este sentido, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

[...] En suma, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que la legitimación en la causa por pasiva supone ser la persona llamada a responder por el derecho o interés que es objeto de controversia.

[...] la Sala estima que en el presente caso a la aseguradora Seguros Colpatria S.A. le asiste un interés jurídico para demandar y, por tanto, se encuentra legitimada en la causa por activa, en la medida en que expidió la póliza [...] a través de la cual se garantizó el contrato de obra [...], contrato respecto del cual la entidad pública demandada expidió las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, por medio de las cuales, entre otros, declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo, amparados por la póliza referida, y dispuso hacer efectiva la garantía allí constituida, decisiones que, desde luego, atañen y vinculan a la aseguradora.

### **NULIDAD DE ACTOS CONTRACTUALES – No procede – Aplicación principio iura novit curia**

[...] a pesar de que la parte demandante solicitó la nulidad de las denominadas Resoluciones [...] y formuló cargos de invalidez frente a las mismas, en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y en virtud del principio iura novit curia, la Sala resolverá el asunto sub iudice de fondo bajo el entendido de que no se pretende adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje la posición de supremacía de la Administración<sup>36</sup>, sino examinar si las decisiones allí contenidas encuentran sustento en las estipulaciones contractuales que regularon la declaratoria de ocurrencia de los siniestros y la efectividad de la garantía constituida mediante la póliza expedida por la parte demandante.

### **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EN CONTRATOS REGULADOS POR EL DERECHO PRIVADO – No es aplicable las disposiciones del GCAP – Salvo que las partes así lo estipulen – Salvo que los instrumentos incorporados al acuerdo así lo establezcan – Salvo lo dispuesto en las condiciones de la póliza – Vinculación de la compañía de seguros – Cláusulas contractuales no fijaron vinculación al proceso a aseguradora**

[...] resulta pertinente señalar que, toda vez que en el presente caso estamos ante el contexto de un contrato estatal regido por el derecho privado [...] no es aplicable lo dispuesto en el EGCAP frente a los procedimientos a seguir a efectos de la declaratoria de incumplimiento y/o la ocurrencia de los siniestros amparados, salvo que las partes así lo estipulen, los instrumentos incorporados al acuerdo así lo establezcan o -en lo que corresponde a la aseguradora garante- las condiciones de la póliza lo prevean.

Precisado lo anterior, del análisis en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, en particular de las cláusulas vigésima octava y trigésima del contrato de

obra, se advierte que, en lo concerniente a las facultades que en materia de aplicación de sanciones las partes atribuyeron a Acuavalle S.A. E.S.P., no existe estipulación alguna de la que pueda inferirse alguna exigencia en torno a la vinculación de la aseguradora garante a un procedimiento previo a la adopción de tales decisiones -como la de hacer efectiva la cláusula penal en caso de incumplimiento o la de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento-. En efecto, del contenido de las referidas cláusulas no se desprende un pacto tendiente a la comunicación, citación, participación o contradicción a favor de la aseguradora, ni la obligación de adelantar un trámite específico con su intervención para declarar el incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal o adoptar las demás determinaciones previstas en el contrato.

[...] Precisado lo anterior, del análisis en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, en particular de las cláusulas vigésima octava y trigésima del contrato de obra, se advierte que, en lo concerniente a las facultades que en materia de aplicación de sanciones las partes atribuyeron a Acuavalle S.A. E.S.P., no existe estipulación alguna de la que pueda inferirse alguna exigencia en torno a la vinculación de la aseguradora garante a un procedimiento previo a la adopción de tales decisiones -como la de hacer efectiva la cláusula penal en caso de incumplimiento o la de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento-. En efecto, del contenido de las referidas cláusulas no se desprende un pacto tendiente a la comunicación, citación, participación o contradicción a favor de la aseguradora, ni la obligación de adelantar un trámite específico con su intervención para declarar el incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal o adoptar las demás determinaciones previstas en el contrato.

**CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Reducción, disminución y/o graduación de la cláusula penal pecuniaria – Ejecución financiera no necesariamente coincide con su nivel de ejecución material – Cumplimiento parcial de la obligación – Código Civil artículo 1596 – Código de Comercio artículo 867**

[...] Es importante empezar por señalar que, de conformidad con lo establecido de tiempo atrás por esta Corporación, es procedente la reducción, disminución y/o graduación de la cláusula penal pecuniaria en los eventos en que se acredite que la obligación principal se cumplió parcialmente, tal y como lo prevén los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

[...]

Descendiendo al caso concreto, la Sala, al igual que el Tribunal a quo, considera que en el expediente no obra prueba que permita establecer con plena certeza el porcentaje de ejecución física de la obra, ni determinar el alcance real de los trabajos efectivamente realizados por el contratista.

Sobre este punto, no se pasa por alto que en la denominada Resolución [...], al exponer los resultados del balance económico de la obra, la entidad hace referencia a un 15,26 % como "porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato"; sin embargo, dicha afirmación, por sí sola, resulta insuficiente para acreditar el grado de avance de las obras.

En efecto, el porcentaje de ejecución financiera o económica de un contrato no necesariamente coincide con su nivel de ejecución material, pues aquel únicamente

refleja la proporción de recursos reconocidos o ejecutados frente al valor total del negocio jurídico, sin que de ello pueda inferirse automáticamente cuáles actividades fueron desarrolladas o cuál fue el avance real de la obra contratada.

A lo anterior se suma que al expediente no fue allegado el informe elaborado por los funcionarios de Acuavalle S.A. E.S.P., el cual, según se desprende de las decisiones cuestionadas, sirvió de fundamento para la elaboración del balance económico de la obra.

En esas condiciones, la Sala carece de elementos que permitan verificar la metodología empleada para obtener el referido "porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato", establecer si este corresponde a la ejecución física, financiera o ambas, así como determinar la entidad y alcance de las prestaciones efectivamente cumplidas por el contratista.

Aunado a lo anterior, la sola afirmación en la denominada Resolución [...] respecto a que el porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato fue del 15.26%, no basta para tener dicha circunstancia como efectivamente acreditada en el proceso, pues, tal y como se estableció en las consideraciones respecto de la naturaleza de los actos emitidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (F.J. 2), estas decisiones no constituyen actos administrativos y, por ende, no puede presumirse como cierto lo indicado en la resolución en cuestión, al no contar con el atributo de presunción de legalidad.

A juicio de la Sala, Seguros Colpatria S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, pues no demostró el porcentaje real de ejecución de la obra como presupuesto invocado para, conforme a los trabajos realizados en ejecución de las labores contratadas, verificar si resulta procedente la graduación de la cláusula penal, razón por la cual, el reparo de la recurrente no está llamado a prosperar.



Radicado: 44-001-23-33-002-2013-00135-01 (67528)  
Demandante: Seguros Colpatria S.A.

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

**CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES**

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

**Referencia:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN  
**Radicación:** 44-001-23-33-000-2013-00135-01 (67528)  
**Demandante:** SEGUROS COLPATRIA S.A. (HOY AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.)  
**Demandado:** SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE

**TEMAS:** ENTIDADES SUJETAS A RÉGIMEN EXCEPTUADO - Naturaleza de los actos contractuales expedidos por entidades sometidas al derecho privado como las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios - Por regla general expiden actos de gestión contractual que se rigen por el derecho privado, salvo que la ley disponga lo contrario - Improcedencia de las causales de anulación de los actos administrativos frente a las declaraciones de derecho privado. MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Es el adecuado para estudiar controversias en las que se cuestionen actos de naturaleza contractual. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA - Eventos en los que procede su reducción.

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Seguros Colpatria S.A. (hoy AXA Colpatria Seguros S.A.) contra la sentencia del 10 de diciembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante.

#### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

El 2 de septiembre de 2008, la sociedad de acueducto y alcantarillado del Valle del Cauca - Acuavalle S.A. E.S.P. - en adelante Acuavalle S.A. E.S.P. o la contratante celebró el contrato de obra No.142-2008 con la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda., cuyo objeto consistió en *“ejecutar para ACUAVALLE E.S.P. a precios unitarios fijos sin reajuste (...) todas las actividades, obras y trabajos*



*necesarios para la CONSTRUCCIÓN (INCLUIDO DISEÑO) DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO*” de los corregimientos de Carraipia, Majayura y Paraguachón del municipio de Maicao. Para garantizar el cumplimiento del contrato, el contratista constituyó en favor de Acuavalle S.A. E.S.P. la garantía única de cumplimiento mediante la póliza No. 8001020497 expedida por la compañía aseguradora Seguros Colpatria S.A.

Mediante la denominada Resolución No. 153 del 27 de agosto de 2012, el gerente de Acuavalle S.A. E.S.P.: i) levantó unilateralmente la suspensión del contrato de obra No.142-2008 y declaró su incumplimiento, ii) liquidó unilateralmente el contrato; iii) declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento -por valor de \$592.243.256- y de buen manejo y correcta inversión del anticipo -por valor de \$495.749.112-, iv) hizo efectiva la garantía única de cumplimiento por valor de \$1.087.992.368 e (v) hizo efectiva la cláusula penal por valor de \$592.243.256. Contra la anterior decisión, la aseguradora Colpatria S.A. presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la denominada Resolución No. 290 del 1º de noviembre de 2012, que confirmó en su integridad la decisión recurrida.

En ejercicio del medio de control de controversias contractuales, Seguros Colpatria S.A. solicita la declaratoria de nulidad de las denominadas Resoluciones No. 153 del 27 de agosto de 2012 y No. 290 del 1º de noviembre de la misma anualidad, por considerar que fueron expedidas por Acuavalle S.A. E.S.P sin tener competencia para ello y con desconocimiento del derecho al debido proceso de la aseguradora y, como consecuencia de lo anterior, pretende que se declare que no está obligada a pagar la suma de \$1.087'992.368 en favor de Acuavalle S.A. E.S.P., por concepto de *“la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados”*. Asimismo, y de forma subsidiaria, solicita que se declare que *“la sanción por la efectividad de la garantía de cumplimiento del contrato, por la cual se pretende el cobro de la cláusula penal pactada en el contrato afectando dicha garantía por valor de \$592'243.256”* debe ser reducida en un 35.86%, toda vez que este fue el porcentaje en que el contratista afianzado cumplió el contrato.



## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

1.1. El 5 de julio de 2013<sup>1</sup>, la aseguradora Seguros Colpatria S.A. presentó demanda de controversias contractuales contra Acuavalle S.A. E.S.P., con el fin de que se declare la nulidad de las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, mediante las cuales se levantó unilateralmente la suspensión del contrato de obra No.142-2008 y se declaró su incumplimiento, se liquidó unilateralmente el contrato, se declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo y se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento así como también la cláusula penal. Como consecuencia, pidió que se declare que la demandante no está obligada a pagar la suma de \$1.087'992.368 en favor de Acuavalle S.A. E.S.P. por concepto de *“la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados”*; y, subsidiariamente, solicitó que se declare que *“la sanción por la efectividad de la garantía de cumplimiento del contrato, por la cual se pretende el cobro de la cláusula penal pactada en el contrato afectando dicha garantía por valor de \$ 592'243.256”* debe ser reducida en un 35.86%, toda vez que este fue el porcentaje en que el contratista afianzado cumplió el contrato.

1.2. En particular, las pretensiones formuladas fueron las siguientes (*se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores*):

*“1. Que se declare la nulidad de la Resolución 153 de agosto 27 de 2012 y de la Resolución 290 de noviembre 1 de 2012, expedidas por el Gerente de la Instituto (sic) de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P., por las razones que se expondrán en el acápite de concepto de la violación del presente escrito.*

*2. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, se declare que SEGUROS COLPATRIA S.A., no debe pagar a la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P. la suma de MIL OCHENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$*

<sup>1</sup> Archivo denominado “5EDFOLIO72CDDEMANDA(.RAR) NroActua 2” del expediente digital, índice 2 SAMAI.



*1.087'992.368.00) por concepto de la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados.*

*3. Que en subsidio se declare que la sanción por la efectividad de la garantía de cumplimiento del contrato, por la cual se pretende el cobro de la cláusula penal pactada en el contrato afectando dicha garantía por valor de \$ 592'243.256,00, debe ser reducida en un 35.86%, comoquiera que el contratista afianzado cumplió con el 35.86% del contrato, o en la suma que se pruebe en el proceso.*

*4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.C.A.*

*5. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el artículo 192 del C.P.A.C.C.A.”.*

**1.3. Como fundamentos fácticos** de sus pretensiones, la demandante formuló los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Afirmó que, el 2 de septiembre de 2008 Acuavalle S.A. E.S.P. y la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda. suscribieron el contrato de obra No. 142-2008, cuyo objeto consistió en *“ejecutar para ACUAVALLE S.A. E.S.P., a precios unitarios fijos sin reajuste y en los términos que señala el contrato, todas las actividades, obras y trabajos necesarios para la CONSTRUCCIÓN (INCLUIDO DISEÑO) DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CORREGIMIENTO CARRAIPIA, MAJAYURA, PARAGUACHÓN DEL MUNICIPIO DE MAICAO, según el Cuadro de Cantidades y Precios (Anexo No. 1), que formó parte integral del Contrato”.*

1.3.2. Aseveró que, el contrato de obra No. 142-2008, fue suscrito para dar cumplimiento al convenio interadministrativo No. 008 de 2008 celebrado entre Acuavalle S.A. E.S.P. y la Corporación Autónoma Regional de la Guajira CORPOGUAJIRA, el cual tenía por objeto *“Aunar esfuerzos técnicos y financieros para los diseños, construcción y/o mejoramiento de sistema de abastecimiento de agua potable y sistema de recolección, transporte, tratamiento y disposición general de aguas residuales”* en varios municipios de la Guajira, entre ellos, *“Santa Rosa del Pulgar, La Duda, Los Hornitos, municipio de Distracción; Los Fondores, Cañaverales, Los Pozos, El Tablazo, Corral de Piedra, El Totumo, La Junta, Guayacanal, Villa del Rio municipio del San Juan del Cesar; San Pedro, Carretalito,*



*Pozo Hondo, Papayal, Oreganal, municipio de Barrancas; Mayabangloma, municipio de Fonseca; Charapilla, Paraguachón, Majayura municipio de Maicao”.*

1.3.3. Sostuvo que, con el propósito de garantizar el cumplimiento del contrato, el contratista constituyó en favor de Acuavalle S.A. E.S.P. la garantía única de cumplimiento mediante la póliza No. 8001020497 expedida por la compañía aseguradora Seguros Colpatria S.A.

1.3.4. Argumentó que, en la cláusula trigésima del contrato No. 142-2008 las partes convinieron que en el evento en que Acuavalle S.A. E.S.P. hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria o la garantía única de cumplimiento, ello lo haría el gerente o su apoderado mediante resolución motivada que notificará personalmente al contratista y que cuando se haga efectiva la garantía única, dicha resolución se notificará también al garante del contrato, su representante o su apoderado.

1.3.5. Anotó que, el 15 de febrero de 2010, Acuavalle S.A. E.S.P. remitió un oficio a la aseguradora informándole que el contratista *“ha venido incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones contractuales”* y que por ello iniciaría los procedimientos administrativos respectivos para imponer las sanciones contractuales y legales a que hubiera lugar.

1.3.6. Señaló que, el 29 de abril de 2010 las partes suscribieron un acuerdo de cesión, en virtud del cual la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda. cedió el contrato de obra No. 142-2008 a la unión temporal PROAGUAS C.T.A. - O.M.E. 3 A LTDA. en el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones y en los derechos derivados del contrato de obra.

1.3.7. Arguyó que, el 18 de mayo de 2010 las partes suscribieron el acta de suspensión No. 6, por lo que el plazo de ejecución del contrato vencía el 18 de septiembre de 2010; sin embargo, según adujo, llegada la fecha del vencimiento del plazo de ejecución no se levantó la suspensión del contrato.

1.3.8. Adujo que, hasta el 29 de febrero de 2012 Acuavalle S.A. E.S.P. le envió un oficio a la aseguradora manifestándole que se había suscrito la suspensión antes



mencionada y que hasta la fecha no se había reiniciado el plazo de ejecución, ni los contratistas se habían presentado a rendir informe sobre la inversión del anticipo, motivo por el cual procedería a terminar y liquidar unilateralmente el contrato de obra No. 142-2008.

1.3.9. Indicó que, el 27 de agosto de 2012 Acuavalle S.A. E.S.P. expidió la denominada Resolución No. 153, mediante la cual: i) levantó unilateralmente la suspensión del contrato de obra No. 142-2008. y declaró el incumplimiento del mismo por parte de PROAGUAS C.T.A. - O.M.E. 3 A LTDA., ii) liquidó unilateralmente dicho contrato, iii) declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y “*riesgo de anticipo*” y afectó la garantía única de cumplimiento por \$1.087.992.368 cuyo pago exigiría a Seguros Colpatria S.A. e iv) hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de \$592.243.256. Dicho acto fue notificado personalmente a la demandante el 10 de septiembre de 2012.

1.3.10. Afirmó que contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por Acuavalle S.A. E.S.P. mediante la denominada Resolución No. 290 del 1º de noviembre de 2012 en la que se confirmó en su integridad la decisión recurrida. Dicha decisión fue notificada personalmente a la aseguradora el 16 de noviembre de 2012.

**1.4.** Como **fundamento jurídico** de la demanda, la parte actora expuso que “*los actos administrativos demandados son nulos*” por cuanto:

1.4.1. Acuavalle S.A. E.S.P. no tenía competencia para levantar unilateralmente la suspensión del contrato, porque en virtud del parágrafo de la cláusula quinta del negocio jurídico su plazo de ejecución estaba “*sujeto a la duración y/o terminación por cualquier causa, del convenio interadministrativo suscrito entre Acuavalle S.A. E.S.P y CORPOGUAJIRA*” y según lo reconoce la denominada Resolución No. 153 de 2012, mediante Resolución No. 01210 del 16 de junio de 2011 Corpoguajira terminó *ipso iure* el convenio interadministrativo No. 008 de 2008 celebrado con Acuavalle S.A. E.S.P., ordenó su liquidación y declaró su incumplimiento, por ende, el contrato de obra terminó en esa misma fecha.



Por lo anterior, sostuvo que el artículo primero de la denominada Resolución No. 153 de 2012 *“es absolutamente nulo (...) en la medida en que no es posible levantar la suspensión del plazo de un contrato que con anterioridad ya se había terminado”*.

1.4.2. Acuavalle S.A. E.S.P. tampoco era competente para liquidar unilateralmente el contrato, pues si bien la liquidación del contrato era procedente, esta debió realizarse en los términos pactados en la cláusula trigésima octava del acuerdo contractual que establecía que *“A la terminación del presente contrato, las partes, suscribirán un Acta en la cual conste detalladamente la liquidación definitiva del presente contrato, la constancia de recibo a satisfacción de las obras y certificación por parte de ACUAVALLE S.A. E.S.P. de Paz y Salvo a favor del CONTRATISTA por todo concepto. PARÁGRAFO: Terminado este contrato por cualquier motivo, deberá liquidarse teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del mismo”*.

Conforme con lo anterior, adujo que el contrato debió liquidarse de mutuo acuerdo a más tardar el 16 de octubre de 2011, fecha a partir de la cual la entidad perdió la competencia para liquidarlo unilateralmente y lo que procedía era la liquidación judicial del negocio jurídico. Por ello, *“es absolutamente nulo el artículo segundo de la Resolución 153 que pretende liquidar unilateralmente el contrato”*, pues la entidad lo liquidó unilateralmente sin agotar la liquidación de común acuerdo de conformidad con el artículo 11 de la ley 1150 de 2007.

1.4.3. La denominada Resolución No. 153 de 2012 *“carece en absoluto de fundamento”* al declarar el incumplimiento del contrato pues está fundamentada en un supuesto informe rendido por dos funcionarios de Acuavalle S.A. E.S.P., que no fue conocido por la demandante, quien no pudo controvertirlo. Además, indicó que dicho acto no especifica las obligaciones presuntamente incumplidas por el contratista, ni la deficiente inversión del anticipo; únicamente presenta unas cifras globales sin sustento probatorio alguno.



1.4.4. Frente a la denominada Resolución No. 290 de 2012, argumentó que no compartía la tesis de Acuavalle S.A. E.S.P. según la cual el régimen del contrato era de derecho privado y por ende el derecho de la entidad para declarar el incumplimiento del contratista y hacer efectiva la cláusula penal se desprendía del mismo acuerdo de voluntades. De una parte, señaló que si al contrato no le era aplicable la Ley 1150 de 2007, debía concluirse que la entidad no tenía *“la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato, por ser esta una facultad excepcional de las entidades públicas”*. Además, lo que se pactó fue una cláusula penal que no tiene relación alguna con la posibilidad de declarar unilateralmente el incumplimiento, pues los particulares no están habilitados para ello, debiendo siempre acudir ante el juez para obtener tal declaración. En ese sentido, indicó que *“el acto administrativo recurrido es absolutamente nulo, por cuanto la Entidad Convocada carece en absoluto de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato”*.

1.4.5. Agregó que, si se aceptara que la entidad sí tenía la potestad de declarar el incumplimiento del contrato, entonces debió dar estricto cumplimiento al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y garantizar el derecho de defensa no solo al contratista, sino también al garante. Al respecto, expuso que de acoger esta tesis *“el acto administrativo también sería absolutamente nulo, por cuanto durante el trámite de la imposición de la sanción a mi mandante no se le respetó debidamente su derecho de defensa”*, toda vez que la entidad nunca puso en conocimiento del contratista ni de la aseguradora los hechos en que se fundamentó la denominada resolución, ni le indicó expresamente las sanciones que le podría imponer, además no se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 17 de la Ley 1150. Por todo lo anterior, se vulneró el derecho al debido proceso de la aseguradora porque no le fue garantizado *“un trámite que respetara las formas propias de cada juicio”* sino que le fue impuesta *“una sanción de plano”*. Finalmente, adujo que la entidad *“se limitó (...) a remitirle unas comunicaciones que supuestamente reflejaban un supuesto incumplimiento del contratista, pero jamás le permitió ejercitar válidamente su derecho de defensa durante el procedimiento sancionatorio”*.



1.4.6. Finalmente, argumentó que el informe en el que se fundamentó la entidad para hacer efectiva la cláusula penal determinó que el contratista había cumplido con el 35.86% del contrato y pese a ello la entidad la hizo efectiva en su integridad, cuando en virtud del principio de proporcionalidad *“el deudor tiene derecho a que se le rebaje proporcionalmente la pena”*. En esa dirección precisó que *“si se pretende el cobro de la cláusula penal y el contrato se ha cumplido en parte por el afianzado, debe disminuir el valor de la cláusula penal en la parte cumplida del contrato”* y *“si pretende cobrar perjuicios adicionales, debe proceder a su cuantificación y demostración”*. Advirtió que este argumento *“en manera alguna significa admisión de responsabilidad de nuestra parte”*.

## 2. Admisión de la demanda y su contestación

2.1. El 9 de septiembre de 2013<sup>2</sup>, el Tribunal Administrativo de La Guajira admitió la demanda, por encontrar reunidos los requisitos de ley. Debido a que dicha decisión no fue notificada debidamente a la parte demandada, Acuavalle S.A. E.S.P. presentó incidente de nulidad, el cual fue resuelto favorablemente por auto del 18 de marzo de 2014<sup>3</sup>, mediante el cual el tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y ordenó la notificación personal de la demandada.

2.2. El 24 de junio de 2014<sup>4</sup>, Acuavalle S.A. E.S.P. contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

2.2.1. En cuanto al levantamiento de la suspensión del contrato de obra No. 142-2008, argumentó que las razones por las cuales se suspendió el contrato eran imputables al contratista, pues dentro del objeto contractual estaban incluidos los diseños que dieron origen a la suspensión, configurándose el principio *“nemo auditur propiam turpitudinem allegans”*.

<sup>2</sup> Archivo denominado “2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls.84 y85.

<sup>3</sup> Archivo denominado “2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls.131 a 134.

<sup>4</sup> Archivo denominado “2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls.140 a 189.



Además, señaló que para el momento en que se expidió la denominada Resolución No. 153 de 2008, el contrato se encontraba suspendido lo que implicaba una interrupción del plazo de ejecución pactado y, en virtud del parágrafo 3 de la cláusula sexta del contrato, era necesario levantar la suspensión, como en efecto se hizo, para que la entidad pudiera adoptar las decisiones pertinentes, pues de lo contrario se alegaría que se desconoció la voluntad contractual de las partes quienes de común acuerdo decidieron suspender el plazo de ejecución del contrato.

Finalmente, puso de presente que la entidad requirió en varias ocasiones al contratista con el fin de reiniciar las obras sin obtener respuesta *“configurándose su renuencia tanto al reinicio de las actividades como a la liquidación de mutuo acuerdo”*

2.2.2. Frente a la falta de competencia para liquidar unilateralmente el contrato, adujo que de conformidad con la cláusula trigésima octava del negocio jurídico se previó la posibilidad de expedir un *“acto administrativo”* para ordenar la terminación unilateral del contrato en uso de las facultades exorbitantes de Acuavalle S.A. E.S.P. Además, indicó que la liquidación puede hacerse de manera bilateral, unilateral o judicialmente y que si el término para incoar la demanda de controversias contractuales corresponde a 2 años tal como lo indica el numeral ii) del literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, y estos se encontraban vigentes al momento de expedir el acto demandado, la demandante no podía alegar que existía incompetencia para proferirlo, toda vez que la facultad y competencia para liquidar unilateralmente el contrato está en cabeza de la entidad mientras no hubiere caducado la acción de controversias contractuales o, en su defecto, no se hubiera acudido ante el juez y se hubiera notificado el respectivo auto admisorio.

2.2.3. En relación con el informe que sustentó la declaratoria de incumplimiento, sostuvo que la demandante para debatir dicho informe únicamente se limitó a mencionar que lo desconocía y que por ello constituía una vulneración del derecho al debido proceso; sin embargo, desde febrero de 2012 se le informó sobre la existencia del proceso administrativo y las consecuencias de liquidación unilateral,



sin que la compañía aseguradora se hubiera pronunciado en ningún momento al respecto.

Asimismo, señaló que al momento de notificarse la resolución cuestionada, la aseguradora no solicitó en ningún momento copia del informe técnico para controvertirlo y tampoco prueba alguna para debatir lo consignado al respecto. Adicionalmente, indicó que si la aseguradora expidió la póliza No.8001020497 que amparó el cumplimiento del contrato es porque conocía su alcance y los riesgos derivados del mismo y que, en virtud de la carga de la prueba que le correspondía, para desvirtuar la presunción de legalidad de la denominada Resolución No.153 de 2012, era su deber determinar, tanto al momento en que agotó la vía gubernativa como en la presente acción, que el informe con base en el cual se profirió el acto demandado no se ajustaba a la realidad.

2.2.4. En lo atinente a las facultades excepcionales con que contaba Acuavalle S.A. E.S.P., aludió que de conformidad con la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la entidad contaba con la facultad para incluir y hacer uso, como en efecto lo hizo a través de los actos demandados, de cláusulas exorbitantes y/o excepcionales. Asimismo, señaló que era claro que se podía hacer uso de las facultades exorbitantes en los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

2.2.5. Respecto a la vulneración del derecho al debido proceso y el derecho de defensa, sostuvo que las actuaciones adelantadas por Acuavalle S.A. E.S.P. se ajustaron a la normatividad vigente, pues la demandante: i) siempre conoció del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista según consta en el acta suscrita en la reunión que se llevó a cabo el 8 de marzo de 2010, *“lo que evidencia que los incumplimientos sucesivos y constantes no fueron sorpresivos para esta compañía de seguros”*; ii) también conoció de los requerimientos por el incumplimiento contractual que se le hicieron al contratista, así como también del inicio del trámite administrativo para la correspondiente declaratoria de incumplimiento y la consecuencial declaratoria de ocurrencia del siniestro, sin que hubiera buscado hacerse parte en dicho procedimiento hasta la expedición del acto; iii) no objetó el informe técnico que sustentó el acto demandado



en sede de vía gubernativa y ahora aduce en sede judicial que ese silencio se equipara a que el informe es oculto, buscando beneficiarse de su propia culpa.

### **3. Audiencia inicial**

**3.1.** El 4 de septiembre de 2014<sup>5</sup>, el Tribunal Administrativo de La Guajira llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento, al tiempo que advirtió que no encontró excepción previa o mixta u oficiosa que se debiera resolver en esa instancia.

Seguidamente, fijó el litigio en los siguientes términos: *“verificar el control de legalidad de los actos acusados en la demanda, relacionado con la resolución 153 de agosto 27 de 2012 y de la resolución 290 de noviembre 1 de 2012 expedida por ACUAVALLE S.A.A E.P.S. (sic) en acto sancionatorio en el cumplimiento de contrato por parte de la aseguradora demandante”*.

Posteriormente, se declaró fallida la fase de conciliación por no existir ánimo conciliatorio, y se decretaron como pruebas las documentales aportadas por las partes.

**3.2.** El 12 de febrero de 2015<sup>6</sup>, se llevó a cabo la audiencia de pruebas en la cual se incorporaron legalmente al proceso las pruebas documentales allegadas por las partes.

### **4. Los alegatos de conclusión en primera instancia**

**4.1.** Mediante auto del 5 de diciembre de 2018<sup>7</sup> se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

<sup>5</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls.371 a 374.

<sup>6</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls.386 a 388 reverso.

<sup>7</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fl.412.



**4.2.** La aseguradora Seguros Colpatria S.A.<sup>8</sup> presentó sus alegatos, en los cuales reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

**4.3.** Acuavalle S.A. E.S.P. guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia.

## **5. La sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia del 10 de diciembre 2020<sup>9</sup>, el Tribunal Administrativo de La Guajira negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, por considerar que no se acreditaron los cargos de nulidad formulados en contra de las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012<sup>10</sup>.

**5.1.** Como cuestión preliminar, el Tribunal puso de presente que la aseguradora Seguros Colpatria S.A. promovió el medio de control de controversias contractuales en su calidad de tercero civilmente responsable en virtud de la póliza de garantía única de cumplimiento No. 8001020497, que fue expedida por ésta para garantizar el contrato de obra No. 142-2008, *“con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados por (i) Falta de competencia de ACUAVALLE S.A. E.S.P. para levantar de manera unilateral la suspensión, declarar el incumplimiento y liquidar de manera unilateral el contrato. Y, ii) Violación al debido proceso en consideración que la declaración unilateral de incumplimiento del contrato y la imposición de la sanción penal pecuniaria, deben estar precedidas por audiencias con la presencia del afectado aplicando el procedimiento mínimo que garantice el debido proceso; de la compañía aseguradora garante, asimismo que debió citar para la liquidación por mutuo acuerdo”*. Además, advirtió que en el momento en que se declaró el incumplimiento del contrato la póliza se encontraba

<sup>8</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls. 416 a 434.

<sup>9</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls. 458 a 489.

<sup>10</sup> La magistrada Hirina del Rosario Meza Rhénals presentó aclaración de voto porque no compartía las razones por las cuales se estimó que no se vulneró el derecho al debido proceso de la aseguradora, pues en su criterio, en el expediente no obraban pruebas de que se hubiese convocado a la aseguradora al trámite administrativo en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y por considerar que en este caso *“debió valorarse si era necesaria la vinculación de la Unión Temporal Proaguas C.T.A. O.M.E. 3 A LTDA, entidad esta que ejecutó el contrato que origina la controversia contractual y que también resultó afectada por las declaraciones unilaterales efectuadas por Acuavalle, pues al tenor de tales supuestos, es plausible inferir que tiene interés en las resueltas del proceso –artículo 171 numeral 3° del CPACA–”*.



vigente, por lo que, a su juicio, el riesgo asegurado se materializó durante el periodo de vigencia de la póliza.

**5.2.** Frente al cargo relativo a la falta de competencia de Acuavalle S.A. E.S.P. para levantar unilateralmente la suspensión del contrato de obra No. 142-2008, el *a quo* encontró probado que: i) en el negocio jurídico se estipuló un plazo de ejecución de 6 meses, distribuidos en 1 mes para la etapa de diseño y 5 meses para la etapa de construcción de la obra; ii) el contrato de obra No. 142-2008 se suscribió para dar cumplimiento al convenio No. 008 de 2008 celebrado entre Acuavalle S.A. E.S.P y Corpoguajira, con el objeto de mejorar el sistema de agua potable y aguas residuales en algunos municipios de La Guajira; iii) el 8 de octubre de 2008 Acuavalle S.A. E.S.P. canceló el anticipo equivalente al 32% del valor total del contrato; iv) el 9 de octubre de la misma anualidad se inició la ejecución del contrato; v) el 9 de diciembre de 2008 las partes suscribieron la suspensión del contrato por dificultades para determinar los diseños definitivos; vi) las partes suscribieron cuatro suspensiones más, entre otras razones, porque Corpoguajira no autorizaba la ejecución de la obra hasta tanto los diseños no fueran aprobados; vii) el 29 de abril de 2010, la sociedad Inversiones Grandes Vías Ltda. cedió el contrato a la unión temporal PROAGUAS C.T.A. O.M.E 3 LTDA. y en esa misma fecha se suscribió el acta de reinicio y un otro sí al contrato de obra en el cual se amplió el término de ejecución por 4 meses más; viii) en el parágrafo de la cláusula quinta del contrato de obra se estipuló que el plazo de ejecución estaría sujeto a la duración y/o terminación del convenio interadministrativo suscrito con Corpoguajira, lo cual acaeció con la expedición de la Resolución No. 01210 del 16 de junio de 2011 mediante la cual se declaró su terminación *ipso iure*; ix) cuando terminó el convenio interadministrativo el contrato de obra No. 142-2008 continuaba suspendido porque el cesionario incumplió con el reinicio de la ejecución.

En atención a lo anterior, concluyó que Acuavalle S.A. E.S.P. mediante la denominada Resolución No. 153 de 2012 decidió levantar unilateralmente la suspensión del contrato, declarar el incumplimiento de este, declarar la ocurrencia de los siniestros y hacer efectiva la cláusula penal y liquidar unilateralmente el contrato de obra No. 142-2008, porque el plazo del convenio interadministrativo No.



008 de 2008 suscrito entre Acuavalle S.A. E.S.P y Corpoguajira *“había fenecido por vencimiento del mismo el 18 de septiembre de 2010”*.

Finalmente, precisó que si bien el contrato de obra era consecuencia del convenio interadministrativo *“se surtieron unas dinámicas contractuales (...) donde existieron suspensiones e interrupción del plazo de la entrega de la obra, es más al momento de la expedición del acto acusado - 27 de agosto de 2012 -se encontraba suspendido el negocio jurídico(...). En ese sentido, debía de legalizarse en legal forma la correcta terminación del mismo, pero primero debía de levantarse la suspensión de acuerdo como lo establece el artículo sexto parágrafo III del contrato: “Para las modificaciones relacionadas exclusivamente con el plazo se levantará un acta la cual deberá ser suscrita por EL CONTRATISTA y el interventor...”. En efecto, la sociedad contratante en el artículo primero de la resolución 153 dispuso “Levántese de manera unilateral la suspensión suscrita de común acuerdo entre las partes”, pues de lo contrario estaría vigente al momento de proferirse la precitada resolución una suspensión entre las partes, en consecuencia, tenía competencia, pues eso se contempló en el negocio jurídico, el cual constituye ley para las partes”*.

**5.3.** En cuanto a la falta de competencia para declarar el incumplimiento del contrato, consideró que la entidad estaba facultada para ejercer dicha potestad porque, en primer lugar, este era un acto declarativo de la ocurrencia del riesgo que era equivalente a la reclamación ante la aseguradora y, en segundo lugar, porque *“el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007- vigente para la fecha de celebración del contrato- consagró en favor de las entidades estatales contratantes la facultad de declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las respectivas garantías”*. Además, señaló que dicha prerrogativa no necesariamente se derivaba de las estipulaciones contractuales, sino del derecho público en general, *“por tratarse de recaudo de recursos públicos necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales”*.

**5.4.** En relación con la falta de competencia para liquidar unilateralmente el contrato de obra No.142-2008, estableció que no le asistía razón a la demandante por cuanto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido como límite máximo para efectuar la liquidación unilateral el mismo término de caducidad de la acción



contractual, es decir, que la entidad pierde competencia para liquidar unilateralmente el contrato, cuando a su vez ha caducado el medio de control de controversias contractuales, que corresponde a 2 años según el numeral ii) del literal j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011; de manera que al momento en que se expidió la denominada Resolución No.153 del 27 de agosto de 2012, se encontraba vigente dicho término. Al respecto, puso de presente que la expiración del término de caducidad o la notificación del auto admisorio de la demanda del contratista que persigue la liquidación del contrato, hace perder competencia a la Administración para estos efectos y, por lo tanto, sólo mientras esté en curso el término de caducidad es viable proceder a la liquidación del contrato.

Bajo el anterior contexto, señaló que en este caso el plazo del contrato debía entenderse finalizado el 18 de septiembre de 2010, por ende, para el momento de expedición del acto Acuavalle S.A. E.S.P. contaba con la facultad de liquidarlo unilateralmente, pues ya habían transcurrido los 4 meses estipulados para liquidarlo bilateralmente. Finalmente, precisó que *“no puede confundirse el contrato de seguro, donde Acuavalle es la beneficiaria del mismo en razón de la garantía única de cumplimiento con el contrato de obra No. 142-2008”*.

**5.5.** En lo que respecta al cargo por violación del derecho al debido proceso, según el cual los actos acusados no garantizaron el derecho de defensa de la aseguradora, el *a quo* concluyó que dicho cargo no era procedente porque la demandante conocía los hechos constitutivos del riesgo de incumplimiento en los que venía incurriendo el contratista, pues estaba probado que en más de una oportunidad la entidad se lo comunicó. Además, la aseguradora asistió a una reunión celebrada el 8 de marzo de 2010, que tenía por objeto establecer cómo se iba a proceder ante el incumplimiento y estudiaron la posibilidad de ceder el contrato. En ese sentido, estableció que Acuavalle S.A. E.S.P. no estaba obligada a *“adoptar una decisión previa que le garantizara el debido proceso”*, pues en el acto acusado se consignaron las razones de incumplimiento que la aseguradora no desconocía.

**5.6.** En lo atinente al deficiente cálculo del siniestro frente al amparo de cumplimiento, expuso que, en virtud de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del



Código de Comercio el juez tiene la facultad de graduar la cláusula penal pecuniaria, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. En ese sentido, el juez debe analizar si el contratista cumplió parte del objeto estipulado en el contrato y además si fue aceptado por la entidad contratante, para establecer si hay lugar a disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutado.

Precisado lo anterior, concluyó que en las pruebas obrantes en el expediente no se encuentran informes de interventoría u otras pruebas que permitieran establecer el porcentaje de ejecución de la obra, por ende, este cargo de nulidad tampoco estaba llamado a prosperar, pues, no se acreditó el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante. En suma, debían mantenerse incólumes los actos acusados, pues *“no se probó que haya sido excesiva la estimación anticipada de perjuicios, requisito sine qua non para la prosperidad de las pretensiones de disminución del valor del siniestro de incumplimiento”*.

## 6. Recurso de apelación

El 18 de enero de 2021<sup>11</sup>, Seguros Colpatria S.A. interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 3 de marzo de 2021<sup>12</sup>. En su escrito, el recurrente solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes reparos:

**6.1.** Sostuvo que el Tribunal desconoció que las pruebas obrantes en el proceso acreditan que el contrato de obra No. 142-2008 había terminado desde el 16 de junio de 2011, fecha en la que finalizó el convenio interadministrativo suscrito con Corpoguajira, de manera que la entidad no podía levantar la suspensión de un contrato que ya había terminado. Adicionalmente, adujo que no entendía la consideración del Tribunal según la cual debía legalizarse la terminación del contrato y que para ello era necesario levantar la suspensión, puesto que, a su juicio, el contrato ya había terminado en virtud de lo estipulado en el parágrafo de

<sup>11</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fls. 495 a 521.

<sup>12</sup> Archivo denominado “3ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, índice 2, SAMAI, fl. 527.



la cláusula, que sujetaba su vigencia a la terminación del convenio interadministrativo.

**6.2.** Puso de presente que en la demanda no se cuestionó la potestad que tenía la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro, que como bien lo señaló la providencia, equivalía a la reclamación ante la aseguradora; lo que se cuestiona es que la demandada, beneficiaria de la póliza, incumplió la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro, por cuanto: i) declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de “*anticipo*”, sin antes declarar el incumplimiento del contrato, ni demostrar el incorrecto manejo o inadecuada inversión del anticipo y ii) la declaratoria de incumplimiento contenida en la denominada Resolución No. 153 de 2012 carecía de fundamento, pues se basó en un informe que no fue conocido por la aseguradora y que ésta no pudo controvertir. Además, reiteró que en el acto no se especificaron las obligaciones presuntamente incumplidas por el contratista ni la deficiente inversión del anticipo, sólo se presentaron unas cifras, frente a lo cual añadió que el Tribunal no se pronunció sobre estos aspectos.

**6.3.** Señaló que no compartía la conclusión del Tribunal relativa a que la entidad sí tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato pues, a su juicio, el *a quo* confundía dos conceptos: i) la posibilidad de liquidarlo unilateralmente y ii) la forma en que se puede realizar la liquidación, dependiendo de la conducta de la entidad y el momento en que se lleva a cabo.

En ese sentido, precisó que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 establece que primero la entidad tiene la obligación de citar al contratista para adelantar la liquidación de común acuerdo, pero no era correcta la interpretación del Tribunal según la cual la entidad tiene la potestad de liquidar unilateralmente el contrato mientras se encuentre vigente el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Al respecto indicó que, si la entidad no citaba al contratista para intentar la liquidación de común acuerdo en el término pactado en el contrato o el establecido en la ley y el término para citarlo se vence, la entidad pierde competencia para liquidarlo unilateralmente y sólo procederá la liquidación en sede judicial dentro del



término de caducidad de la acción. En este caso, la entidad demandada omitió el procedimiento para liquidar de mutuo acuerdo el contrato, por ello ante el vencimiento del término para citar al contratista ha debido solicitar la liquidación judicial del contrato y no liquidarlo unilateralmente.

**6.4.** Argumentó que la providencia recurrida desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado y *“legítima la vulneración del derecho al debido proceso”*, por cuanto debía respetarse el derecho de defensa de la aseguradora antes de hacer efectivas las garantías y para ello no bastaba con comunicarle sobre el incumplimiento, citarla a reuniones o advertir sobre la iniciación de procedimientos administrativos. Por lo anterior, adujo que no compartía la consideración del Tribunal según la cual la aseguradora conocía las circunstancias del caso, pues no se le permitió ejercer su derecho de defensa porque en un mismo acto se levantó la suspensión, se declaró el incumplimiento del contrato y se hicieron efectivas las garantías. Adicionalmente, anotó que no podía considerarse que la aseguradora pudo ejercer su derecho porque contaba con los recursos de la vía gubernativa.

**6.5.** Finalmente, indicó que el Tribunal incurrió en dos imprecisiones al pronunciarse sobre la reducción de la cláusula penal. En primer lugar, afirmó que no es cierto que el juez esté en la potestad de graduar la cláusula penal, sino que es su deber, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1596 del Código Civil y la jurisprudencia del Consejo de Estado. En segundo lugar, manifestó que no era cierto que no obrara prueba en el expediente del porcentaje de obra ejecutada, pues en el mismo acto se consignó cuál fue el porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato, esto es, el 15.25% y es en ese porcentaje en que debe reducirse el monto de la cláusula penal. Agregó que, si en gracia de discusión se aceptara que no obraban pruebas en el expediente, entonces debió concluirse que la entidad incumplió la carga de probar la ocurrencia del siniestro y por ende las pretensiones de nulidad debían prosperar.

## **7. Actuación en segunda instancia**

**7.1.** Mediante auto del 11 de octubre de 2021<sup>13</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de primera instancia.

---

<sup>13</sup> Índice 4 de Samai.



**7.2.** A través de proveído del 17 de noviembre de 2021<sup>14</sup>, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

**7.2.1.** La aseguradora **Colpatria S.A.**<sup>15</sup> presentó alegatos en segunda instancia, en los que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**7.2.2. Acuavalle S.A. E.S.P.**<sup>16</sup> presentó alegatos de conclusión en los que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia. Al efecto, señaló que toda vez que en virtud de la Ley 142 de 1994 la entidad estaba sometida al régimen de derecho privado, los actos expedidos por Acuavalle S.A. E.S.P. eran actos contractuales proferidos en ejercicio de sus facultades convencionales, por ende la demanda en su contra debía *“incoarse por incumplimiento del contrato y no por nulidad del acto, ya que con su expedición se habrá vulnerado una norma convencional más no legal”*.

Asimismo, indicó que, si en el contrato las partes convinieron que ante la falta de acuerdo la entidad podía liquidarlo unilateralmente, dicha estipulación es válida, siempre y cuando no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general.

Agregó que la aseguradora demandante no aportó prueba alguna para acreditar que el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales. Por el contrario, las pruebas obrantes en el expediente demuestran los incumplimientos del contrato por parte del asegurado y precisó que las decisiones tomadas en los actos acusados lo fueron en virtud de lo pactado en el contrato.

**7.2.3. El Ministerio Público** rindió concepto<sup>17</sup> en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda por considerar que los *“actos administrativos demandados”* son ilegales, por cuanto el

<sup>14</sup> Índice 10 de Samai.

<sup>15</sup> Índice 14 de Samai.

<sup>16</sup> Índice 15 de Samai.

<sup>17</sup> Índice 16 de SAMAI.



actuar de Acuavalle S.A. E.S.P. fue arbitrario al levantar unilateralmente la suspensión de un contrato que ya había terminado y liquidar unilateralmente el contrato cuando debió hacerlo conforme a lo pactado en la cláusula trigésima octava del negocio jurídico. Además, porque desconocieron el derecho al debido proceso de la demandante al declarar el incumplimiento del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la cláusula penal sin convocar a la aseguradora.

### III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por Seguros Colpatria S.A., la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia, (2) régimen del contrato de obra No.142-2008 y de los actos expedidos por la demandada; (3) procedencia del medio de control, (4) legitimación en la causa, (5) oportunidad del medio de control, (6) el objeto de la impugnación y la delimitación de los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, (7) hechos probados, (8) solución al caso concreto y (9) costas.

#### 1. Jurisdicción y competencia

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 104 del CPACA<sup>18</sup>, pues en el presente caso se demanda a Acuavalle S.A. E.S.P. -empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios<sup>19</sup>-, por cuenta de la expedición de las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, que fueron adoptadas por esta en el marco de su actividad contractual.

<sup>18</sup> "Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]".

<sup>19</sup> Según el certificado de existencia y representación de Acuavalle aportado con la demanda (archivo denominado "2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2", índice 2 SAMAI, fls. 62 a 68), esta ostenta la naturaleza jurídica de empresa de servicios públicos domiciliarios, de carácter oficial, constituida como sociedad anónima por acciones entre entidades públicas. Asimismo, de conformidad con el Acuerdo No. 001 del 27 de febrero de 2017 Estatuto de Contratación de Acuavalle S.A. E.S.P. "la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., ACUAVALLE S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos de carácter oficial, de nacionalidad colombiana, constituida como sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y que ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil".



Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de diciembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la pretensión mayor de la demanda excedió los 500 SMLMV<sup>20</sup>, de conformidad con lo establecido en el artículo 150<sup>21</sup> y el numeral 5 del artículo 152<sup>22</sup> del CPACA, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

## **2. Régimen del contrato de obra No. 142-2008 y de los actos proferidos por Acuavalle S.A. E.S.P.**

Antes de continuar con el estudio de los restantes presupuestos procesales, es menester precisar el régimen jurídico del contrato de obra No. 142-2008 y de los actos proferidos por Acuavalle S.A. E.S.P., comoquiera que dichos aspectos tienen particular incidencia en el marco sobre el cual se llevará a cabo el estudio del caso en esta sede judicial.

**2.1.** En consideración a la naturaleza de Acuavalle S.A. E.S.P. el régimen del contrato de obra No. 142-2008 es el previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994<sup>23</sup>, según el cual, los contratos celebrados por empresas prestadoras de

---

<sup>20</sup> Para el momento de la presentación de la demanda, esto es, para el año 2013, el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$589.500. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para ese año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$294.750.000. En este caso, la pretensión mayor de la demanda se estimó en un monto superior a dicho tope (\$ 1.087'992.368).

<sup>21</sup> "Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. 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 y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]".

<sup>22</sup> Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...]5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, 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".

<sup>23</sup> "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



servicios públicos domiciliarios incluidos en esta ley no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que la misma ley disponga algo contrario, así como también en aquellos casos en los cuales los entes territoriales celebren contratos con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos o para que sustituyan la prestación de otra empresa que entró en causal de disolución o liquidación.

Adicionalmente, cabe resaltar que en la cláusula trigésima séptima del contrato se previó en cuanto a las normas aplicables al mismo, que *“se entienden incorporadas al presente contrato las disposiciones del Código Civil y/o del Comercio que le sean concordantes a este tipo de contrato, a las cuales se somete íntegramente el contratista”*.

En este orden de ideas, la Sala advierte que el contrato de obra No. 142-2008 que tuvo por objeto *“ejecutar para ACUAVALLE S.A. E.S.P., (...) todas las actividades, obras y trabajos necesarios para la CONSTRUCCIÓN (INCLUIDO DISEÑO) DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CORREGIMIENTO CARRAIPIA, MAJAYURA, PARAGUACHÓN DEL MUNICIPIO DE MAICAO (...)”* se rige de modo preferente por el derecho privado.

**2.2.** Asimismo, en virtud del artículo 32 de la Ley 142 de 1994<sup>24</sup>, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, aun cuando son entidades estatales, salvo las excepciones establecidas en la Ley, emiten actos de derecho privado que no implican el ejercicio de prerrogativas del poder público y no gozan de los atributos propios de los actos administrativos, como la presunción de legalidad.

---

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.

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.

<sup>24</sup> “Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.



Al respecto, cabe señalar que en sentencia del 9 de mayo de 2024 la Sección Tercera del Consejo de Estado **unificó** su jurisprudencia en lo que atañe a la naturaleza de los actos contractuales proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así como también frente al régimen aplicable y al medio de control procedente para demandarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese sentido, esta Sección adoptó las siguientes reglas de unificación:

*“(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación”.*

*“(ii) En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación”<sup>25</sup>.*

En consecuencia, la Sala resalta que las denominadas Resoluciones No. 153 y 290 de 2012, mediante las cuales: i) se levantó unilateralmente la suspensión del contrato de obra No.142-2008 y se declaró su incumplimiento, ii) se liquidó unilateralmente el contrato; iii) se declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento -por valor de \$592.243.256- y de buen manejo y correcta inversión del anticipo -por valor de \$495.749.112-, iv) se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento por valor de \$1.087.992.368 y (v) se hizo efectiva la cláusula penal por valor de \$592.243.256, se consideran actos de gestión contractual regidos por el derecho privado, que no actos administrativos.

### 3. Procedencia del medio de control

En armonía con la jurisprudencia de unificación antes referida (F.J. 2.2.) y teniendo en cuenta que en el presente caso el régimen del contrato es el previsto en las

---

<sup>25</sup> Ibídem.



normas civiles y comerciales, y que los actos que expidió la Administración - Resoluciones No. 153 y 290 de 2012- son expresiones de la autonomía privada que se traducen en actos de gestión contractual -que no pueden catalogarse como actos administrativos, salvo que la ley disponga lo contrario-, resulta claro que las cuestiones controvertidas en el presente caso y los reconocimientos que se pretenden son pasibles de examinarse a través del medio de control de controversias contractuales.

#### 4. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa corresponde a un presupuesto necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial por el derecho o interés que es objeto de controversia<sup>26</sup>.

En este sentido, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

Sobre el particular, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

*“(…) la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal. La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo. La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”<sup>27</sup>.*

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2012, Rad.: 24677.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Rad.: 10973.



En suma, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que la legitimación en la causa por pasiva supone ser la persona llamada a responder por el derecho o interés que es objeto de controversia.

**4.1.** Bajo el anterior contexto, la Sala estima que en el presente caso a la aseguradora Seguros Colpatria S.A. le asiste un interés jurídico para demandar<sup>28</sup> y, por tanto, se encuentra legitimada en la causa por activa, en la medida en que expidió la póliza No. 8001020497, a través de la cual se garantizó el contrato de obra No.142-2008<sup>29</sup>, contrato respecto del cual la entidad pública demandada expidió las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, por medio de las cuales, entre otros, declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo, amparados por la póliza referida, y dispuso hacer efectiva la garantía allí constituida, decisiones que, desde luego, atañen y vinculan a la aseguradora.

Al efecto, en un caso similar al que ocupa la atención de la Sala, en el que una aseguradora demandó las decisiones contenidas en unos actos de naturaleza contractual expedidos por una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, en sentencia del 23 de agosto de 2024 esta Subsección precisó lo siguiente en torno a la legitimación por activa:

*“[...] en la medida en que Seguros del Estado predica que la declaración de la realización del riesgo de incumplimiento con la que se afectó la póliza No. 14-44101014606 se gestó con fundamento en unas cláusulas del pliego de condiciones que dio origen al contrato amparado que, a su juicio, padecen de ineficacia o nulidad, se avizora la relación que existe entre las pretensiones que expone la Aseguradora y los vicios que le achaca a las estipulaciones del pliego, pues, al margen de que no hizo parte de la relación comercial que se formó a partir del pliego, la Aseguradora apareció en la senda del contrato estatal para asegurarlo y, para asumir el lugar del contratista en caso de incumplimiento. En tal sentido, el clausulado del pliego rige la ejecución del contrato y vincula a su suerte, a la Aseguradora.*”

<sup>28</sup> Lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso en la demanda no se planteó que la aseguradora hubiese realizado algún pago en virtud de la póliza y que se hubiere subrogado en el pago y tampoco obra prueba en el expediente que acredite la anterior circunstancia, por lo que no puede entenderse que hay subrogación en los derechos del contratista.

<sup>29</sup> Al respecto se resalta que una controversia similar en la que demandó la aseguradora esta Sección estudió el caso de fondo al estimar que se reunía el presupuesto procesal de legitimación en la causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo de 2026, rad.: 69876.



*Así las cosas, respecto de la relación contractual, al expedir Seguros del Estado la póliza que aseguró el contrato estatal, éste se convirtió, cuando menos, en un tercero con interés<sup>19</sup> y, por ende su legitimación surge de los efectos o repercusiones probables que la relación comercial difumina hacia su patrimonio, como aquí ocurre con la Aseguradora en virtud de la materialización del riesgo de incumplimiento que se obligó a cubrir<sup>30</sup>.*

**4.2.** Por su parte, Acuavalle S.A. E.S.P. se encuentra legitimada en la causa por pasiva al ser la entidad que adoptó las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012.

## **5. Oportunidad del medio de control**

De conformidad con lo dispuesto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, aplicable al caso concreto<sup>31</sup>, el interesado cuenta con 2 años para demandar, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

En la medida en que el fundamento de hecho a partir del cual se examinará la demanda se contrae a cuestionar unos actos contractuales, bajo el entendimiento de que con su expedición se habrían desconocido las condiciones pactadas por las partes en el contrato, la Sala estima pertinente computar el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales a partir de la fecha de adopción del último de los actos contractuales referidos en la demanda.

En este orden, dado que la Resolución No. 290 -que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 153 de 2012- fue adoptada el 1º de noviembre de 2012, el término para demandar transcurrió entre el 2 de noviembre de 2012 y el 2 de noviembre de 2014 y como la demanda fue radicada el 5 de julio de 2013, no hay duda de que el medio de control fue ejercido oportunamente, sin perjuicio del

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de agosto de 2024, rad.: 62082.

<sup>31</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 (...).



trámite conciliatorio que suspendió el término de caducidad entre el 27 de febrero y el 7 de mayo de 2013<sup>32</sup>.

## **6. El objeto de la impugnación y la delimitación de los aspectos a resolver en esta instancia**

El marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, a menos que las partes hayan apelado toda la sentencia, caso en el cual el juez resolverá sin limitaciones. En tal sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del CGP<sup>33</sup>, el superior no puede enmendar la providencia del *a quo* en la parte que no fue objeto de apelación, *“salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”*.

Es así como, en virtud del principio de congruencia, el juez de lo contencioso administrativo en sede de apelación se encuentra atado a resolver únicamente lo que la parte recurrente le formule, sin poder tomar otras determinaciones que vayan más allá de lo anterior, excepto el análisis de los presupuestos procesales, que le corresponde verificar aun cuando aquellos no hayan sido objeto de reproche, todo ello considerando que el proceso contencioso administrativo es, en esencia, rogado<sup>34</sup>.

Al efecto, en primera instancia el Tribunal resolvió el caso objeto de estudio partiendo del análisis de la legalidad de las denominadas Resoluciones Nos.153 y 290 de 2012, por considerar que estas decisiones adoptadas por Acuavalle S.A. E.S.P. eran actos administrativos y concluyó que no se configuraron los vicios de nulidad alegados en la demanda. Adicionalmente, frente a la pretensión subsidiaria de la demanda consistente en la reducción del monto en el que se hizo efectiva la

<sup>32</sup> Según da cuenta la constancia expedida por la Procuraduría 42 Judicial II para Asuntos Administrativos de Riohacha, obrante en el archivo denominado “2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, fl.61, índice 2, SAMAI.

<sup>33</sup> Artículo 328. [...]. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de marzo de 2024. Rad 18001-23-33-000-2015-00105-01 (62848).



cláusula penal pecuniaria en un 35,86%, el *a quo* consideró que la misma no era procedente, toda vez que en el expediente no obraba prueba del porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante que diera lugar a la disminución de la cláusula penal.

Por su parte, en su recurso de apelación la aseguradora Seguros Colpatria S.A. solicitó que se revoque la sentencia recurrida y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda y planteó sus reparos en torno a la legalidad de dichos actos al considerar que: i) la entidad no era competente para levantar la suspensión del contrato porque este ya había terminado; ii) declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de “*anticipo*” sin antes declarar el incumplimiento del contrato, ni demostrar el incorrecto manejo o inadecuada inversión del anticipo y porque la declaratoria de incumplimiento contenida en la denominada Resolución No. 153 de 2012 carecía de fundamento, pues se basó en un informe que no fue conocido por la aseguradora y que ésta no pudo controvertir; iii) Acuavalle S.A. E.S.P. no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato pues en virtud del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la entidad primero debió citar al contratista para adelantar la liquidación de común acuerdo y en este caso se omitió el procedimiento para liquidar de mutuo acuerdo el contrato, por ello ante el vencimiento del término para citar al contratista pactado en el negocio jurídico o el establecido en la ley, ha debido solicitar la liquidación judicial del contrato y no liquidarlo unilateralmente; y iv) no se respetó el derecho de defensa de la aseguradora porque en un mismo acto se levantó la suspensión, se declaró el incumplimiento del contrato y se hicieron efectivas las garantías sin que la aseguradora pudiera ejercer su derecho antes de que se tomara la decisión y no podía considerarse que había lugar a ejercerlo porque contaba con los recursos de la vía gubernativa.

Finalmente, respecto del pronunciamiento del Tribunal frente a la pretensión subsidiaria de la demanda, la parte recurrente adujo que en el presente caso debió reducirse el monto de la cláusula penal en el 15.25%, correspondiente al porcentaje de obra ejecutado sobre el valor del contrato, aspecto que estaba consignado en los actos demandados.



Precisado lo anterior, cabe señalar que de conformidad con la sentencia de unificación previamente citada<sup>35</sup> (F.J. 2), tratándose de demandas en las que se debata la legalidad de tales actos por considerarlos actos administrativos -cuando en realidad no lo son-, el juez deberá interpretar, adecuar y reconducir la demanda para resolver de fondo la controversia.

Descendiendo al presente caso, a pesar de que la parte demandante solicitó la nulidad de las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012 y formuló cargos de invalidez frente a las mismas, en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y en virtud del principio *iura novit curia*, la Sala resolverá el asunto *sub judice* de fondo bajo el entendido de que no se pretende adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje la posición de supremacía de la Administración<sup>36</sup>, sino examinar si las decisiones allí contenidas encuentran sustento en las estipulaciones contractuales<sup>37</sup> que regularon la declaratoria de ocurrencia de los siniestros y la efectividad de la garantía constituida mediante la póliza expedida por la parte demandante.

En ese orden de ideas, la Sala circunscribirá su análisis a los cargos ii) y iv) de la apelación, por ser los únicos que recaen sobre las decisiones mediante las cuales se declaró la ocurrencia de los siniestros amparados por la póliza y se hizo efectiva la garantía expedida por la demandante. En efecto, en el cargo ii) la aseguradora cuestiona que la entidad hubiera declarado la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo sin que previamente se hubiera declarado el incumplimiento del contrato, ni se hubiera acreditado el incorrecto manejo o la indebida inversión del anticipo; además, sostiene que la declaratoria de incumplimiento contenida en la Resolución No. 153

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024. Rad.: 53962.

<sup>36</sup> Ibidem. Al efecto, en la providencia en cuestión se indicó que, "(...) En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común debe "actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo"<sup>40</sup>, ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal<sup>41</sup> -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-.

57. Esta plataforma autoriza volver sobre las bases que explican la noción y elementos del acto administrativo, pues permite clarificar el mecanismo procesal que se corresponde con la naturaleza del acto objeto de examen, indicando, desde ahora, que si no se trata de un acto administrativo, aunque sí de un acto jurídico contractual, el medio de control de nulidad y restablecimiento no está disponible para efectuar su examen, aun como pretensión promovida en sede de controversias contractuales, pues su objeto se dirige a enjuiciar la presunción de legalidad que sólo acompaña a tales actos, los administrativos, atributo del que carecen los actos contractuales emitidos en desarrollo de negocios jurídicos sujetos al derecho común".

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 23 de agosto de 2024. Rad.: 62082.



de 2012 carecía de sustento, por cuanto se fundamentó en un informe que no le fue dado a conocer y frente al cual no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. Por su parte, el cargo iv) se dirige a controvertir la efectividad de la garantía desde la perspectiva de la vulneración del derecho de defensa de la aseguradora, al alegarse que en un mismo acto administrativo, entre otros, se declaró la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la garantía, sin que aquella hubiera tenido la oportunidad de ejercer previamente su derecho de contradicción.

Por el contrario, la Sala no habrá de pronunciarse sobre los cargos i) y iii) del recurso de apelación, relacionados con el levantamiento de la suspensión del contrato y su liquidación unilateral, en la medida en que tales determinaciones conciernen exclusivamente a la relación contractual entre la entidad contratante y el contratista y no comportan un vínculo con la aseguradora ni generan una afectación en su contra. En efecto, el levantamiento de la suspensión se refiere, en estricto sentido, a la reanudación de la ejecución del contrato de obra celebrado entre la entidad contratante y el contratista, y la liquidación unilateral del contrato, como mecanismo previsto para definir el cruce final de cuentas, no incorpora decisión alguna que afecte los intereses de la aseguradora, en la medida en que no contiene ningún pronunciamiento respecto de la póliza por ella expedida.

En ese orden de ideas, la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos:

i) Determinar si las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, mediante las cuales, entre otros, se declaró la ocurrencia de los siniestros amparados por la garantía y se hizo efectiva la póliza expedida por la demandante, se ajustan a las estipulaciones contractuales que regularon dichos aspectos.

ii) En caso de que el anterior problema jurídico sea resuelto de forma negativa, corresponderá establecer si resulta procedente reducir el monto por el cual se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, en los términos planteados por la parte demandante en el recurso de apelación.

## **7. Hechos probados y pruebas relevantes**

En el marco de lo expuesto, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan jurídicamente relevantes para decidir la



controversia sometida a juicio en esta instancia. Para tal efecto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 246<sup>38</sup> del CGP.

## Hechos probados

7.1. El 20 de junio de 2008, Acuavalle S.A. E.S.P. suscribió el convenio interadministrativo No. 008 de 2008 con la Corporación Autónoma Regional de la Guajira -CORPOGUAJIRA-, cuyo objeto consistió en, *"Aunar esfuerzos técnicos y financieros para los diseños, construcción y/o mejoramiento de sistema de abastecimiento de agua potable y sistema de recolección, transporte, tratamiento y disposición general de aguas residuales"* en varios corregimientos de la Guajira<sup>39</sup>.

En dicho documento consta que en el convenio se pactó un plazo de duración de 16 meses contados a partir de la fecha de iniciación, esto es, del 19 de agosto de 2008, pero que se suscribió una prórroga del plazo por 9 meses de manera que la fecha de terminación se extendió hasta el 19 de septiembre de 2010.

7.2. En cumplimiento del convenio interadministrativo antes mencionado, el 2 de septiembre de 2008 Acuavalle S.A. E.S.P. y la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda. suscribieron el contrato de obra No. 142-2008, cuyo objeto consistió en *"ejecutar para ACUAVALLE S.A. E.S.P., a precios unitarios fijos sin reajuste y en los términos que señala el contrato, todas las actividades, obras y trabajos necesarios para la CONSTRUCCIÓN (INCLUIDO DISEÑO) DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CORREGIMIENTO CARRAIPIA, MAJAYURA, PARAGUACHÓN DEL MUNICIPIO DE MAICAO, según el Cuadro de Cantidades y Precios (Anexo No. 1), que formó parte integral del Contrato"*<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> "ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente".

<sup>39</sup> Archivo denominado "4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2", índice 2 de SAMAI, fls. 1189 y ss.

<sup>40</sup> Archivos denominados "4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2", fls.447 a 469 y "2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2", fls.21 a 26, índice 2, SAMAI.



En el numeral 2.1. de la cláusula segunda del contrato relativa al objeto contractual, consta que el negocio jurídico fue adjudicado a la sociedad contratista mediante Resolución No.000372 del 1º de septiembre de 2008 proferida por la gerencia de Acuavalle S.A. E.S.P. *“como resultado del proceso de SOLICITUD PRIVADA DE OFERTA No. G-007-2008”*.

En cuanto al plazo de ejecución, en la cláusula quinta del acuerdo contractual se pactó que sería de 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, los cuales se discriminarían así: i) un mes para la ejecución de la etapa de diseño, la cual incluiría su aprobación y el trámite de las licencias y permisos respectivos, y ii) cinco meses para la ejecución de la etapa de obra. Adicionalmente, en el párrafo de esta cláusula se previó que ***“No obstante lo dispuesto en esta cláusula, el plazo del contrato estará sujeto a la duración y/o terminación por cualquier causa, del convenio interadministrativo suscrito entre ACUAVALLE S.A.A y CORPOGUAJIRA”***. (énfasis añadido)

Asimismo, en cuanto a la prórroga del plazo de ejecución, en la cláusula sexta se acordó que Acuavalle S.A. E.S.P. podría ampliar el plazo de ejecución una vez emitido y estudiado el concepto del interventor con la aprobación del Subgerente técnico, ante la solicitud justificada presentada por el contratista con 5 días calendario de anticipación a la fecha de vencimiento del plazo inicial del contrato, acompañado de la respectiva reprogramación de obra con su valoración mensual. Igualmente, se previeron las causales que darían lugar a la ampliación del plazo y en el párrafo tercero se acordó que ***“Para las modificaciones relacionadas exclusivamente con el plazo se levantará un acta la cual deberá ser suscrita por el contratista y el interventor con el visto bueno del Subgerente técnico, en la cual se consignarán las causas que la originaron”***.

En relación con el valor del contrato, en la cláusula octava se previó que su valor estimado ascendería a suma de \$2.961.216.279, resultantes de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios, según el Anexo No.1 *“Relación de Cantidades y Precios”*, el cual haría parte del contrato, discriminados así: a) CARRAIPIA \$1.714.688.363,00, b) MAJAYURA \$846.928.617,00, c) PARAGUACHÓN \$399.599.299,00. Igualmente, se previó que, del valor total del



contrato, la suma de \$272.000.000 correspondería a los diseños y la suma de \$2.689.216.279 a las obras.

Frente al anticipo, en la cláusula décima se acordó que Acuavalle S.A. E.S.P. entregaría a la contratista a título de anticipo un porcentaje equivalente al 50% del valor total del contrato, esto es, la suma de \$1.480.608.139 la cual sería cancelada previa presentación del contratista y aprobación de la interventoría del plan de inversión y del programa de actividades de la obra, y una vez firmada el acta de inicio y previa presentación y aprobación de la garantía que ampare los diferentes riesgos exigidos.

En la cláusula décima primera, se pactaron, entre otras, las siguientes obligaciones del contratista:

*“2- Cumplir estrictamente con idoneidad y oportunidad con la ejecución del presente contrato de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas por ACUAVALLE S.A. E.S.P. (...) 4. Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando retrasos que pudieran presentarse y aportar su experiencia, conocimiento técnico e infraestructura en la ejecución del objeto del contrato. 5. Constituir las garantías o pólizas de seguros identificadas (...) 7. Rendir al interventor, informes mensuales sobre la ejecución del contrato (...) 9. No interferir la interventoría pactada en el contrato y prestar la colaboración que la misma requiera. 10. Informar de inmediato cualquier imprevisto o impedimento que perturbe la realización de la obra o el cumplimiento del contrato (...) 15. Previo a la construcción de las obras contratadas, se deberá contar con la aprobación de los diseños definitivos por parte de ACUAVALLE S.A. E.S.P. (...)”.*

Y en cuanto a las obligaciones de la entidad contratante, en la cláusula décima segunda se acordaron las siguientes:

*“ACUAVALLE S.A. E.S.P. se obliga a: 1. Pagar oportunamente y en la forma establecida el precio convenido. 2. En el evento de que sea necesario, entregar los insumos necesarios para la ejecución de las obras. 3. Colaborar con el CONTRATISTA, para que el objeto del contrato se cumpla adecuadamente. 4. Hacer el correspondiente registro presupuestal.”*

En lo atinente a las garantías, en la cláusula vigésima sexta se pactó que el contratista debía presentar a favor de la entidad contratante *“garantía única que avalara el cumplimiento de todas las obligaciones surgidas del contrato y la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, consistente en una póliza*



*expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia o en una garantía bancaria”, la cual debía mantenerse durante la vigencia del contrato hasta su liquidación y la prolongación de sus efectos. Al respecto se estipularon los siguientes riesgos amparados:*

**“26.1. CUMPLIMIENTO** de todas las obligaciones del contrato, cuya cuantía asegurada será del 20% del valor total del contrato y por un término igual al plazo pactado y 4 meses más. **26.2. MANEJO Y BUENA INVERSIÓN DEL ANTICIPO**, por el 100% del valor del mismo y por el término de duración del contrato y 4 meses más. **26.3. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES** del personal contratado por el CONTRATISTA para la ejecución del contrato, por el 10% de, valor del contrato y por el término de duración del mismo y 3 años más; **26.4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL** por el 25% del valor del contrato y por el término de duración del mismo y 2 años más; a través de un amparo autónomo en póliza anexa; **26.5. CALIDAD DE LOS DISEÑOS** Por el 20% del valor de los diseños, con una vigencia igual a la duración del contrato y un año más. **26.6. ESTABILIDAD DE LA OBRA**, por el 30% del valor final de la obra y por el término de 5 años contados a partir de la fecha del acta de recibo final de la obra”.

En el párrafo de dicha cláusula se acordó que en el evento de concederse prórrogas en el plazo de ejecución de la obra o celebrar contratos adicionales se procedería de la siguiente manera: *“a) Si es prórroga del plazo, se prorrogará la vigencia de la póliza única en los correspondientes riesgos amparados, teniendo el contratista el plazo fijado por Acuavalle S.A. E.S.P. para presentar dicha prórroga o extensión de la garantía (...)”.*

En relación con la cláusula penal pecuniaria, en la cláusula vigésima octava se estipuló que *“en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, el CONTRATISTA conviene en pactar como sanción pecuniaria, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, que deberá pagar a ACUAVALLE S.A. E.S.P. suma que (...) hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato. La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios que excedan el monto cubierto por esta cláusula. ACUAVALLE S.A. E.S.P. hará efectiva esta sanción mediante resolución motivada, previa garantía del debido proceso para EL CONTRATISTA”.*



En la cláusula trigésima que se denominó “**APLICACIÓN DE SANCIONES**” se convino que en el evento en que la entidad considerara necesario hacer efectiva la cláusula penal o la garantía única de cumplimiento, lo haría el gerente mediante resolución motivada que debía notificarse personalmente al contratista o su apoderado y que contra esta procedería el recurso de reposición. En el párrafo de esta cláusula se previó que *“cuando se trate de hacer efectiva la garantía única, el acto administrativo se notificará también al garante del CONTRATO, su representante o su apoderado”*.

En cuanto a la suspensión del contrato, en la cláusula trigésima primera se acordó que las partes de común acuerdo podían suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante la suscripción de un acta *“sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión”* y que en este evento el interventor comunicaría a la aseguradora el término de la suspensión.

En la cláusula trigésima cuarta denominada “**ACTAS**” se pactó que para la iniciación de la obra se realizaría un acta que debía suscribir el contratista y el interventor y contar con el visto bueno del Subgerente Técnico de la entidad, al igual que en el acta final de la obra. En cuanto al acta de liquidación del contrato se estipuló que en esta debían determinarse los ítems, cantidades y valores y que sería suscrita por las mismas personas previamente indicadas y por el gerente de Acuavalle S.A. E.S.P.

En relación con la vigencia del contrato en la cláusula trigésima sexta se convino que el negocio jurídico se considera vigente una vez perfeccionado y hasta su liquidación definitiva, la cual deberá hacerse mediante acta y que independientemente deberá elaborarse un acta de recibo definitivo de las obras.

En la cláusula trigésima sexta denominada “**NORMAS APLICABLES**”, se estipuló que *“se entienden incorporadas al presente contrato las disposiciones del Código Civil y/o del Comercio que le sean concordantes a este tipo de contrato, a las cuales se somete íntegramente el CONTRATISTA”*.



Finalmente, en lo atinente a la liquidación del contrato, en la cláusula trigésima octava se acordó que, a la terminación del contrato, las partes suscribirán un acta en la cual conste detalladamente la liquidación definitiva de este, la constancia de recibo a satisfacción de las obras y certificación por parte de la entidad contratante de paz y salvo a favor del contratista por todo concepto. A su vez, en el párrafo se previó que terminado el contrato por cualquier motivo, *“deberá liquidarse teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del mismo”*.

7.3. El 3 de septiembre de 2009, el contratista constituyó en favor de Acuavalle S.A. E.S.P. la garantía única de cumplimiento mediante la póliza No. 8001020497 expedida por la compañía aseguradora Seguros Colpatria S.A., con vigencia desde la fecha de su expedición al 3 de marzo de 2014, según consta en copia simple de dicho documento<sup>41</sup>.

En la póliza consta que los amparos contratados fueron los siguientes: i) cumplimiento por valor de \$592.243.256 con vigencia hasta el 4 de julio de 2009; ii) anticipo por valor de \$1.480.608.140 con vigencia hasta el 4 de julio de 2009; iii) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por valor de \$296.121.628 con vigencia hasta el 3 de marzo de 2012; iv) estabilidad de la obra por valor de \$888.364.884 con vigencia hasta el 3 de marzo de 2014 y v) calidad de los bienes o servicios por valor de \$54.400.000 con vigencia hasta el 3 de marzo de 2010.

Igualmente consta que el objeto de la póliza es *“garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del afianzado en virtud del contrato de obra no. 142-2008 cuyo objeto es la construcción (incluye diseño) de acueducto y alcantarillado corregimiento Carraipa, Majayura, Paraguachón del municipio de Maicao”*. Se resalta que las condiciones generales de la póliza no fueron allegadas por la parte demandante ni se aportaron al expediente por la entidad demandada.

<sup>41</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls.419 a 423.



7.4. El 9 de octubre de 2008 las partes suscribieron el acta de iniciación del contrato de obra No. 142-2008, en la cual se consignó que la fecha de terminación sería el 9 de abril de 2009<sup>42</sup>.

7.5. El contrato de obra No.142-2008 fue objeto de varias suspensiones<sup>43</sup>, como se relaciona a continuación:

|                                                  |                                                 |
|--------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Acta de suspensión No. 1: 9 de diciembre de 2008 | Acta de reinicio No. 1: 26 de marzo de 2009     |
| Acta de suspensión No. 2: 26 de marzo de 2009    | Acta de reinicio No. 2: 26 de junio de 2009     |
| Acta de suspensión No. 3: 26 de junio de 2009    | Acta de reinicio No. 3: 21 de octubre de 2009   |
| Acta de suspensión No. 4: 21 de octubre de 2009  | Acta de reinicio No. 4: 12 de diciembre de 2009 |
| Acta de suspensión No. 5: 31 de marzo de 2010    | Acta de reinicio No. 5: 29 de abril de 2010     |

Según lo consignado en el acta de suspensión No. 1, dicha suspensión estuvo motivada por falta de colaboración de la empresa prestadora del servicio de acueducto y de la alcaldía del Municipio para la terminación de los diseños definitivos y porque la falta de seguridad en la zona dificultaba el trabajo de campo. Las suspensiones posteriores estuvieron motivadas, en el argumento según el cual la nueva interventoría que fue contratada por Corpoguajira no había autorizado la ejecución de las obras hasta que los diseños no fueran revisados, aprobados y viabilizados y la suspensión No. 5 porque ante el incumplimiento del contratista en la ejecución del contrato Acuavalle S.A. E.S.P. procedió a adelantar junto con el contratista la gestión para ceder el contrato, por lo cual se suspendería hasta que se materializara la cesión.

<sup>42</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fl.405.  
<sup>43</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls. 367,375,379,383,387,389,393,395,399 y 401 a 403.



7.6. El 7 de enero de 2010, mediante oficio No. DIRCC6004-10, Acuavalle S.A. E.S.P. requirió al señor Miguel Camilo Castillo Baute, representante legal de la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda., por el presunto incumplimiento del contrato. En dicho requerimiento señaló que, una vez aprobados los diseños por la interventoría, la entidad solicitó en varias oportunidades el inicio de las obras, sin obtener respuesta por parte del contratista, circunstancia que habría generado retrasos en la ejecución contractual desde el 12 de diciembre de 2009, por lo que le otorgó 3 días al contratista para que explicara las razones del incumplimiento en la ejecución del contrato y se le advirtió que en caso de no recibir pronunciamiento de su parte, la entidad procedería a iniciar las acciones administrativas correspondientes.

7.7. El 15 de febrero de 2010, la Directora Jurídica de Acuavalle S.A. E.S.P. le remitió una comunicación a la aseguradora Seguros Colpatria S.A. en la que le informó que el contratista *“ha venido incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones contractuales, razón por la cual iniciaremos los procedimientos administrativos tendientes a la imposición de sanciones contractuales y legales a que haya lugar”*, le indicó que para obtener información detallada sobre el incumplimiento del contratista se comunicara con la Dirección Jurídica de Acuavalle S.A. E.S.P. y que *“el contratista no ha iniciado la ejecución de las obras contratadas ni ha informado satisfactoriamente sobre la inversión del anticipo entregado, entre otras”*<sup>44</sup>.

7.8. En la misma fecha, la Directora Jurídica de Acuavalle S.A. E.S.P. remitió a la aseguradora otro oficio solicitando la actualización de la vigencia de la garantía única de cumplimiento y de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que amparaban los riesgos derivados de la ejecución del contrato de obra no. 142-2008, por cuanto a la fecha el contratista no había cumplido con dicha obligación<sup>45</sup>. En este oficio la entidad contratante puso de presente que el contrato inició el 9 de octubre de 2008 con un plazo de ejecución de 6 meses, pero que debido a las múltiples suspensiones éste terminaría el 12 de abril de 2010.

<sup>44</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fl.215.

<sup>45</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls. 217 y 218.



7.9. El 8 de marzo de 2010, se llevó a cabo una reunión en las oficinas de la aseguradora Seguros Colpatria S.A. a la que asistieron las partes para discutir sobre el incumplimiento del contratista y de la posibilidad de ceder el contrato, reunión en la que se levantó un acta<sup>46</sup>.

Del acta se desprende que en febrero de la misma anualidad se llevó a cabo una anterior reunión con la participación de la interventoría, la entidad contratante, Corpoguajira, la aseguradora y los contratistas, en donde se puso de presente el *“presunto incumplimiento por parte del contratista”* y que en la reunión del 8 de marzo de 2010 el contratista propuso la cesión del contrato la cual fue aceptada por Acuavalle S.A. E.S.P., quien además propuso al cesionario y solicitó que se expidiera póliza para la garantía única de cumplimiento en las mismas condiciones pactadas en el contrato inicial.

7.10. El 29 de abril de 2010, las partes suscribieron el acuerdo de cesión en virtud del cual la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda., previamente autorizado por Acuavalle S.A. E.S.P., cedió el contrato de obra No. 142-2008 a la unión temporal Proaguas C.T.A. O.M.E. 3A Ltda.<sup>47</sup>, quien reinició la ejecución del contrato el mismo día, según consta en el acta de reinicio No. 5.

En dicho documento consta que este acuerdo se llevó a cabo debido a que el contratista *“ha venido incumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato de obra suscrito con ACUAVALLE S.A. E.S.P., razón por la que a través de varios requerimientos hechos con copia a la compañía de seguros Colpatria S.A. garante del contratista, se ha solicitado el soporte de la inversión del anticipo y la información sobre la no ejecución de las obras”*.

Igualmente, da cuenta que se adelantó una reunión en las oficinas de la aseguradora junto con los contratistas en la que se acordó que el contrato se cedería al contratista designado por Acuavalle S.A. E.S.P. y aceptado por la compañía de seguros y que ésta ampararía al cesionario en los mismos riesgos exigidos al contratista inicial.

<sup>46</sup> Archivo denominado *“4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”*, índice 2 de SAMAI, fls.357 a 361.

<sup>47</sup> Archivo denominado *“4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”*, índice 2 de SAMAI, fls. 299 a 307.



7.11. En la misma fecha, las partes suscribieron el otrosí No. 1 al contrato de obra No. 142-2008, por medio del cual se modificó la cláusula quinta del negocio jurídico con el fin de adicionar el plazo de ejecución por 4 meses más y con motivo de dicha modificación el contratista cesionario se obligó a ampliar el plazo de los amparos de la póliza de garantía única de cumplimiento por el término de la prórroga<sup>48</sup>.

7.12. El 18 de mayo de 2010, las partes suscribieron el acta de suspensión No.6 mediante la cual se suspendió temporalmente el plazo de ejecución del contrato, por cuanto la interventoría del convenio interadministrativo No.008 de 2008 no había dado viabilidad a los diseños, los cuales ya habían sido presentados por Acuavalle S.A. E.S.P. y habían sido objeto de observaciones que debían ser corregidas<sup>49</sup>.

7.13. El 29 de febrero de 2012, el Gerente de Acuavalle S.A. E.S.P. remitió el oficio No. AC-1181 al Gerente de Indemnizaciones de Seguros Colpatria S.A. en el cual le comunicó que el 18 de mayo de 2010 las partes suscribieron la suspensión del contrato y que *“hasta la fecha no se ha reiniciado el plazo de ejecución del contrato, ni los contratistas se han presentado a rendir informe de la inversión del anticipo por valor de \$1.480.608.139”* y que, en consecuencia, *“procederá a realizar la terminación y la liquidación unilateral del contrato”*, según da cuenta copia simple de dicha comunicación<sup>50</sup>.

7.14 El 27 de agosto de 2012, el Gerente y representante legal de Acuavalle S.A. E.S.P. expidió la denominada Resolución No. 153 mediante la cual *“se levanta unilateralmente la suspensión, se declara el incumplimiento del contrato de obra civil No.142-2008, se liquida unilateralmente, se declara la ocurrencia de unos siniestros, se ordene hacer efectiva la respectiva póliza de seguros y se adoptan otras determinaciones”*<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Archivo denominado *“4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”*, índice 2 de SAMAI, fls.293 a 297.

<sup>49</sup> Archivo denominado *“4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”*, índice 2 de SAMAI, fls. 363 a 365.

<sup>50</sup> Archivo denominado *“2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”*, fls. 37 y 38, índice 2, SAMAI.

<sup>51</sup> Archivo denominado *“2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”*, fls. 39 a 44, índice 2, SAMAI.



En las consideraciones de esta decisión, la entidad contratante: i) expuso los hechos relacionados con la celebración del contrato de obra No.142-2008; ii) refirió que el 2 de octubre de 2008 las partes suscribieron otrosí con el fin de modificar la cláusula décima del contrato relativa al anticipo, en el sentido de ajustar el porcentaje del mismo al 32% del valor total del contrato, suma que le fue entregada al contratista el 8 de octubre de la misma anualidad; iii) hizo referencia a la expedición de la póliza mediante la cual se constituyó la garantía única de cumplimiento y los amparos que esta contenía y iv) expuso los hechos relativos a las múltiples suspensiones que presentó el contrato, su cesión, la adición al plazo y la nueva suspensión suscrita el 18 de mayo de 2010.

Posteriormente, expuso que: i) el contrato de obra 142-2008 fue suscrito para dar cumplimiento al convenio No.008 de 2008 celebrado entre Acuavalle S.A. E.S.P. Y Corpoguajira; ii) en dicho convenio se estipuló un plazo de ejecución de 16 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, lo cual tuvo lugar el 19 de agosto de 2008; iii) el plazo de ejecución fue ampliado en 9 meses, quedando su plazo definitivo en 25 meses que vencían el 18 de septiembre de 2010; iv) mediante Resolución No.01210 del 16 de junio de 2011 Corpoguajira reconoció la terminación *ipso iure* del convenio No.008 de 2008 por vencimiento del plazo para su ejecución, ordenó su liquidación y declaró el incumplimiento del objeto del convenio; v) que el 18 de septiembre de 2010 feneció el plazo de ejecución del convenio y el 19 de septiembre de la misma anualidad Acuavalle S.A. E.S.P. hizo entrega parcial a CORPOGUAJIRA de los diseños definitivos de 7 proyectos y vi) Acuavalle S.A. E.S.P. presentó demanda de controversias contractuales contra Corpoguajira para solicitar la nulidad de la resolución que declaró la terminación y el incumplimiento del convenio interadministrativo.

A continuación, la entidad puso de presente que: i) para la fecha en que terminó el convenio No. 008 de 2008 -18 de septiembre de 2010-, el contrato de obra no.142-2008 se encontraba suspendido debido a que el contratista cesionario *“a pesar de haber aceptado y perfeccionado la cesión y constituido las respectivas pólizas, y haber reiniciado y suspendido la obra por sexta vez, no dio el respectivo reinicio a la ejecución de las obras”*; ii) la entidad contratante *“en varias oportunidades requirió a los representantes legales de INVERSIONES GRANDES VÍAS E INGENIERÍA*



LTDA y de la UNIÓN TEMPORAL PROAGUAS C.T.A.-O.M.E. 3A LTDA con el propósito de que presentara la información sobre la no ejecución de las obras, o definir el reinicio o la terminación y liquidación de mutuo acuerdo del contrato (...) requerimiento al que solo acudió PROAGUAS”; iii) el 15 de febrero de 2010 envió oficio a Seguros Colpatria S.A. informando sobre el incumplimiento del contratista y solicitando la actualización de vigencias de las pólizas; iv) el 29 de febrero de 2012 el Gerente de Acuavalle S.A. E.S.P. le informó a la aseguradora que ante el no reinicio de la ejecución de la obra y la no presentación de informes sobre la inversión del anticipo procedería a terminar y liquidar unilateralmente el contrato; v) debido al incumplimiento del contratista, la entidad a su vez incumplió el convenio suscrito con Corpoguajira y pese a que había presentado demanda contra el acto que declaró el incumplimiento del convenio, Corpoguajira había hecho efectiva la cláusula penal por valor de \$4.500.000.000 y había afectado el amparo de anticipo, motivo por el cual era necesario recuperar los anticipos entregados a los contratistas y no invertidos, así como hacer efectivos los respectivos amparos y vi) que al no obtener respuesta positiva del contratista sobre el reinicio de ejecución de las obras o la devolución de los recursos entregados *“procederá a levantar unilateralmente la suspensión, declarar el incumplimiento del contrato de obra No.142-2008, a liquidar unilateralmente el mismo, e igualmente de acuerdo con la cláusula trigésima del mencionado contrato a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía única”*.

Finalmente, explicó que: i) para la fecha en que se declaró el incumplimiento del convenio interadministrativo la póliza que amparaba el cumplimiento del contrato de obra No. 142-2008 estaba vigente; ii) que de acuerdo con el balance económico de la obra realizado por el Subgerente Técnico de Acuavalle S.A. E.S.P y otro funcionario, el valor ejecutado fue de \$451.840.097 y el saldo pendiente por invertir del anticipo fue de \$495.749.112, existiendo una diferencia entre el monto cancelado por concepto de anticipo por la entidad y el valor de las obras efectivamente realizadas por el contratista, motivo por el cual declarararía el siniestro de anticipo constituido en la póliza expedida por Seguros Colpatria S.A.; iii) en la cláusula vigésima octava del contrato se estipuló la cláusula penal por el equivalente del 20% del valor del contrato la cual Acuavalle S.A. E.S.P. podía hacer efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento.



En la parte resolutive de dicho acto, la entidad dispuso expresamente lo siguiente:

*“ARTICULO PRIMERO: Levántese de manera unilateral la suspensión suscrita de común acuerdo entre las partes y declárese el incumplimiento del contrato de Obra Nro. 142-2008 por parte de UNION TEMPORAL PROAGUAS C.T.A O.M.E. 3 A LTDA por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta Resolución.*

*ARTICULO SEGUNDO: Liquidar de manera unilateral el contrato de Obra Nro. 142-2008, suscrito el 2 de septiembre de 2008 entre ACUAVALLE S.A. E.S.P. y la Empresa INVERSIONES GRANDES VIAS E INGENIERIA LTDA quien lo dio en cesión a la empresa UNION TEMPORAL PROAGUAS C.T.A-O.M. E 3 A LTDA (...) cuyo objeto es la " Construcción (incluye diseño) de acueducto y alcantarillado Corregimiento Charapilla, Majanyura, Paraguachon del municipio de Maicao". por valor de Dos mil novecientos sesenta y un millones Doscientos Dieciséis Mil Doscientos setenta y nueve pesos Mcte (\$2.961.216.279.00).*

*ARTICULO TERCERO: Declarase la ocurrencia de los siniestros amparados por el contratista mediante Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales Nro. 8001020497, expedida por Compañía de Seguros Colpatria S.A. el 25 de Mayo de 2010.*

*RIESGO DE CUMPLIMIENTO: Siniestro por valor de QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MCTE. (\$ 592.243.256,00)*

*RIESGO DE ANTICIPO: Siniestro por valor de CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO DOCE PESOS MCTE (\$495.749.112) equivalente a la diferencia existente entre el monto del anticipo pagado por ACUAVALLE S.A. E.S.P. al contratista y el avalúo de las obras civiles efectivamente realizadas por este*

*ARTICULO CUARTO: Con base en el valor declarado como siniestro en el artículo anterior, hágase efectiva por MIL OCHENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$ 1.087.992.368,00), la póliza única de Seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales número 8001020497, expedida por Seguros Colpatria S.A y exíjase a la compañía aseguradora el pago del valor declarado en calidad de siniestro.*

*ARTÍCULO QUINTO: Hágase efectiva la pena pecuniaria pactada entre las partes en la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de obra No. 142-2008 por valor QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MCTE de PESOS MCTE (\$592.243.256).*

*ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese el contenido de la presente Resolución al señor EDUARDO ANTONIO QUINTERO CHAVEZ, representante legal de la empresa UNION TEMPORAL PROAGUAS. C.T.A-O.M.E 3 A LTDA o a quien haga sus veces, y al representante legal de SEGUROS COLPATRIA S.A, con las ritualidades que al efecto establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, haciéndoles saber que contra la misma*



*únicamente procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse ante el Gerente de ACUAVALLE S.A. E.S.P. a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*

*ARTICULO SEPTIMO.: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición”.*

7.15. Contra la anterior decisión, el apoderado de la aseguradora Seguros Colpatria S.A. interpuso recurso de reposición, por considerar que: i) fue expedida con violación del derecho al debido proceso de la aseguradora por cuanto nunca se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y no le garantizaron *“el derecho a un trámite que respetara las formas propias de cada juicio”*; ii) no era procedente la liquidación unilateral del contrato y iii) hubo un cálculo deficiente del valor del siniestro frente a la cobertura de cumplimiento, según consta en copia simple del escrito contentivo del recurso<sup>52</sup>. Se pone de presente que en dicho documento no obra constancia sobre la fecha en la que fue presentado.

7.16. El 1º de noviembre de 2012, el gerente y representante legal de Acuavalle S.A. E.S.P. profirió la denominada Resolución No. 290 mediante la cual resolvió el recurso de reposición presentado por Seguros Colpatria S.A. contra la decisión antes mencionada y la confirmó en su integridad, según consta en copia simple del acto referido<sup>53</sup>.

En esta decisión Acuavalle S.A. E.S.P. expuso que las normas invocadas por el recurrente para fundamentar sus argumentos, esto es, la Ley 1150 de 2007, no era aplicable a la entidad *“por ser una Empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios la cual tiene un régimen especial”*. Al respecto, hizo referencia al artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que establece que los actos de las empresas de servicios públicos se rigen por las normas del derecho privado y concluyó que los contratos celebrados por Acuavalle S.A. E.S.P. se rigen por el derecho privado y las facultades que le otorga el Estatuto de Contratación de la Empresa, esto es, el artículo 46 del Acuerdo 003 de 2008.

<sup>52</sup> Archivo denominado “2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, fls.45 a 57, índice 2, SAMAI.

<sup>53</sup> Archivo denominado “2ED00020130013500CU(.PDF) NroActua 2”, fls.58 a 60, índice 2, SAMAI.



En esa dirección, consideró que era legal que la entidad declarara el incumplimiento del contrato e hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria pues ello estaba pactado en el contrato y a la vez hacer efectivas las garantías que lo amparaban por haber ocurrido el siniestro que las hacía exigibles. Frente al argumento del recurrente consistente en la vulneración del derecho al debido proceso consideró que no era procedente por cuanto en varias ocasiones se requirió a las partes para que se llevara a cabo de común acuerdo el reinicio de las obras o la terminación del contrato pero nunca recibieron respuesta del contratista y puso de presente que *“fue el contratista y la compañía de seguros quienes se sustraen al llamado para definir las circunstancias del contrato, situación que era la pertinente si tenemos en cuenta que este acuerdo de voluntades se rige bajo los cánones del derecho privado”*.

Finalmente, concluyó que *“El derecho de Acuavalle S.A. E.S.P. para declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y hacer efectiva la cláusula penal pactada, se desprende del mismo acuerdo de voluntades, cuya órbita legal hace parte del derecho privado. Es el contrato suscrito por las partes la fuente directa del derecho que le asiste al contratante para que, ipso iure, haga uso de la facultad unilateral de declaratoria de incumplimiento”*.

En su parte resolutive, se dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 153 del 27 de agosto de 2012, expedida por la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P. "Por medio de la cual se levanta unilateralmente la suspensión, se declara el incumplimiento del Contrato de Obra Civil No. 142-2008, se liquida unilateralmente, se declara la ocurrencia de unos siniestros, se ordena hacer efectiva la respectiva póliza de 'seguros y se adoptan otras determinaciones”*.

*ARTICULO SEGUNDO: Notificar el contenido del presente acto administrativo al Doctor FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIERREZ, obrando en condición de apoderado de SEGUROS COLPATRIA S.A., de conformidad con lo previsto en los artículos 67 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*ARTICULO TERCERO: Contra la presente Resolución no procede recurso alguno .*

*ARTICULO CUARTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición”*.



## Pruebas adicionales

7.17. Obra la denominada Resolución No. 00032 del 1º de septiembre de 2008 por medio de la cual Acuavalle S.A. E.S.P. adjudicó el contrato de obra No. 142-2008 derivado de la solicitud privada de oferta No. G-007-2008 a la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda.<sup>54</sup>.

7.18. Igualmente obra la solicitud privada de oferta que Acuavalle S.A. E.S.P. remitió al contratista el 22 de agosto de 2008 mediante oficio No. RAD 419-020-2008<sup>55</sup>.

7.19. En el expediente obra la oferta presentada por el contratista sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda. ante Acuavalle S.A. E.S.P. en virtud de la solicitud privada de oferta No. G-007-2008<sup>56</sup>.

7.20. Finalmente, obran los denominados “*términos de referencia*” del proceso adelantado por Acuavalle S.A. E.S.P. para seleccionar a los contratistas para la celebración del contrato de obra No.142-2008 en cumplimiento del convenio interadministrativo No.008 de 2008 celebrado con Corpoguajira<sup>57</sup>.

## 8. Solución al caso concreto

### 8.1. Primer problema jurídico. Determinar si Acuavalle S.A. E.S.P. desconoció las previsiones establecidas en el contrato de obra No. 142-2008

Sobre el particular, cabe precisar que el análisis del presente asunto se circunscribirá a determinar si la entidad demandada, al proferir las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, desconoció las previsiones contractuales que regulaban la declaratoria de ocurrencia de los siniestros y la efectividad de la garantía constituida mediante la póliza No. 8001020497. Para tal efecto se analizará, de una parte, si Acuavalle S.A. E.S.P. podía declarar la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo sin

<sup>54</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls. 473 y ss.

<sup>55</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls. 1157 a 1159.

<sup>56</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls. 532 a 692.

<sup>57</sup> Archivo denominado “4EDCUADERNOANEXOS(.PDF) NroActua 2”, índice 2 de SAMAI, fls.1161 y ss.



que previamente se hubiera declarado el incumplimiento del contrato ni se hubiera acreditado el incorrecto manejo o la indebida inversión del anticipo y, además, si la declaratoria de incumplimiento contenida en la Resolución No. 153 de 2012 encontraba sustento en un informe que no fue puesto en conocimiento de la aseguradora y, de otra, si al declarar la ocurrencia de los siniestros y hacer efectiva la garantía en un mismo acto administrativo, la entidad demandada vulneró el derecho de defensa de la aseguradora.

De conformidad con lo anterior, la Sala estima necesario precisar el alcance de las estipulaciones contractuales que regularon los aspectos antes mencionados.

En particular, resulta relevante determinar si, conforme a las cláusulas vigésima sexta, vigésima octava y trigésima del contrato, Acuavalle S.A. E.S.P. adoptó las decisiones objeto de las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012 en contravía de los términos pactados en el contrato de obra No.142-2008.

Al efecto, conviene resaltar que cuandoquiera que no exista suficiente claridad o precisión en cuanto al alcance y contenido del documento contractual o se evidencie una contradicción entre las estipulaciones contenidas en el acuerdo de voluntades, e incluso cuando existe claridad en el lenguaje utilizado pero las partes le atribuyen un significado divergente, corresponde al juez adelantar la labor de interpretación del negocio jurídico con miras a establecer la real intención de los contratantes y el contenido genuino de lo estipulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*.

En tal sentido, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la naturaleza del negocio celebrado, en forma sistemática, racional y lógica, con el fin de establecer la voluntad común de los contratantes o dándole a cada cláusula el sentido que mejor convenga en su totalidad o deberá estarse a la interpretación que mejor encuadre con su naturaleza.

Descendiendo al presente caso, la Sala advierte que, por razones metodológicas, los reparos formulados por la recurrente relativos, de una parte, al desconocimiento



de su derecho a controvertir las decisiones adoptadas por la entidad y, de otra, a la supuesta falta de sustento de dichas determinaciones por haberse fundado en un informe que no fue puesto en su conocimiento, serán analizados de manera conjunta, por cuanto ambos cuestionamientos tienen como fundamento común la alegada omisión en el sentido de vincular a la aseguradora al procedimiento que culminó con la expedición de las decisiones cuestionadas, circunstancia de la cual la recurrente deriva la vulneración de sus garantías de contradicción y defensa.

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que, toda vez que en el presente caso estamos ante el contexto de un contrato estatal regido por el derecho privado (F.J. 3.1.), no es aplicable lo dispuesto en el EGCAP frente a los procedimientos a seguir a efectos de la declaratoria de incumplimiento y/o la ocurrencia de los siniestros amparados<sup>58</sup>, salvo que las partes así lo estipulen, los instrumentos incorporados al acuerdo así lo establezcan<sup>59</sup> o -en lo que corresponde a la aseguradora garante- las condiciones de la póliza lo prevean<sup>60-61</sup>.

Precisado lo anterior, del análisis en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, en particular de las cláusulas vigésima octava y trigésima del contrato de obra, se advierte que, en lo concerniente a las facultades que en materia de aplicación de sanciones las partes atribuyeron a Acuavalle S.A. E.S.P., no existe estipulación alguna de la que pueda inferirse alguna exigencia en torno a la vinculación de la aseguradora garante a un procedimiento previo a la adopción de tales decisiones -como la de hacer efectiva la cláusula penal en caso de incumplimiento o la de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento-. En efecto, del contenido de las referidas cláusulas no se desprende un pacto tendiente a la comunicación, citación, participación o contradicción a favor de la aseguradora, ni la obligación de adelantar un trámite específico con su intervención para declarar el incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal o adoptar las demás determinaciones previstas en el contrato.

<sup>58</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2025. Rad.: 70.884.

<sup>59</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 2 de junio de 2023. Rad.: 68.996.

<sup>60</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 31 de julio de 2024. Rad.: 59.547.

<sup>61</sup> En el presente caso, cabe resaltar que al proceso no fueron allegadas las condiciones de la póliza.



Por el contrario, al tenor de la cláusula vigésima octava del acuerdo de voluntades relativa a la cláusula penal, **“en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, el CONTRATISTA conviene en pactar como sanción pecuniaria, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, que deberá pagar a ACUAVALLE S.A. E.S.P. suma que (...) hará efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere(...).** Y en cuanto a la forma en la que debía proceder la entidad para hacer efectiva dicha determinación, las partes pactaron que “(...) ACUAVALLE S.A. E.S.P. hará efectiva esta sanción mediante resolución motivada, **previa garantía del debido proceso para EL CONTRATISTA**” (hecho probado 7.2.).

De otra parte, en la cláusula trigésima del contrato denominada **“APLICACIÓN DE SANCIONES**” se convino que en el evento en que la entidad considerara necesario hacer efectiva la cláusula penal o la garantía única de cumplimiento, lo haría el gerente **“mediante Resolución motivada que se notificará personalmente al contratista o su apoderado”** y que contra esta procedería el recurso de reposición. A su vez, en el párrafo de esta cláusula se acordó que **“Cuando se trate de hacer efectiva la garantía única, el acto administrativo se notificará también al garante del CONTRATO, su representante o su apoderado”** (hecho probado 7.2.).

Al respecto, al analizar lo pactado en el contrato frente a este particular, la Sala advierte que, en los términos alegados por la aseguradora, Acuavalle no incumplió el contrato, por cuanto, de las cláusulas referidas y al tenor de lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil<sup>62</sup>, no es posible concluir que las partes hubieran acordado que se vinculara a la aseguradora y que esta participara activamente antes de la adopción de las decisiones encaminadas a declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal y la garantía de cumplimiento.

En efecto, en el clausulado no se acordó ningún procedimiento específico a seguir por Acuavalle S.A. E.S.P. para declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal o las garantías. Únicamente se pactó que Acuavalle tenía,

<sup>62</sup> “ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.



ante una situación de *“incumplimiento de las obligaciones contractuales”* a cargo de la contratista, la facultad de *“hacer efectiva”* la cláusula penal pecuniaria, bien fuera apropiando los saldos adeudados al contratista o *“mediante el cobro de la garantía de cumplimiento”* y que en caso de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento debía hacerlo el gerente de la entidad mediante resolución motivada, que debía notificarse al garante del contrato, como en efecto ocurrió.

En ese sentido en el artículo sexto de la denominada Resolución No. 153 de 2012 y en el artículo segundo de la denominada Resolución No. 290 de 2012 se ordenó la notificación personal de la decisión al representante legal de la unión temporal PROAGUAS (contratista) y al representante legal de Seguros Colpatria S.A. Si bien, en el expediente no obra la constancia de notificación a la aseguradora de dichas decisiones, en el escrito de demanda esta misma adujo que le fueron notificadas personalmente, el 10 de septiembre de 2012 y 16 de noviembre de la misma anualidad, respectivamente (fundamentos fácticos de la demanda 1.3.9 y 1.3.10)<sup>63</sup>.

En este punto, la Sala no deja de lado que en el recurso de apelación la aseguradora adujo expresamente que no *“cuestionó la potestad que tenía la entidad de declarar la ocurrencia del siniestro que [...] equivale a la reclamación”*, sino que ésta no se apoyó en pruebas que demostraran su acaecimiento por cuanto se declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de *“anticipo”*, sin antes declarar el incumplimiento del contrato, ni demostrar el incorrecto manejo o inadecuada inversión del anticipo.

Frente a este argumento, en primer lugar, cabe señalar que no es cierta la afirmación de la apelante según la cual Acuavalle declaró la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo sin antes declarar el incumplimiento del contrato. Por el contrario, tal y como se evidencia en el artículo primero de la denominada Resolución No. 153 de 2012, junto a la decisión de levantar la suspensión del contrato de obra No. 142-2008

<sup>63</sup> Al efecto en el libelo introductorio se indicó: *“Décimo.- El día 27 de agosto de 2012 ACUAVALLE S.A. E.S.P., mediante la Resolución 153, notificada personalmente a SEGUROS COLPATRIA S.A. el día 10 de septiembre de 2012 (...)”* y *“Octavo.- Mediante la Resolución 290 de noviembre 12 de 2012, notificada personalmente a SEGUROS COLPATRIA S.A. el día 16 de noviembre de 2012, ACUAVALLE S.A. E.P.S. resolvió confirmar en todas su partes la Resolución No. 153 del 27 de agosto de 2012”*.



también se declaró el incumplimiento del mismo. En efecto, en la decisión se consignó expresamente lo siguiente:

*“ARTICULO PRIMERO: Levántese de manera unilateral la suspensión suscrita de común acuerdo entre las partes y **declárese el incumplimiento del contrato de Obra Nro. 142-2008 por parte de UNION TEMPORAL PROAGUAS C.T.A O.M.E. 3 A LTDA** por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta Resolución (...)*” (énfasis de la Sala).

Además, la propia recurrente señaló en el recurso de apelación que mediante la misma decisión se había levantado la suspensión del contrato, declarado su incumplimiento, declarado la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y “*riesgo de anticipo*” y se hicieron efectivas las garantías. En tal sentido, en el escrito de apelación la aseguradora afirmó que:

*“En el plenario es claro que a mi mandante no se le permitió ejercer su derecho de defensa antes de imponerle las obligaciones mediante los actos recurridos. Tanto es así que, aún de forma irregular, **en el mismo acto en el que se levanta la suspensión del contrato se declara su incumplimiento y proceden a hacerse efectivas las garantías**, sin que se permitiera a la aseguradora, conforme a la ley, ejercitar su derecho de defensa antes de la toma de tales decisiones que afectaban su patrimonio*”.

En segundo lugar, cabe precisar que de la cláusula vigésima octava del contrato emerge con claridad que la entidad podía proceder a la declaratoria de incumplimiento justamente con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal en los términos allí pactados, lo que implicaba la posibilidad para la entidad de afectar las garantías.

En un caso análogo al que ocupa la atención de la Sala, esta Sección consideró que “*la puesta en marcha de las garantías ante la aseguradora suponía lógica y necesariamente las declaraciones de incumplimiento y de concreción del riesgo, de lo contrario, estas estipulaciones no alcanzarían un fin práctico, en contravía de lo que busca el ordenamiento, al prever la regla que da preferencia al entendimiento del clausulado que produzca efectos por encima de aquel que no los proporciona*”<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo de 2026, rad.: 69876.



Ahora bien, en relación con el argumento de la recurrente según el cual la decisión de declaratoria de incumplimiento no estaba debidamente fundamentada porque se basó en un informe que la aseguradora no conoció y no pudo controvertir, la Sala reitera que en el negocio jurídico no se acordó procedimiento alguno que debiera llevar a cabo Acuavalle respecto de la aseguradora a efectos de vincularla para que conociera lo acontecido y lo controvirtiera antes de adoptar tales decisiones. La única exigencia prevista en el contrato consistía en que la decisión estuviera debidamente motivada y fuera notificada al contratista y a la aseguradora, requisitos que fueron satisfechos en el presente caso.

Con todo, la afirmación de la recurrente carece de sustento, pues tal y como lo consideró el *a quo*, las pruebas documentales obrantes en el expediente permiten evidenciar que la aseguradora tuvo conocimiento de las circunstancias por las cuales se configuró el incumplimiento del contrato por parte del contratista, toda vez que Acuavalle S.A. E.S.P. le comunicó a la aseguradora en varias oportunidades el reiterado incumplimiento del contratista.

Al efecto, está probado que: i) el 15 de febrero de 2010, la Directora Jurídica de Acuavalle S.A. E.S.P. le remitió una comunicación a Seguros Colpatria S.A. en la que le informó que el contratista *“ha venido incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones contractuales, razón por la cual iniciaremos los procedimientos administrativos tendientes a la imposición de sanciones contractuales y legales a que haya lugar”* y le indicó que *“el contratista no ha iniciado la ejecución de las obras contratadas ni ha informado satisfactoriamente sobre la inversión del anticipo entregado, entre otras”* (hecho probado 7.7.); ii) en la misma fecha, la Directora Jurídica de Acuavalle S.A. E.S.P. remitió a la aseguradora otro oficio solicitando la actualización de la vigencia de la garantía única de cumplimiento y de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que amparaban los riesgos derivados de la ejecución del contrato de obra no. 142-2008 por cuanto a la fecha el contratista no había cumplido con dicha obligación (hecho probado 7.8.); iii) el 8 de marzo de 2010, se llevó a cabo una reunión en las oficinas de la aseguradora a la que asistieron las partes para discutir sobre el incumplimiento del contratista y la posibilidad de ceder el contrato y en el acta de esta reunión consta que con anterioridad se había llevado a cabo otra reunión de la que también conoció la aseguradora en donde se puso de



presente el “*presunto incumplimiento por parte del contratista*” (hecho probado 7.9.); iv) como resultado de la anterior reunión, el 29 de abril de 2010 las partes suscribieron el acuerdo de cesión en virtud del cual la sociedad Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda., previa autorización de Acuavalle S.A. E.S.P., cedió el contrato de obra No. 142-2008 a la unión temporal Proaguas C.T.A. O.M.E. 3A Ltda. y en dicho acuerdo consta que este se celebró debido a que el contratista *“ha venido incumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato de obra suscrito con ACUAVALLE S.A. E.S.P., razón por la que **a través de varios requerimientos hechos con copia a la compañía de seguros Colpatria S.A. garante del contratista**, se ha solicitado el soporte de la inversión del anticipo y la información sobre la no ejecución de las obras”* (hecho probado 7.10) y v) el 29 de febrero de 2012, el Gerente de Acuavalle S.A. E.S.P. remitió el oficio No. AC-1181 al Gerente de Indemnizaciones de Seguros Colpatria S.A. en el cual le comunicó que el 18 de mayo de 2010 las partes suscribieron la suspensión del contrato y que *“hasta la fecha no se ha reiniciado el plazo de ejecución del contrato, ni los contratistas se han presentado a rendir informe de la inversión del anticipo por valor de \$1.480.608.139”* por lo que *“procederá a realizar la terminación y la liquidación unilateral del contrato”* (hecho probado 7.13).

Aunado a lo anterior, del contenido de la denominada Resolución No. 153 de 2012 se desprende que, para el 18 de septiembre de 2010, fecha en la que feneció el convenio interadministrativo celebrado con Corpoguajira, el contrato de obra “*se encontraba suspendido*”, y pese a la cesión del contrato a la unión temporal PROAGUAS y la constitución de las pólizas respectivas, el contratista “*no dio el respectivo reinicio a la ejecución de las obras*”, y se indicó que esta situación fue puesta en conocimiento de la aseguradora en oficios del 15 de febrero de 2010 y del 29 de febrero de 2012.

Asimismo, en cuanto al incumplimiento del contratista la entidad adujo que lo requirió en varias ocasiones para que “*presentara la información sobre la no ejecución de las obras, o definir el reinicio o la terminación y liquidación de mutuo acuerdo del contrato de obra No.142-2008*”, que ante tal requerimiento solo acudió la unión temporal PROAGUAS quien manifestó que “*no se hizo posible efectuar las actividades referidas y establecidas en los contratos de cesión debido a que el*



contratista cedente no ha dado cabal cumplimiento a los acuerdos y obligaciones consignadas en el contrato cedido, por lo que persistió la suspensión del contrato”. Finalmente, consideró que al no obtener “respuesta positiva del contratista sobre el reinicio de la ejecución de las obras o la devolución de los recursos entregados”, obrando “de conformidad con el principio general del derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, consideró que debía adoptar, de manera unilateral, las medidas de levantamiento de la suspensión, declaración de incumplimiento, liquidación, y de acuerdo a la cláusula trigésima del contrato a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía única (hecho probado 7.14).

Seguidamente, para sustentar el “balance económico de la obra”, en la decisión se refirió un informe presentado por funcionarios de Acuavalle S.A. E.S.P que arrojaba los siguientes resultados:

|                                                                |           |             |                |                  | BALANCE DE OBRA    |                               |                               |                                       |                                            |                                                  |
|----------------------------------------------------------------|-----------|-------------|----------------|------------------|--------------------|-------------------------------|-------------------------------|---------------------------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| CONTRATO N°                                                    | MUNICIPIO | LOCALIDAD   | SISTEMA        | VR. CONTRATO     | ANTICIPO ENTREGADO | PORCENTAJE ANTICIPO ENTREGADO | SALDO X INVERTIR DEL ANTICIPO | PONDERADO SOBRE EL VALOR DEL CONTRATO | PORCENTAJE EJECUTADO EN CADA CORREGIMIENTO | PORCENTAJE EJECUTADO SOBRE EL VALOR DEL CONTRATO |
| INVERSIONES GRANDES VAS LTDA CEDIDO A PROAGUAS C.T.A. 142/2008 | Maicao    | Carrizpa    | Acueducto      | \$ 2.961.216.279 | \$ 947.589.209     | 32%                           | \$ 495.749.112                | 31,53%                                | 26,97%                                     | 8,51%                                            |
|                                                                |           |             | Alcantarillado |                  |                    |                               |                               | 28,37%                                | 0,00%                                      | 0,00%                                            |
|                                                                | Maicao    | Majayura    | Acueducto      |                  |                    |                               |                               | 18,17%                                | 17,63%                                     | 3,24%                                            |
|                                                                |           |             | Alcantarillado |                  |                    |                               |                               | 10,43%                                | 0,00%                                      | 0,00%                                            |
|                                                                | Maicao    | Paraguachón | Alcantarillado |                  |                    |                               |                               | 13,49%                                | 26,03%                                     | 3,51%                                            |
| VALOR PARCIAL                                                  |           |             |                |                  | \$ 947.589.209     |                               | \$ 495.749.112                | 100,00%                               | 70,63%                                     | 15,26%                                           |
| TOTAL                                                          |           |             |                |                  | \$ 947.589.209     |                               | \$ 495.749.112                |                                       |                                            |                                                  |

Finalmente, concluyó que para la fecha en que se declaró el incumplimiento del convenio interadministrativo la póliza que amparaba el cumplimiento del contrato de obra No. 142-2008 estaba vigente; que de acuerdo con el balance económico de la obra el valor ejecutado fue de \$451.840.097 y el saldo pendiente por invertir del anticipo fue de \$495.749.112, existiendo una diferencia entre el monto cancelado por concepto de anticipo por la entidad y el valor de las obras efectivamente realizadas por el contratista -lo que da cuenta del incorrecto manejo y de la inadecuada inversión del anticipo-, motivo por el cual declararía el siniestro de anticipo y que en la cláusula vigésima octava del contrato se estipuló la cláusula



penal por el equivalente al 20% del valor del contrato la cual Acuavalle podía hacer efectiva mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, la Sala resalta que las decisiones objeto de estudio no se fundamentaron únicamente en el contenido del informe que la recurrente aduce no se le permitió conocer ni controvertir -frente a lo cual, tal y como se indicó, no se pactó nada al respecto en el contrato-, sino también en los múltiples requerimientos que la entidad hizo al contratista para reiniciar la ejecución de las obras que, de acuerdo con lo expresado en las denominadas Resoluciones Nos. 153 y 290 de 2012, no fueron atendidos. Al efecto, contrario a lo planteado por la recurrente, el Tribunal no estaba conminado a pronunciarse sobre el incumplimiento contractual del contratista de obra cuando, en este proceso, la aseguradora únicamente cuestionó el contenido del informe realizado por los servidores de la demandada, dejando de lado desvirtuar el incumplimiento que Acuavalle le imputó a su afianzado.

En conclusión, respecto de este reparo Seguros Colpatria S.A. no demostró los hechos en que reposaban sus súplicas, esto es, la afirmación de que la decisión adoptada por Acuavalle careció de justificación, lo cual, al margen del presunto desconocimiento del informe elaborado por funcionarios de la demandada, debía satisfacerse frente al juez del contrato, allegando y controvirtiendo los fundamentos de dicho documento.

Bajo el anterior contexto probatorio, para la Sala es claro que, contrario a lo expuesto por la recurrente, las manifestaciones de voluntad antes referidas permiten establecer que en el contrato de obra No. 142-2008 se previó la facultad de declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal y afectar las garantías, decisión que, además de ser puesta en conocimiento de la aseguradora en los términos convenidos, contenía un sustento acerca de las razones que condujeron a las declaraciones allí adoptadas, así como de las sumas expresadas, tal y como se explicó en precedencia.

Adicionalmente, la Sala destaca que la parte actora tampoco solicitó ni aportó elemento probatorio alguno encaminado a demostrar que, en el marco del contrato



de seguro o de las condiciones de la póliza expedida, se hubiese pactado una limitación a las facultades que las partes atribuyeron a Acuavalle S.A. E.S.P. en el contrato de obra amparado. En particular, no obra prueba que permita concluir que la entidad estuviera obligada a observar un procedimiento distinto al previsto en el contrato o que careciera de la facultad de declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y con ello afectar las garantías constituidas para respaldar el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

En ese contexto, habida consideración de que el contrato de obra No. 142-2008 facultaba a la entidad a efectos de declarar el incumplimiento del contratista para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías otorgadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que para tal efecto se requiriera adelantar una actuación previa con concurrencia de la aseguradora, pues a ella simplemente bastaba notificarla de la decisión -como en efecto ocurrió-, la cual, en todo caso, estuvo debidamente fundamentada, no se advierte que Acuavalle S.A. E.S.P. hubiera desconocido las estipulaciones que regían la relación comercial. Por consiguiente, desde esta perspectiva, tampoco se configura el incumplimiento contractual alegado por la aseguradora demandante.

En suma, la recurrente no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde el cargo alegado requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su prosperidad.

### **8.3. Segundo problema jurídico. Determinar si es procedente la reducción de la cláusula penal en los términos solicitados por la recurrente**

Comoquiera que el primer problema jurídico se resolvió de manera negativa, la Sala entrará a determinar si el valor establecido por la entidad por concepto de la cláusula penal pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de equidad y si, por tanto, procede la reducción proporcional de la pena estipulada.



En su recurso, la parte demandante adujo que el *a quo* al pronunciarse sobre la reducción de la cláusula penal incurrió en dos imprecisiones, en la medida en que: i) afirmó que el juez tiene la potestad de graduar la cláusula penal, cuando en virtud del artículo 1596 del Código Civil y de la jurisprudencia del Consejo de Estado la aplicación del principio de proporcionalidad de la cláusula penal es obligatoria y ii) no era cierto que no estuviera acreditado el porcentaje de la obra ejecutada, pues en la denominada Resolución No. 153 de 2012 se consignó que el porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato fue del 15.25% y es en ese porcentaje debía reducirse el monto de la cláusula penal.

Sobre este punto, es importante empezar por señalar que, de conformidad con lo establecido de tiempo atrás por esta Corporación, es procedente la reducción, disminución y/o graduación de la cláusula penal pecuniaria en los eventos en que se acredite que la obligación principal se cumplió parcialmente, tal y como lo prevén los artículos 1596 del Código Civil<sup>65</sup> y 867 del Código de Comercio<sup>66</sup>. Al efecto, la Sección Tercera<sup>67</sup> ha sostenido que:

*“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio (...) Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad”.*

<sup>65</sup> “Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

<sup>66</sup> “Artículo 867. Cláusula penal. 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”.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad: 17009.



Descendiendo al caso concreto, la Sala, al igual que el Tribunal *a quo*, considera que en el expediente no obra prueba que permita establecer con plena certeza el porcentaje de ejecución física de la obra, ni determinar el alcance real de los trabajos efectivamente realizados por el contratista.

Sobre este punto, no se pasa por alto que en la denominada Resolución No. 153 de 2012, al exponer los resultados del balance económico de la obra, la entidad hace referencia a un 15,26 % como “*porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato*”; sin embargo, dicha afirmación, por sí sola, resulta insuficiente para acreditar el grado de avance de las obras.

En efecto, el porcentaje de ejecución financiera o económica de un contrato no necesariamente coincide con su nivel de ejecución material, pues aquel únicamente refleja la proporción de recursos reconocidos o ejecutados frente al valor total del negocio jurídico, sin que de ello pueda inferirse automáticamente cuáles actividades fueron desarrolladas o cuál fue el avance real de la obra contratada.

A lo anterior se suma que al expediente no fue allegado el informe elaborado por los funcionarios de Acuavalle S.A. E.S.P., el cual, según se desprende de las decisiones cuestionadas, sirvió de fundamento para la elaboración del balance económico de la obra.

En esas condiciones, la Sala carece de elementos que permitan verificar la metodología empleada para obtener el referido “*porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato*”, establecer si este corresponde a la ejecución física, financiera o ambas, así como determinar la entidad y alcance de las prestaciones efectivamente cumplidas por el contratista.

Aunado a lo anterior, la sola afirmación en la denominada Resolución No. 153 de 2012 respecto a que el porcentaje ejecutado sobre el valor del contrato fue del 15.26%, no basta para tener dicha circunstancia como efectivamente acreditada en el proceso, pues, tal y como se estableció en las consideraciones respecto de la naturaleza de los actos emitidos por las empresas prestadoras de servicios públicos



domiciliarios (F.J. 2), estas decisiones no constituyen actos administrativos y, por ende, no puede presumirse como cierto lo indicado en la resolución en cuestión, al no contar con el atributo de presunción de legalidad.

A juicio de la Sala, Seguros Colpatria S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, pues no demostró el porcentaje real de ejecución de la obra como presupuesto invocado para, conforme a los trabajos realizados en ejecución de las labores contratadas, verificar si resulta procedente la graduación de la cláusula penal, razón por la cual, el reparo de la recurrente no está llamado a prosperar.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 10 de diciembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que negó las pretensiones de la demanda.

## 9. Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA<sup>68</sup> y en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del CGP<sup>69</sup>, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, pues interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos de los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

<sup>68</sup> “Artículo 188. Condena en costas [adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021]. 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 (actualmente Código General del Proceso). 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”. (Aclaración añadida).

<sup>69</sup> “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” (Énfasis añadido).



Al efecto, de conformidad con lo establecido en los numerales 3<sup>70</sup> y 4<sup>71</sup> del artículo 366 *ibídem*, en concordancia con el artículo 6 numeral 3.1.3.<sup>72</sup> del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, “*por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*”, vigente para el momento de la presentación de la demanda, según el cual tratándose de procesos ordinarios que se surten en segunda instancia la tarifa de agencias en derecho será de hasta el cinco por ciento (5%) de las pretensiones, la Sala fija las agencias en derecho en esta instancia en un 0,2% del valor total de las pretensiones, que corresponden a la suma de \$2.175.984, en razón de la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también de la actuación desplegada por la parte vencedora, toda vez que Acuavalle presentó alegatos de conclusión en esta instancia<sup>73</sup>.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 10 de diciembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y

<sup>70</sup> “3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado [...] Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.

<sup>71</sup> “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

<sup>72</sup> “ARTICULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 3.1. ASUNTOS 3.1.3. Segunda instancia (...) Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

<sup>73</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Rad.: 51034



Radicado: 44-001-23-33-002-2013-00135-01 (67528)  
Demandante: Seguros Colpatria S.A.

tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso. Se incluirá por concepto de agencias en derecho en segunda instancia en favor de Acuavalle S.A. E.S.P. la suma correspondiente a \$2.175.984.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**ADRIANA POLIDURA CASTILLO**  
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**  
Consejero de Estado  
**ACLARACIÓN DE VOTO**

VF/AC3