

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintiséis (2026)

Magistrado ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente:	85001-23-33-002-000-2021-00044-01 (73.154)
Demandante:	ECOPETROL SA
Demandado:	MAQUINARIA INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS SAS (MIKO SAS) Y LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO
Medio de control:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto:	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - MULTAS EN CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO – CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Síntesis del caso: Ecopetrol SA contrató la ejecución de unas obras viales con la sociedad Miko SAS, cuya declaración de incumplimiento reclama por el hecho de haberle sobrevenido una inhabilidad durante la ejecución del contrato, quien cedió o subcontrató sin autorización de la contratante y en el que incumplió el plan detallado de trabajo, los pagos laborales, tributarios y a proveedores; también se demandó a la aseguradora del cumplimiento contractual con el fin de hacer efectivo el amparo de cumplimiento otorgados por esta. El tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda por estimar acreditado el incumplimiento del contratista y lo condenó, junto con la garante del contrato, a pagar el valor de las multas contractuales; todas las partes apelaron y se modifica la decisión impugnada para condenar también al pago de la cláusula penal pecuniaria.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por todas las partes en contra de la sentencia proferida el 7 de mayo de 2025 por el Tribunal Administrativo de Casanare, por medio del cual se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO del contrato No. 3008874 del 2017 por parte del demandado MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S. “MIKO SAS”, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S. “MIKO SAS” y a la aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO, con cargo a la Póliza de Seguro de cumplimiento Ecopetrol No. AA020109, al pago de la multa estipulada por las partes contratantes, como consecuencia del incumplimiento al contrato No. 3008874 del 2017, a favor de

ECOPETROL S.A. por valor de **\$723.976.490,32 pesos.**, monto que deberá ser indexado en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la sociedad MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S. "MIKO SAS", por concepto de gastos de pericia y honorarios del perito en valor de \$ 31.930.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

QUINTO (sic) Notificar esta sentencia a las partes, según el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente, dejando las constancias de rigor. (fls. 34-35, índice 121 SAMAI tribunal).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 2 de febrero de 2021 (índice 3 SAMAI tribunal, acta de reparto), la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol SA promovió demanda en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales en contra de la sociedad Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras SAS (en adelante Miko SAS) y La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo con el fin de obtener las siguientes súplicas¹:

"DECLARACIONES

PRIMERA: Se declare el incumplimiento del Contrato No. 3008874 de 2017, celebrado con ECOPETROL S.A., cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN DE VÍA PERIMETRAL DEL CPF CUIAGUA DE ECOPETROL S.A. PARA LA PLANTA DE ESTABILIZACIÓN DE CONDENSADOS, CON UN (1) USO DE OPCIÓN PARA EJECUCIÓN DE OBRAS DE ADECUACIÓN Y MEJORAS DE LA VÍA DE ACCESO AL CPF CUIAGUA Y CONSTRUCCIÓN DE UN (1) PUENTE EN EL SECTOR DE LA QUEBRADA CUIAGUERA, por parte del contratista MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S", y

SEGUNDA: Que como consecuencia del incumplimiento del contrato No. 3008874 de 2017 se condene a la empresa MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S. al pago de las multas impuestas y perjuicios causados a ECOPETROL S.A.

TERCERA: Que se condene a la compañía aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES OC, como garante de MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S. al pago de las multas impuestas y perjuicios causados a ECOPETROL S.A. por el incumplimiento del contrato No. 3008874 de 2017, por los siguientes valores, de conformidad con la póliza de garantía No AA04324 del 22 de septiembre de 2017.

¹ La demanda fue reformada en la oportunidad legal y admitida dicha reforma por el tribunal de primera instancia (índice 11 SAMAI).

CONDENAS

Multas

Multas Por concepto de las multas impuestas al contratista por valor de SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PUNTO VEINTIOCHO PESOS (\$734.590.298,28)

Perjuicios causados Por concepto costos necesarios para la terminación del objeto del contrato No. 3008874 de 2017 la suma de MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$1.734.712.699).

CUARTA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la imposición de la multa, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

QUINTA: Las demandadas MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS SAS y LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES OC, darán cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena dicho artículo.

SEXTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Ante la eventualidad que los Honorables Magistrados consideren que no prosperan las pretensiones principales como subsidiarias presento las siguientes:

PRIMERA: Se declare el incumplimiento del Contrato No. 3008874 de 2017, celebrado con ECOPETROL S.A., cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN DE VÍA PERIMETRAL DEL CPF CUIAGUA DE ECOPETROL S.A. PARA LA PLANTA DE ESTABILIZACIÓN DE CONDENSADOS, CON UN (1) USO DE OPCIÓN PARA EJECUCIÓN DE OBRAS DE ADECUACIÓN Y MEJORAS DE LA VÍA DE ACCESO AL CPF CUIAGUA Y CONSTRUCCIÓN DE UN (1) PUENTE EN EL SECTOR DE LA QUEBRADA CUIAGUERA, por parte del contratista MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S", y

SEGUNDA: Que como consecuencia del incumplimiento de MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS SAS del contrato No. 3008874 de 2017 se condene a la demandada LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES OC, en su calidad de garante, al pago de la garantía otorgada al cumplimiento del contrato No. 3008874 de 2017 y garantizada con la póliza AA04394, expedida el 22 de septiembre de 2017 por valor de DOS MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y OCHO (\$2.185.165.162.38) (sic)

TERCERA: La Empresa MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS SAS y LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES OC, darán cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena dicho artículo.

SEXTA: (sic) Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados

2. SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Se declare el incumplimiento del Contrato No. 3008874 de 2017, celebrado con *ECOPETROL S.A.*, cuyo objeto es “CONSTRUCCIÓN DE VÍA PERIMETRAL DEL CPF CUIAGUA DE *ECOPETROL S.A.* PARA LA PLANTA DE ESTABILIZACIÓN DE CONDENSADOS, CON UN (1) USO DE OPCIÓN PARA EJECUCIÓN DE OBRAS DE ADECUACIÓN Y MEJORAS DE LA VÍA DE ACCESO AL CPF CUIAGUA Y CONSTRUCCIÓN DE UN (1) PUENTE EN EL SECTOR DE LA QUEBRADA CUIAGUERA, por parte del contratista *MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S*”, y

SEGUNDA: Que como consecuencia del incumplimiento de *MAQUINARIA INGENIERIA CONSTRUCCION Y OBRAS SAS* del contrato No. 3008874 de 2017 se condene al pago de la *CLÁUSULA PENAL* acordada por las partes en el contrato en la cláusula *DECIMA SEPTIMA*, estipulada en una suma igual al 10% del valor del contrato de conformidad con lo establecido en la *CLAUSULA DECIMO SEPTIMA*.

TERCERA: Se condene a la demandada *LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES OC*, en su calidad de garante, al pago de la *CLÁUSULA PENAL* estipulada en una suma igual al 10% del valor total del contrato en la cláusula décima séptima del Contrato No. 3008874 de 2017 y garantizada con la póliza AA04394, expedida el 22 de septiembre de 2017.” (fls. 2-3 demanda, índice 3 SAMAI tribunal – reforma índice 11 SAMAI – mayúsculas fijas y negrillas del original).

2. Hechos

Como sustento fáctico de las peticiones de la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

1) Ecopetrol SA y la sociedad Maquinaria Ingeniería Construcciones y Obras SAS (en adelante Miko SAS) suscribieron el contrato de obra número 3008874 cuyo objeto fue la construcción por parte de este último de la vía perimetral de la instalación central de procesamiento CPF² Cupiagua, por valor de \$9.179.587.275 y un plazo de 365 días calendario, negocio que incluía la opción de ejecutar también el acceso al CPF Cupiagua y la construcción de un puente en el sector de la quebrada Cupiaguera por la suma adicional de \$9.149.640.209 y un plazo de 270 días calendario. La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo fungió como garante en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento número AA020109.

2) Las partes acordaron la posibilidad de que Ecopetrol SA impusiera multas del 1% de su valor en caso de incumplimiento total o parcial del negocio, o cesión de este sin

² “Central Processing Facility” por su sigla en idioma inglés.

autorización de la contratante; también se pactó una multa del 10% del precio en caso de terminación anticipada del contrato, suma que Ecopetrol SA podía descontar de los saldos en favor del contratista.

3) El inicio de ejecución del contrato tuvo lugar el 30 de octubre de 2017; el 2 de marzo de 2018 se activó la opción de ejecución de obras de acceso y construcción del puente Quebrada Cupiaguera.

4) Posteriormente, las partes suscribieron cuatro (4) documentos otrosí con los cuales modificaron el valor total final del contrato a la suma total de \$18.362.732.457 y el plazo hasta el 26 de abril de 2019.

5) El 20 de marzo de 2019, el contratista y el interventor suscribieron un acta de revisión de ítems y cantidades requeridas con el fin de pactar el otrosí número cinco (5), momento en el que Ecopetrol SA advirtió que le sobrevino una inhabilidad al contratista producto de una sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, hecho que no fue notificado por su contratista. En esa oportunidad, la contratante constató que el contratista incumplió también los plazos de ejecución del PDT³, cedió sin autorización el contrato a la sociedad MANTO SAS y, presentaba un atraso sistemático en el pago de la nómina, impuestos y a proveedores.

6) El 30 de abril de 2019, Ecopetrol SA *“le notificó el incumplimiento”* del contrato a Miko SAS, quien se opuso por estimar que solo podía declararse incumplido durante la vigencia del contrato, oportunidad que ya había expirado. En respuesta, la contratante informó que daría aplicación al procedimiento contractual para la imposición de multas y enteró de tal determinación a la garante del contrato.

7) Ecopetrol SA inició un procedimiento de aplicación de multa (2 de mayo de 2019) y la impuso por valor de \$734.509.298,28; también le notificó al contratista el incumplimiento de las obligaciones laborales (4 de julio de 2019) que ascendía a \$624.707.885. El saldo en favor del contratista para ese momento era de \$1.303.572.052 que no eran suficientes para cubrir las acreencias insatisfechas.

8) El 17 de julio de 2020 las partes suscribieron el documento denominado *“acta de cierre y balance de mutuo acuerdo”*, en el que *“se estableció el valor y porcentaje de la obra ejecutada, el valor de lo cancelado y de lo pendiente de cancelar a MIKO SAS así como de las reclamaciones de los proveedores, de los trabajadores y de las*

³ Plan detallado de trabajos.

obligaciones sin cubrir del contratista al Estado en impuestos y seguridad social, así como también se dejaron las declaraciones mutuas respecto al incumplimiento y las multas impuestas.” (fl. 7 demanda).

4. Oposición

En la oportunidad legal, las demandadas contestaron la demanda de la siguiente manera:

4.1 Maquinaria, Ingeniería, Construcciones y Obras SAS Miko SAS

Se opuso a las pretensiones con los siguientes argumentos (índice 23 SAMAI):

1) Cuando suscribió el contrato no estaba incurso en inhabilidad y esta sobrevino cuando se había ejecutado más del 70% de lo pactado; no informó sobre este hecho a la contratante porque lo subsanó mediante la cesión de las actividades restantes a la sociedad Manto SAS.

2) No hay lugar a pronunciamiento de fondo frente a las súplicas 1 a 3 principales de la demanda ni respecto de todas las subsidiarias, porque Ecopetrol SA declaró unilateralmente el incumplimiento del contrato e impuso las multas y Miko SAS no discute la competencia que tenía la contratante para hacerlo. En el acta de cierre y balance final de negocio se dejó constancia de la aplicación de las multas, por lo cual carece de objeto el litigio frente a estos aspectos y debe inhibirse la justicia de resolverlos.

3) Ecopetrol SA no presentó estimación juramentada de los perjuicios cuya reparación pretende en los términos del artículo 206 del CGP, situación que hace inviables las pretensiones económicas. Las partes no dejaron ninguna salvedad al momento de realizar el cruce de cuentas definitivo del contrato y, por el contrario, se declararon a paz y salvo.

4.2 La Equidad Seguros Generales OC

Por su parte, La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo (índice 22 SAMAI) sustentó su oposición en la forma en que se resume a continuación:

1) Ecopetrol SA desconoció el artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 y el hecho de que se rige por el derecho privado en su actividad contractual, debido a que en forma ilegal profirió decisiones unilaterales por las cuales impuso obligaciones dinerarias al contratista.

2) Como el contrato se rige por el derecho privado, los amparos otorgados por la aseguradora están sujetos a que se demuestre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

3) Formuló las siguientes excepciones:

a) *Inexistencia de incumplimiento del contrato* por tratarse de una inhabilidad sobreviniente, posterior a su ejecución, por lo cual Ecopetrol SA debió permitir la posibilidad de cesión prevista en el ordenamiento jurídico para solventar este tipo de situaciones para, contrario a ello, insistió en imponer multa con lo cual agravó el riesgo asumido por la aseguradora.

b) *Inexistencia del siniestro reclamado*. Las multas debían ser deducidas de los saldos en favor del contratista según se estipuló expresamente por las partes y le corresponde al demandante probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. *“No existe obligación de indemnizar a Ecopetrol frente a los hechos de la presente Demanda, teniendo en cuenta que la misma ha indicado que cuenta con saldos a favor del contratista, configurándose con ello la compensación de las obligaciones entre ECOPETROL S.A. y el contratista MIKO S.A.S.”* (fl. 27 contestación de la demanda). Por su parte, en el acta de cierre y balance final del contrato las partes convinieron en que con la fiducia constituida en Fiduciaria de Occidente se pagarían las acreencias laborales y esta contaba con un saldo de \$641.569.535, superior a lo adeudado por este concepto.

c) *Falta de competencia de Ecopetrol para imponer multas en forma unilateral*, por cuanto Ecopetrol SA no podía disponer la imposición de multas en un contrato regido por el derecho privado; además, estas fueron aplicadas luego de vencido el plazo de ejecución del contrato en contravía de la cláusula decima sexta del contrato.

d) *Inoperancia de la póliza por falta de capacidad del contratista*, debido a que Miko SAS quedó incurso en una inhabilidad sobreviniente y, por ende, carecía de capacidad

para contratar; no tienen efecto las modificaciones de la garantía realizadas cuando ya se había configurado dicha circunstancia.

e) *Inexigibilidad de la totalidad del amparo de cumplimiento por ejecución parcial del contrato.* Las partes conocen que se ejecutó el 74,70% del contrato, lo cual da derecho a la reducción proporcional de la pena en los términos del artículo 1596 del Código Civil.

f) *Límite de la suma asegurada,* pues la aseguradora solo responde, en el caso de ser condenada, hasta concurrencia de la suma asegurada en los términos de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código de Comercio.

g) *Ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual y de la cobertura todo riesgo,* debido a que en la demanda se hace referencia a estas pólizas con las cuales no se garantizó ninguno de los riesgos en debate.

5. La sentencia apelada

El 7 de mayo de 2025, el Tribunal Administrativo de Casanare (índice 121 SAMAI tribunal) profirió sentencia en la cual declaró el incumplimiento del contratista y lo condenó, en conjunto con la aseguradora del contrato, a pagar el valor de la multa impuesta por Ecopetrol SA en cuantía equivalente a \$723.976.490,32, denegó las demás súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandada, con los siguientes razonamientos:

1) Ecopetrol SA impuso una multa “durante la ejecución del contrato” (sic) en aplicación de lo expresamente convenido y con el procedimiento previsto para tal efecto; ahora bien, como la multa no fue aceptada por el contratista ni su garante debió acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento correspondiente, tal como lo hizo.

2) El contratista incumplió sus obligaciones contractuales porque se vio afectado por una inhabilidad sobreviniente y no le informó de esta circunstancia a la contratante, subcontrató con la sociedad Manto SAS el desarrollo del objeto contractual sin autorización de la contratante, no cumplió con sus obligaciones laborales tal como lo reconoció en el acta de cierre y balance del contrato e incurrió en atrasos en el avance de obra, *“toda vez que el contrato No. 3008874 inicialmente se suscribió por un plazo*

de 365 días, los cuales se fueron postergando a través de cuatro Otrosí, siendo incluso necesario efectuar un quinto para ampliar el plazo de ejecución, debido a los atrasos que la obra presentaba” (pág. 30 sentencia de primera instancia).

3) Las partes acordaron una multa equivalente al 1% del valor del contrato y Ecopetrol SA la impuso con sustento en el valor estimado para el mes de junio de 2019 en la suma de \$734.509.298,98; sin embargo, el valor real del contrato fue el pactado en el acta de cierre y balance por mutuo acuerdo en \$18.099.412.258, por lo tanto, el 10% de esa suma, multiplicado por los (4) cuatro incumplimientos del contratista, corresponde a \$723.976.490,32, por lo tanto, ajustó la cifra a este último monto.

4) Según lo acreditado pericialmente, el valor en que incurrió Ecopetrol SA para finalizar las obras fue inferior al que dejó de ejecutar Miko SAS y, por ende, no hay prueba de que hubiera padecido un perjuicio ni destinado recursos adicionales a los ya presupuestados para la finalización de las obras; *“es decir, no se acreditó un perjuicio directo generado por el incumplimiento del contratista, que creara un menoscabo patrimonial para ECOPETROL S.A. En razón a lo expuesto, no se accederá a la pretensión de que se condene a los demandados a cancelar a título de perjuicios causados, los costos para la terminación del contrato”* (fl. 33 sentencia de primera instancia).

5) Como prosperan parcialmente las pretensiones principales no hay lugar a pronunciarse sobre las subsidiarias.

6) Las costas del proceso serán asumidas por la parte vencida en favor de la demandante y corresponden a la suma de \$31.930.000.

6. Los recursos de apelación

En la oportunidad legal, todas las partes apelaron. Las razones de inconformidad expuestas por cada una se sintetizan a continuación:

6.1 Ecopetrol SA

Apeló parcialmente con el fin de que se reconozca el valor de los perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento del contratista (índice 129 SAMAI), con los siguientes argumentos:

- 1) Se acreditó pericialmente que Ecopetrol SA sufrió perjuicios derivados del incumplimiento del contratista los que ascendieron a la suma de \$4.229.374.672 determinados mediante un dictamen pericial que no fue objetado ni desvirtuado; esta prueba demuestra que la contratante debió sufragar la suma antes indicada para culminar las obras, incluidos los costos de interventoría, fue técnicamente sustentada y acredita un daño emergente cierto que debe ser reparado en los términos del artículo 1613 del Código Civil.
- 2) El perjuicio no se mide únicamente por la comparación entre los valores ejecutados y no ejecutados sino por el valor de los costos efectivamente asumidos por Ecopetrol SA, incluidos los gastos operativos y de gestión contractuales adicionales que están documentados en la prueba pericial.
- 3) En cualquier caso, debía reconocerse la pretensión subsidiaria correspondiente al valor de la cláusula penal pecuniaria correspondiente al 10% del valor total del contrato; la sentencia de primera instancia omitió resolver sobre este punto y se limitó a indicar que no prospera por el hecho de haberse acogido parcialmente otras súplicas. En este caso se configuró un incumplimiento definitivo del contratista que da derecho a Ecopetrol SA a recibir el pago de la pena pactada.
- 4) En la sentencia se omitió analizar el contenido de la garantía de cumplimiento y sus amparos para determinar los efectos del fallo respecto de la aseguradora.

6.2 Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras – Miko SAS

Persigue la revocatoria total de la sentencia (índice 130 SAMAI) porque esta desconoce que las partes liquidaron de común acuerdo el contrato, definieron los derechos y obligaciones derivados de este y se declararon a paz y salvo, documento en el cual se incluyó el valor de las multas que el contratista aceptó. La salvedad consignada en el texto se refiere a hechos que se conozcan con posterioridad a la firma del acta y, por lo tanto, no incluye los aspectos objeto de este litigio.

6.3 La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo

Apeló en relación con la responsabilidad del asegurado y la del garante (índice 128 SAMAI), con las razones que se resumen enseguida:

- 1) Las multas contractuales no podía imponerse por fuera del plazo de ejecución del contrato, toda vez que estas estaban encaminadas a conminar o apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones; sin embargo, este fue citado para tal efecto cuando había precluido el término de ejecución. Es contradictoria la argumentación de la sentencia apelada sobre este punto porque la imposición de la multa fue posterior al término de la ejecución (26 de abril de 2019). Por esta razón, debe revocarse el reconocimiento de la multa a cargo del contratista y de la aseguradora.
- 2) La inhabilidad del contratista surgió el 13 de febrero de 2019, por lo cual las modificaciones de la póliza expedidas con posterioridad son ineficaces por carecer del elemento “*riesgo asegurable*”.
- 3) En la sentencia de primera instancia no se justificó debidamente la forma en que se agotó el saldo en favor del contratista por la suma de \$1.303.572.052, dineros que no fueron pagados a Mikos SAS y, por el contrario, existen sumas en su favor según el acta de liquidación; por consiguiente, corresponde compensar dichas sumas y descontar el valor de la multa al contratista.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo⁴ los recursos de apelación interpuestos por las partes, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) ausencia de cruce definitivo de cuentas que impida la prosperidad de las

⁴ Se advierte que no operó la caducidad del medio de control jurisdiccional ejercido con la demanda porque fue promovida el 2 de febrero de 2021 (índice 3 SAMAI acta de reparto), esto es, dentro de los dos (2) años siguientes a la liquidación bilateral del contrato suscrita el 15 de julio de 2020 (fl. 161 archivo pruebas 2, índice 3 SAMAI).

reclamaciones económicas objeto del presente proceso con ocasión de las salvedades manifestadas por las partes en el acta de liquidación bilateral del negocio, (iii) naturaleza sancionatoria de las multas pactadas y posibilidad de imponerlas por fuera del plazo de ejecución del contrato, (iv) eficacia del contrato de seguro, (v) ausencia de prueba de la compensación del valor de las multas con los saldos en favor del contratista, (vi) falta de acreditación de la cuantía de los perjuicios sufridos por Ecopetrol, (vii) decisión de las pretensiones subsidiarias y, (viii) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) Ecopetrol SA demandó la declaración de incumplimiento de su contratista por el hecho de no haber informado sobre la configuración de una inhabilidad sobreviniente, haber cedido o subcontratado sin autorización, incumplir el cronograma de obra, los pagos laborales, tributarios y a proveedores; como consecuencia de ello persigue que se ordene el pago de la multa contractualmente pactada y de los perjuicios causados con el incumplimiento; en subsidio, reclamó el pago del valor de la garantía de cumplimiento o de la cláusula penal pecuniaria. Las pretensiones también se dirigieron en contra de la garante del contrato La Equidad Seguros Generales OC, con el fin de que se haga efectivo el valor de lo pretendido con cargo a los amparos de la garantía contenida en la póliza No AA04324 del 22 de septiembre de 2017.

2) El tribunal de primera instancia acogió parcialmente las súplicas principales de la demanda por estimar probado el incumplimiento del contratista, con lo que se configuraron los supuestos fácticos que daban lugar a la imposición de las multas contractualmente acordadas, cuyo valor ordenó pagar a la contratista y a la aseguradora. Negó la reparación de los demás perjuicios por considerar acreditado que el valor pagado por Ecopetrol SA para culminar las obras fue inferior al saldo no ejecutado por el contratista incumplido y negó las súplicas subsidiarias porque prosperaron parcialmente las principales.

3) Todas las partes apelaron: (i) Ecopetrol SA reclama el reconocimiento de la indemnización de perjuicios los cuales considera quedaron acreditados pericialmente, alegó tener derecho al pago de la cláusula penal pecuniaria porque se cumplieron los supuestos contractualmente previstos para su procedencia, al tiempo que cuestionó la no decisión de fondo de las pretensiones subsidiarias de la demanda; (ii) el contratista insiste en que se desconoció la liquidación bilateral del contrato con la cual las partes se declararon a paz y salvo y, (iii) la aseguradora alega que las multas

fueron impuestas por fuera del plazo de ejecución, que los amparos otorgados luego de sobrevenida la inhabilidad del contratista son ineficaces y que no se tuvo en cuenta la existencia de saldos en favor del contratista con los cuales debe compensarse el valor de la multa.

4) Los recursos de apelación de las demandadas no prosperan. El interpuesto por Miko SAS porque el cruce final de cuentas dispuesto bilateralmente entre las partes fue objeto de expresa salvedad de las partes en relación con las controversias que se ventilan en el presente proceso; tampoco se acogen los argumentos de la impugnación esgrimida por la garante del contrato debido a que las multas no tenían una finalidad exclusivamente conminatoria, la ley no prevé la ineficacia del contrato de seguro por razón de una inhabilidad sobreviniente del contratista ni tampoco operó la compensación de acreencias.

5) Finalmente, la alzada de Ecopetrol SA prospera parcialmente. Si bien no acreditó la cuantía de los perjuicios cuya reparación pretende, hay lugar a decretar en su favor lo pretendido en forma subsidiaria correspondiente al valor de la cláusula penal pecuniaria a cargo del contratista porque se configuran los supuestos para su imposición; también, se condenará a la aseguradora a responder hasta el límite del valor asegurado en el amparo de cumplimiento.

2. Ausencia de cruce definitivo de cuentas que impida la prosperidad de las reclamaciones económicas objeto del presente proceso debido a las salvedades manifestadas por las partes en el acta de liquidación bilateral del negocio

1) Para la Sala es especialmente relevante analizar, como lo reclamó Miko SAS, el contenido y alcance del documento que las partes denominaron “*acta de cierre y balance mutuo acuerdo*” (fl. 134 y ss pruebas 2, índice 3 SAMAI), que según estima constituyó materialmente un cruce de cuentas final y definitivo de las obligaciones derivadas del contrato, en virtud del cual los extremos de la relación negocial se declararon a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

2) En la estipulación vigésima cuarta del contrato (fl. 22 archivo pruebas 2 índice 3 SAMAI), se dispuso que las partes realizarían dicho balance dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización de la ejecución, documento en el cual se dejaría constancia sobre el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, los

acuerdos, conciliaciones y transacciones a los que lleguen con el fin de poder declararse a paz y salvo, con la redacción que sigue:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA – BALANCE FINAL DEL CONTRATO

Concluida la ejecución del contrato, las partes suscribirán el acta de finalización de la ejecución, y el CONTRATISTA procederá a cancelar los pagos pendientes por todo concepto.

Las partes realizarán el Balance Final de mutuo acuerdo del contrato dentro del plazo de vigencia y en un término no superior a CUATRO (4) meses, con posterioridad a la finalización de las actividades ejecutadas, o desde la terminación de la ejecución por cualquier otra causa.

El proyecto de balance final será puesto a consideración del CONTRATISTA para su aceptación total o parcial y la inclusión de las observaciones y/o salvedades que sobre su contenido decida plasmar.

Vencido el plazo anterior sin que se haya suscrito por las partes un balance final ECOPETROL deberá para sus fines hacer un balance final de la ejecución del presente contrato.

En el acta del balance final de mutuo acuerdo, o en el balance interno a ECOPETROL, según sea el caso, debe constar lo contemplado en el anexo laboral y adicionalmente:

1. La declaración de las partes (o de Ecopetrol en ejercicio de la facultad otorgada) acerca del cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de ellas, con ocasión de la ejecución del contrato.

2. Los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo en el caso del balance final de mutuo acuerdo.

Las partes acuerdan que el documento del balance final de mutuo acuerdo, prestará mérito de título ejecutivo renunciando el CONTRATISTA al previo aviso y/o a la reconvencción judicial previa para constituirlo en mora.” (fls. 21 – 22 pruebas 2, índice 3 SAMAI – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

3) En ese marco, se acreditó que el 15 de julio de 2020 las partes suscribieron digitalmente el documento denominado “*acta de cierre y balance mutuo acuerdo*” del contrato en el cual se determinó la existencia de un saldo en favor del contratista por valor de \$1.372.181.107 “*sin aplicar el descuento por multas*” (fl. 143 pruebas 2, índice 3 SAMAI); también se determinó que el valor final del contrato ascendió a \$14.248.991.978 sin incluir el IVA. Respecto del último pago en favor del contratista se señaló que este se realizaría previa entrega de los soportes previstos en el contrato para tal efecto, de la siguiente manera:

“5.6 ULTIMO PAGO. El último pago, por valor de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y UN MIL CIENTO SIETE PESOS COLOMBIANOS (\$1.372.181.107) sin incluir el Impuesto al Valor

Agregado (IVA). Este último pago será efectuado una vez suscrita la presente acta y sean entregados a ECOPETROL S.A. todos los documentos que se indican en el ANEXO 2.1. FACTURACIÓN Y FORMA DE PAGO del Contrato y que se relacionan a continuación:

a) Acta de terminación del Contrato a satisfacción de ECOPETROL, debidamente suscrita por el CONTRATISTA y ECOPETROL.

b) Acta de liquidación (balance final) del Contrato, debidamente suscrita por el CONTRATISTA y el liquidador (administrador) designado por ECOPETROL o, en su defecto, Acta de Liquidación Unilateral suscrita por el liquidador designado por ECOPETROL.

c) Comprobante de pago del impuesto de Timbre Nacional (si aplicare conforme a las disposiciones legales vigentes).

d) Comprobante de pagos de impuestos, tasas o contribuciones que fueren aplicables. (fl. 143 pruebas 2, índice 3 SAMAI - mayúsculas fijas del original)”

4) En el documento también se analizó el valor de los pagos retenidos en garantía al contratista a través de la Fiduciaria de Occidente por la suma de \$641.569.135, correspondientes al 5% de cada pago según la forma de pago acordada⁵. Sin embargo, sobre este monto el contratista autorizó realizar pagos laborales, comisiones, aportes a seguridad social y proveedores por la suma de \$624.707.885; luego de este descuento, el saldo insoluto se ordenaría en favor del contratista.

5) Sin perjuicio de lo anterior, Ecopetrol SA precisó que valor de las multas no fue descontado del saldo en favor de Miko SAS:

“Que a la fecha se encuentra en firme la aplicación de dicha multa. No obstante, advirtiéndolo que aún se registran pendientes de pago créditos a favor de proveedores y subcontratistas que prestaron servicios dentro del Contrato, los cuales deberían ser pagados con cargo a los saldos del Contrato, se procedió mediante comunicación radicado Nro. 2-2019-032-1049 de agosto 26 de 2019 a solicitar el pago ante el CONTRATISTA, sin que se haya obtenido respuesta afirmativa. (...) no es dable aplicar el descuento del monto impuesto a título de multa, pues ello imposibilitaría de plano el pago de acreencias a favor de proveedores y subcontratistas que prestaron servicios dentro del Contrato, aun cuando el reporte de éstas se haya dado primero en el tiempo que la imposición de la multa por parte de ECOPETROL.

De otro lado, el pago se ve imposibilitado por la omisión del CONTRATISTA de acreditación de los requisitos de cierre y balance final de mutuo acuerdo del contrato, así como los referidos al pago final; esto a pesar que ECOPETROL ha solicitado insistentemente al CONTRATISTA proceder al cumplimiento de los mismos, según puede observarse en comunicaciones Nros. 2-2019-032-509 de mayo dos (2) de 2019, 2-2019-032-

⁵ “Cláusula Séptima. Retención. El contratista se obliga a celebrar un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos vigente hasta la finalización del término del balance del contrato con ECOPETROL, con una compañía financiera debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera, para administrar los recursos definidos en la cláusula de forma de pago a título de retención; lo anterior deberá ser acreditado por el CONTRATISTA dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la firma del contrato.”.

608 de mayo quince (15) de 2019, radicado Nro. 2-2020-032-131 de enero veintitrés (23) de 2020, comunicación de fecha treinta y Uno (31) de enero de 2020 por medio de la cual se cita a reunión conjunta de revisión de requisitos de balance y pago final no acreditados, y Nro. 2-2020-031-153 de febrero (13) de 2020. Razón por la cual, se dará paso a la reclamación ante la aseguradora para el pago de la multa.” (fls. 151 pruebas 2, índice 3 SAMAI – mayúsculas fijas del original, negrillas adicionales).

6) Las partes dejaron consignada la siguiente declaración sobre el alcance del referido balance:

“13. DECLARACIONES MUTUAS. El CONTRATISTA manifiesta estar conforme con la totalidad de las sumas a que se refiere la presente acta de cierre y balance, y declara que ECOPETROL S.A., no le debe ninguna suma adicional a las señaladas en este documento, con ocasión o por razón de la celebración, ejecución, terminación o cierre y balance del Contrato. Sobre lo cual esta declaración tiene efectos transaccionales, en concordancia con el artículo 2469 y subsiguientes del Código Civil Colombiano y demás normas aplicables. Por lo anterior, ECOPETROL S.A. procederá a autorizar el desembolso del pago final una vez el CONTRATISTA de cumplimiento a los documentos exigidos en la presente acta.” (fl. 151 pruebas 2, índice 3 SAMAI – mayúsculas fijas del original).

7) No obstante, las partes manifestaron salvedades. Miko SAS no reconoció las multas e insistió en que no había lugar a imponerlas por fuera de la ejecución del contrato porque no cumplían la finalidad de apremio y debido a que Ecopetrol SA no notificó oportunamente el inicio del procedimiento para imponerlas por atraso del PDT, cesión no autorizada del contrato y atrasos en pagos laborales, a subcontratistas y proveedores sino después de vencido el plazo contractual⁶. También dejó a salvo su

⁶ El texto de la salvedad es el siguiente: “1. MULTAS. Reiteramos nuestros argumentos expuestos respecto de la falta de oportunidad del contratante para acudir a este mecanismo contractual que le permite apremiar al contratista para que cumpla con las obligaciones contratadas, igualmente, reiteramos nuestros argumentos respecto de la multa derivada de la inhabilidad sobreviniente en el sentido de que Ecopetrol SA no permitió la facultad del contratista de ceder el contrato o renunciar a él de conformidad con el artículo 9 de la Ley 80 de 1983. Estos argumentos nos permitimos ampliarlos así: Respecto de las multas por el incumplimiento la cláusula décima sexta del contrato dispone que “la deducción aplicará por cada situación o hecho que lo motive o por cada día en que el mismo se prolongue hasta un máximo de quince (15) días continuos en relación con cada situación o hecho y se hará con cargo a la factura correspondiente al mes siguiente a aquel en que le fuere comunicado el incumplimiento o hasta el saldo”. La interpretación procedente de este aparte de la cláusula décimo sexta determina el tiempo o la oportunidad en que Ecopetrol SA podrá imponer la multa y otra oportunidad para hacerla efectiva con cargo a la factura del correspondiente mes siguiente o del saldo final. Para el caso particular hemos insistiendo de manera reiterada que Ecopetrol no notificó en tiempo oportuno (durante la ejecución del contrato) el procedimiento de aplicación de multas especialmente para los casos de: a) Atraso Sistemático en el PDT, b) Cesión de Contrato No Autorizado y c) Atraso Sistemático en Pagos Laborales y Acreencias con Subcontratistas y Proveedores. Lo anterior se evidencia porque Ecopetrol SA dio aviso al contratista de un presunto incumplimiento hasta el día 21 de junio de 2019 mediante radicado No. 2-2019-057-5800, es decir: Cincuenta y cinco (55) días después de vencido el plazo contractual (Abril 26 de 2019), lo cual indica la carencia total del objeto de estas multas. Queda claro entonces que, hasta el día 26 de abril de 2019, fecha en la cual venció el plazo de ejecución del contrato, Ecopetrol SA no impuso ninguna multa por incumplimiento al contratista, requisito sin el cual Ecopetrol SA no puede descontar ningún valor de los saldos a favor del contratista ni mucho menos procurar la intervención la aseguradora.” (fl. 152 pruebas 2, índice 3 SAMAI).

inconformidad con el supuesto incumplimiento derivado de la no comunicación de la inhabilidad sobreviniente, el pago a proveedores y los pagos de impuestos.

8) Por su parte, Ecopetrol SA también dejó una constancia en relación con las multas, insistió en las razones por las cuales consideró que las impuso en forma legal, en que la cesión del contrato sin autorización y la omisión de informar sobre la inhabilidad sobreviniente constituyeron incumplimiento del contrato⁷. Finalmente, precisó que no existió un informe único y aceptado de acreencias asociadas a la ejecución del contrato y, finalmente, se reservó el derecho de reclamar la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual respecto de aquellos conocidos luego de la firma del acta: ***“El presente documento no conlleva exoneración alguna de responsabilidad del CONTRATISTA por concepto del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato. ECOPETROL S. A. se reserva el derecho de reclamar al CONTRATISTA los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que se conozcan con posterioridad a la celebración de este documento.”*** (fl. 160 pruebas 2 índice 3 SAMAI – se destaca).

9) De conformidad con lo expuesto, más allá de la salvedad genérica plasmada en la parte final del documento, la contratante no descontó ninguna suma en la liquidación por concepto de multas, el contratista no aceptó su imposición, al tiempo que Ecopetrol SA insistió en su procedencia, para lo cual acudió al proceso jurisdiccional que ahora se define, lo que equivale a señalar que ese específico tópico no fue objeto de acuerdo.

10) En ese ámbito de comprensión, es claro que, contrario a lo afirmado por Miko SAS, esta sí discutió la legalidad de la imposición de multas y dejó expresa constancia de ello en el acta de liquidación y, de igual manera lo hizo Ecopetrol SA, quien, adicionalmente, se reservó el derecho de reclamar indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. En esas condiciones, los aspectos

⁷ Indicó: *“No es de recibo la apreciación referida a que el haberse vencido el plazo de ejecución, no es posible aplicar la CLÁUSULA DE MULTAS dispuesta contractualmente, entre otras razones porque la misma se rige por el derecho privado y su eficacia deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, por tal razón, la restricción temporal pretendida solo tendría cabida en la medida que así se hubiese dejado consignado en el clausulado contractual, lo cual además resultaría ilógico si consideramos que es la etapa de cierre y balance final del Contrato, la dispuesta para advertir los incumplimientos totales, parciales o cumplimientos imperfectos o por fuera del término contractualmente dispuesto. Pensar algo distinto, dejaría desprovisto a ECOPETROL y pondría al Contratista en una posición privilegiada, puesto que no estaría llamado a cumplir sus obligaciones y tampoco a cumplir con los pagos que se le impongan por vía de multa.”* (fl. 159 pruebas 2, índice 3 SAMAI).

centrales del litigio entre las partes del contrato fueron objeto de expresa salvedad y, en tal virtud pueden ventilarse, válidamente, en este proceso judicial debido a que los oficios en los cuales Ecopetrol SA dijo imponerlas no son actos administrativos ni están revestidos de presunción de legalidad en los términos de la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, no fueron aceptados por las partes ni incorporadas válidamente en la liquidación del negocio y, por el contrario, Ecopetrol SA acudió al juez en procura de su imposición. En consecuencia, no prospera la apelación promovida por el contratista y corresponde definir judicialmente si hay lugar o no imponerlas, aspecto que la aseguradora impugnó.

3. Naturaleza sancionatoria de las multas pactadas y posibilidad de imponerlas por fuera del plazo de ejecución del contrato

1) Tal como lo definió el tribunal de primera instancia, el contrato objeto del litigio se rige por el derecho privado en los términos del artículo 6 de la Ley 1118 de 2006 y, por lo tanto, no son aplicables las disposiciones de la Ley 80 de 1993 relacionadas con la imposición de multas. En ese contexto, se analiza el caso de conformidad con el pacto que sobre ese específico punto suscribieron las partes del negocio, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. MULTAS

Con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del presente contrato el CONTRATISTA en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad privada ejercida mediante la celebración de este contrato se sujeta, acepta y autoriza, que en caso de falta de cumplimiento total o parcial de las obligaciones a su cargo previstas contractualmente ECOPETROL a título de multa, adelante las acciones pertinentes para el cobro y reconocimiento efectivo del valor que se adeude por este concepto, lo cual incluye, sin limitarse a ello, la deducción de los saldos a favor del CONTRATISTA o de cualquier suma que le fuere adeudada por esta sociedad, por un valor equivalente al 1% del valor del contrato.

La deducción aplicará por cada situación o hecho que lo motive, por cada día en que el mismo se prolongue hasta un máximo de quince (15) días continuos en relación con cada situación o hecho; y se hará efectiva con cargo a la factura correspondiente al mes siguiente hábil a aquel en que le fuere comunicado por el administrador del contrato o hasta el saldo final.

La multa procede en los casos de falta de cumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales pactadas, en los eventos de entrega de actividades (bienes o servicios) no ajustados a los requerimientos o especificaciones establecidos en el contrato o en los documentos del mismo; o se realicen o ejecuten de manera diferente a la contratada o por fuera de los plazos o términos previstos en el contrato o en la ley, según sea el caso.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2024, exp. 53.962, MP José Roberto Sáchica Méndez.

En especial, sin limitarse a ello, la cláusula procederá en supuestos como los siguientes:

- El CONTRATISTA no pague, incurra en mora o pague de manera diferente a lo pactado o establecido en la ley, las acreencias laborales a su cargo con ocasión del contrato.
- El CONTRATISTA no pague, incurra en mora o pague de manera diferente a lo pactado, las acreencias comerciales a su cargo, adquiridas para la ejecución del contrato.
- Por acción u omisión el CONTRATISTA y/o sus representantes y/o sus trabajadores y/o sus subcontratistas vulneren las normas y/o protocolos establecidos en materia HSE, dando lugar a incidentes o accidentes.
- El CONTRATISTA incurra en retrasos en relación con el Programa Detallado de Trabajo o el Cronograma que se haya establecido para el desarrollo del contrato.
- El CONTRATISTA no ejecute las actividades objeto del contrato conforme a las especificaciones técnicas definidas para el mismo.
- El CONTRATISTA subcontrate o cede el contrato sin la autorización previa, expresa y escrita de ECOPETROL.

Para los efectos de la presente cláusula se surtirá el siguiente procedimiento:

- i. El administrador comunicará por escrito al **CONTRATISTA** de la falta de cumplimiento de la obligación contractual, precisando su contenido y alcance.
- ii. Recibida la comunicación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, el **CONTRATISTA** podrá responderla.
- iii. El administrador del **contrato** analizará las explicaciones suministradas por el **CONTRATISTA**, y de resultar aceptables, se lo hará saber a éste, en caso contrario le comunicará que se procederá a la deducción previsto en esta cláusula (igual comunicación se dará en caso de que el **CONTRATISTA** no indique razón alguna).

PARÁGRAFO PRIMERO. Si no existen saldos a favor del CONTRATISTA para deducir las sumas que resulten de la aplicación de esta cláusula, las mismas se harán efectivas con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía respectiva. Si ni lo uno ni lo otro fuere posible, ECOPETROL en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad privada, estará facultada para cobrar por vía ejecutiva su valor, para lo cual el contrato junto con las comunicaciones a través de las cuales se agota el procedimiento previsto en esta cláusula, prestarán mérito de título ejecutivo renunciando el CONTRATISTA al previo aviso y/o a la reconvención judicial previa para constituirlo en mora.

Por el hecho de hacer efectivo la deducción no se entenderán extinguidas las obligaciones emanadas del contrato, ni se eximirá el CONTRATISTA de la indemnización de los perjuicios correspondientes.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Si durante el procedimiento establecido en esta cláusula el CONTRATISTA se pone en situación de cumplimiento, ECOPETROL impondrá la deducción, dado que la obligación se ejecutó por fuera de los plazos acordados expresamente en el contrato o de los previstos en la ley.” (fls. 12 – 13 pruebas 2, índice 3 SAMAI – mayúsculas fijas y negrillas originales, subraya la Sala).

2) Aunque la cláusula de multas se pactó “con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato”, las partes no les asignaron una finalidad conminatoria; por el contrario, establecieron que aún si el contratista cumplía tardíamente habría lugar a imponerlas por el hecho de ejecutar por fuera de los plazos expresamente

previstos, de donde se colige que estaban encaminadas a sancionar el incumplimiento contractual. De igual manera, se aplicarían para incumplimiento total o parcial de las obligaciones, aspecto cuya verificación podría ser concomitante o posterior con la culminación de la ejecución; si bien previeron la posibilidad de descontarlas de los saldos en favor del contratista, también determinaron expresamente que podrían cobrarse luego en caso de no ser posible el descuento.

3) Las partes no limitaron en el tiempo la posibilidad de imponer multas ni el contenido de la estipulación permite estimar que solo estaban llamadas a servir de apremio para el cumplimiento de las obligaciones y que, por ende, debían ser impuestas mientras aún existía posibilidad de cumplir; en consecuencia, no existe fundamento legal para sostener que vencida la ejecución se imposibilitaba la posibilidad de imponerlas. Por consiguiente, no prospera el recurso de apelación de la aseguradora frente a este punto y se confirmará la sentencia en tanto las impuso a cargo del contratista, con la precisión de que su cuantía no fue objeto de reparos por las partes y por ello se mantiene inalterada la decisión que en tal sentido adoptó el tribunal de primera instancia.

4. Eficacia del contrato de seguro

1) La Equidad Seguros Generales OC insiste en que el contrato de seguro es ineficaz respecto de las modificaciones de la póliza ocurridas con posterioridad a la configuración de la inhabilidad sobreviniente de Miko SAS por “*carencia de interés asegurable*”. Miko SAS no discutió la veracidad del hecho diecisiete de la demanda relacionado con la configuración de una inhabilidad sobreviniente según “*anotación de fecha 13/02/2019 en los antecedentes de la Procuraduría General de la Nación*” fl. 8 demanda); en tal virtud, la fijación del litigio partió de la existencia de dicha inhabilidad (fl. 3 acta audiencia inicial, índice 44 SAMAI) y el hecho no fue tema de prueba.

2) El argumento no prospera porque la última modificación de la garantía del contrato contenida en la póliza de seguro de cumplimiento AA020109 fue expedida por La Equidad Seguros Generales OC el 6 de febrero de 2019 (fl. 2, índice 46 SAMAI carpeta pólizas otrosí 4), esto es, antes de la fecha de configuración de la inhabilidad; además, no se acreditó ni se alegó alguna circunstancia que la ley sustancial sancione con la ineficacia del contrato de seguro.

5. Ausencia de prueba de la compensación del valor de las multas con los saldos en favor del contratista

1) La Equidad Seguros Generales OC no demostró que el valor de la multa hubiera sido descontado al contratista⁹; tampoco operó la compensación, instituto que solo tiene lugar cuando ambas partes son deudoras recíprocas, según lo dispuesto en los artículos 1714 y 1716 del Código Civil y la compañía no probó que Ecopetrol SA o el contratista sean sus deudores, circunstancia en la cual la compañía no estaba legitimada para reclamarla.

6. Falta de acreditación de la cuantía de los perjuicios sufridos por Ecopetrol SA

1) La parte demandante Ecopetrol SA apeló con el fin de que se reconozca la indemnización de perjuicios reclamada, cuyo monto estima debidamente acreditado con la prueba pericial rendida en el curso del proceso corresponde al dictamen rendido por la ingeniera civil Luz Mérida Gamboa Mesa (índice 88 SAMAI tribunal), quien dictaminó que la referida demandante incurrió en costos por la suma de \$4.229.374.672 para culminar las obras que el contratista Miko SAS dejó inconclusas.

2) Sin embargo, para arribar a la referida conclusión la experta indicó que Ecopetrol SA construyó una nueva red eléctrica en la vía de acceso al CPF Cupiagua que incluye trabajos dejados de ejecutar por Miko SAS, aspecto frente al cual sostuvo:

“63. En la visita pericial realizada el día 20 de septiembre de 2023, dentro de la indagación adelantada para cada una de las especialidades civil y eléctrica del Uso de Opción, se informó por parte del Ing. Mauricio Soto interventor de las ODS del Contrato Marco, que para el caso de la ESPECIALIDAD ELÉCTRICA, las obras que dejó de ejecutar MIKO del Contrato No.

⁹ Código Civil, “**Artículo 1714. Compensación.** Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

(...).

Artículo 1716. “Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido.”.

3008874, correspondientes a desmonte y reubicación de la red eléctrica existente a lo largo de vía de acceso a CPF Cupiagua, como tal, no se contrataron nuevamente, pues ECOPETROL, en razón a lo indicado por su División de Operaciones, tuvo que construir una nueva red eléctrica para este sector, que si bien fue más costosa para ECOPETROL, incluye las obras que dejó de ejecutar MIKO. (fl. 77 dictamen índice 88 SAMAI – mayúsculas fijas del original - se destaca).

- 2) En ese contexto, los valores pagados por Ecopetrol SA por este concepto no guardan relación causal con los incumplimientos atribuidos al contratista consistentes en cesión del contrato sin autorización, falta de pago a proveedores, no pago de acreencias laborales y retrasos en la ejecución. Ninguno de estos incumplimientos está ligado causalmente a la decisión autónoma de Ecopetrol SA de construir una nueva red eléctrica en el sector.
- 3) En relación con un supuesto incremento de precios que según Ecopetrol tuvo que soportar para contratar nuevamente las obras sostuvo que *“este perito no encontró dentro del informe de la interventoría directa de Ecopetrol, ya referido, o en sus anexos, documento alguno, desglose o memorias de cálculo que sustenten el valor de \$1.297.391.031 como incremento de las tarifas de las obras pendientes por ejecutar para culminar el contrato No. 30008874 de 2017”* (fl. 31 dictamen).
- 4) Seguidamente, destacó que si bien la contratante suscribió las órdenes de servicios números 002, 004 y 007 con un tercero (Cesar Augusto Jerez Berrío) por valor total de \$11.221.331.474, estas incluían un alcance superior al inicialmente contratado, esto es, no todas las obras contratadas correspondieron a la ejecución de aquellas que no adelantó Mikos SAS.
- 5) La experta concluyó que tan solo la suma de \$4.229.374.672 del total de las referidas órdenes de servicio corresponde al valor de obras que contrató Ecopetrol SA para culminar el alcance del contrato 3008874, incluida la opción de acceso y puente que las partes activaron. Para efecto de ilustrar lo anterior, presentó las siguientes cuentas (fl. 81 dictamen):

VALOR DE LAS OBRAS EN QUE INCURRIÓ ECOPETROL PARA CULMINAR EL OBJETO DEL CONTRATO 3008874		
VALOR TOTAL OBRAS EJECUTADAS PARA CULMINAR CONTRATO PRIMIGENIO DEL CONTRATO No. 3008874	\$	1.168.439.135
VALOR TOTAL OBRAS EJECUTADAS PARA CULMINAR USO DE OPCIÓN DEL CONTRATO No. 3008874	\$	3.060.935.537
PESOS DE 2019 (sin IVA)	\$	4.229.374.672

4) Sin embargo, en el mismo trabajo pericial se analizó que el valor dejado de ejecutar por el contratista en el contrato objeto de esta litis fue el siguiente (fl. 82 dictamen):

J. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL

69. El cálculo de verificación realizado por el Perito del valor de las obras del Contrato 3008874 dejadas de ejecutar por MIKO arroja que:

- (a) Para el Contrato Primigenio el porcentaje de ejecución fue del 81,89% y el valor dejado de ejecutar fue de \$1.668.112.974 (sin IVA)
- (b) Para Uso de Opción el porcentaje ejecutado fue del 71,26% y el valor dejado de ejecutar fue de \$ 2.629.456.847 (sin IVA);
- (c) El valor total dejado de ejecutar por MIKO fue de \$ 4.297.569.821 (sin IVA).

5) De igual manera, en la audiencia de contradicción del dictamen la perito insistió en esta conclusión y la ilustró mediante una diapositiva en la que se lee lo siguiente (índice 113 SAMAI, 44’54” audiencia de pruebas):

DESCRIPCIÓN	VALOR SIN IVA OTROSÍ #3	% EJECUTADO	VALOR EJECUTADO SIN VÍA	VALOR OBRAS PENDIENTE DE EJECUTAR PARA CULMINAR CONTRATO
Contrato Primigenio	\$ 9.213.092.738,00	81,89%	\$ 7.544.979.764,00	\$ 1.668.112.974,00
Uso de Opción	\$ 9.149.639.719,00	71,26%	\$ 6.520.182.872,00	\$ 2.629.456.847,00
Total	\$ 18.362.732.457,00		\$ 14.065.162.636,00	\$ 4.297.569.821,00
Porcentaje no ejecutado del Contrato				23,40%
Valor de las obras dejadas de ejecutar para culminar el contrato No. 3008874 de 2017, reportado por el Interventor en su informe de JULIO DE 2019.				\$ 4.310.297.769,00
Diferencia				\$ 12.727.948,00
% de Diferencia				0,30%

6) Según consta en el “acta de cierre y balance muto acuerdo” del contrato, aunque el precio estimado del contrato fue de \$18.546.561.797, su valor total en favor del contratista se determinó en función de los porcentajes reales de ejecución a satisfacción de la entidad por la suma de \$14.248.991.978 y con base en este valor se determinó el cruce de cuentas definitivo, lo que equivale a señalar que solo se remuneró lo efectivamente ejecutado (fl. 143 pruebas 2, índice 3 SAMAI). En ese contexto, la Sala comparte la conclusión del tribunal de primera instancia porque

Ecopetrol SA solo pago Miko SAS lo realmente ejecutado, al tiempo que logró contratar las obras inconclusas por un precio ligeramente inferior, aspecto que impide afirmar que hay prueba de la existencia de un daño cierto padecido por Ecopetrol SA.

7) Así, aunque Ecopetrol SA acreditó haber incurrido en costos para terminar las obras, estos derivaron de la necesidad de ejecutar obras en su beneficio, pero no corresponden a daños derivados de la conducta del contratista quien de haberlos ejecutado también habría tenido derecho percibir la remuneración acordada y en suma ligeramente superior a la que fue efectivamente pagada por la demandante. Por lo tanto, se confirmará la decisión apelada en tanto denegó el reconocimiento de indemnización de perjuicios en favor de la parte demandante.

7. Decisión de las pretensiones subsidiarias

1) Frente a este punto de impugnación le asiste razón al apelante Ecopetrol SA quien reclama una decisión de fondo de fondo sus pretensiones subsidiarias; aunque prosperaron parcialmente las súplicas principales, el tribunal de primera instancia denegó la pretendida indemnización de perjuicios, hecho que impone resolver las súplicas subsidiarias relacionadas con estos. Para tal efecto, tiene en cuenta la Sala que las súplicas subsidiarias se formularon, en forma genérica, respecto de todas las pretensiones principales de la demanda y no de alguna en específico, por lo cual corresponde verificar si las que fueron negadas guardan identidad con las que en subsidio se interpusieron y, en efecto, se constata que la aplicación de la cláusula penal y de la garantía de cumplimiento son secundarias a la pretendida indemnización de perjuicios que se denegó en ambas instancias y, por ende, hay lugar a estudiarlas.

2) Al respecto se verifica que la pretensión dirigida a que se reconozca la totalidad del monto otorgado como la garantía de cumplimiento por parte de La Equidad Seguros Generales OC no prospera. La Equidad Seguros Generales OC afianzó el contrato objeto de la controversia mediante la póliza de seguros número AA020109 (índice 46 SAMAI – pólizas) y otorgó un amparo de cumplimiento por la suma de \$2.185.165.162,38¹⁰, con el siguiente alcance:

“1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. MEDIANTE ESTE AMPARO SE CUBRE A ECOPETROL CONTRA LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES, DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA, DE

¹⁰ Con las modificaciones introducidas a la garantía hasta la firma del otrosí número 4.

CUALQUIERA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO.

ESTE AMPARO COMPRENDE LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNCIARIA QUE SE HICIERE EFECTIVA. LA INDEMNIZACIÓN TOTAL A QUE HUBIERE LUGAR NO EXCEDERÁ, EN NINGÚN CASO, LA SUMA ASEGURADA ESTABLECIDA PARA EL EFECTO.” (fls. 6 – 7 pólizas iniciales, ibidem – mayúsculas fijas del original).

3) En esas condiciones, la aseguradora se obligó a indemnizar los perjuicios causados al asegurado con el incumplimiento del contratista; para tal efecto, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, correspondía al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como también la cuantía de la pérdida; en otros términos, no basta con la prueba del incumplimiento para reclamar el valor total de este amparo, sino que, el asegurado debía probar efectivamente la ocurrencia del siniestro y su cuantía, lo cual no hizo. Esto sin perjuicio de la condena por el valor de la multa impuesta en primera instancia el cual se confirma y se paga con cargo al mismo amparo de cumplimiento, razón adicional para no conceder lo pretendido en forma subsidiaria porque no podría afectarse el amparo por suma superior a la asumida por la aseguradora, lo cual ocurriría en caso de condenarla al pago de las multas y, adicionalmente, al pago del valor total del amparo.

4) Contrario a ello, la pretensión subsidiaria dirigida a obtener que se imponga condena por el valor de la cláusula penal pecuniaria sí prospera. Esta se pactó como una pena para aquellos casos de terminación anticipada del contrato o incumplimiento definitivo, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA. CLÁUSULA PENAL. Si se ejerce la terminación anticipada del contrato o condición resolutoria expresa reservada para ECOPETROL en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada de las partes, o se configure una falta de cumplimiento definitivo del contrato por parte del contratista, este conviene en pagar a ECOPETROL, a título de pena, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato.” (fl. 13 pruebas 2, índice 3 SAMAI – mayúsculas fijas del original – negrillas adicionales).

5) Debe advertirse que según consta en el acta de terminación del contrato (anexos fl. 15 acta de finalización índice 46 SAMAI), este finalizó por expiración del plazo y no por decisión unilateral de Ecopetrol SA y, por ende, no se configura el primero de los referidos supuestos; sin embargo, sí hay prueba de incumplimientos definitivos de Miko SAS que justifican su imposición a cargo del contratista y la obligación del asegurador de responder por estas.

6) La contratista Miko SAS no discute las imputaciones fácticas de incumplimiento realizadas por Ecopetrol SA que se centran en cuatro (4) aspectos: (i) no haber dado aviso sobre la ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente, (ii) haber cedido o subcontratado sin autorización del contratante, (iii) retrasos en la ejecución y, (iv) mora en el pago de obligaciones laborales y a proveedores. Aunque la declaración de incumplimiento contractual de la contratista contenida en la sentencia de primera instancia no fue controvertida, corresponde a la Sala determinar si se dan las condiciones contractuales para imponer la cláusula penal pecuniaria, esto es, si se trató de incumplimientos definitivos que, en los términos contractuales, habilitan su aplicación.

7) En efecto, según lo determinó el tribunal y no es objeto de reparo, el contratista incumplió la cláusula trigésima cuarta – obligaciones de transparencia y cumplimiento del contrato que le imponía *“evitar cualquier situación que pueda constituir o genera un conflicto de intereses o una inhabilidad o incompatibilidad o no declararla en el momento en el que dicha situación surja (...) en desarrollo de este compromiso, entre cosas el contratista (...) comunicará cualquier situación (...) a través del canal de denuncias de la página WEB de ECOPETROL”* (fl. 7 pruebas 2, índice 3 SAMAI).

8) El contratista no negó desconocer la inhabilidad sobreviniente, la cual no fue objeto de debate en este proceso y justificó la ausencia de comunicación de este hecho a la contratante en la subcontratación que realizó con un tercero de las obras faltantes; contrario a justificar el incumplimiento, la subcontratación no autorizada también constituyó transgresión del contrato, esta vez a la cláusula vigésima tercera que imponía *“solicitar autorización a ECOPETROL autorización previa, expresa y por escrito, antes de celebrar los respectivos contratos”* (fl. 21 pruebas 2 índice 3 SAMAI).

9) Aunque en un primer momento Miko SAS negó la subcontratación y manifestó a Ecopetrol que Manto SAS era un proveedor (fl. 1 requerimientos cesión no autorizada, rta 2019.032-367, índice 46 SAMAI), en la comunicación del 6 de mayo de 2019), en respuesta al requerimiento por no informar la inhabilidad sobreviniente, aceptó que *“desde el mes de noviembre del año 2018 el contrato viene siendo ejecutado por otra empresa a quien en la práctica se le cedió la ejecución de la obra”* (fl. 2 comunicaciones asociadas a la inhabilidad sobreviniente Ga-2019-073, índice 46 SAMAI). El contratista no desvirtuó la negación indefinida en relación con la ausencia de autorización de Ecopetrol de la cesión o subcontratación.

10) Por otra parte, las actas de finalización del contrato y el balance final, ambos documentos bilaterales, dan cuenta de que la ejecución del contrato fue inferior a la prevista y se acreditó que el contratista venía siendo requerido por sus atrasos en la ejecución del PDT tanto de la obra principal como de la opción que las partes habilitaron (requerimientos por atrasos en el PDT, índice 46 SAMAI, oficios 1421, 690, 749, 220, 280 y 330), lo cual desencadenó en la ejecución parcial y definitiva de las obras contratadas.

11) El incumplimiento de obligaciones laborales con el personal también está probado con suficiencia; consta que el contratista autorizó descontar de la fiducia que administraba los recursos de retención en garantía distintos valores con el fin de destinarlos al pago de seguridad social (pensión y riesgos laborales), comisiones a la entidad financiera y otras obligaciones económicas (comunicación autorización pago a terceros retergarantía, índice 3 SAMAI) y también autorizó desembolsos de la remuneración que le correspondía en favor de terceros acreedores (solicitudes Miko pago a terceros con saldos pend de pago, índice 3 SAMAI); todo lo anterior aunado al hecho de que al momento de liquidar el contrato también se reconoció la existencia de estos incumplimientos que no fueron subsanado, por ende, son definitivos y consecuentemente habilitan la imposición de la cláusula penal por el 10% del valor estimado del contrato (\$18.546.561.797), esto es, por la suma de \$1.854.656.179 a cargo del contratista. Teniendo en cuenta que las obligaciones incumplidas en forma definitiva incluyen algunas que por su naturaleza son indivisibles (no informar acerca de la inhabilidad sobreviniente o ceder sin autorización), no es viable en este caso aplicarla en forma proporcional.

12) La aseguradora deberá responder por este valor de la cláusula penal (\$1.854.656.179) y por el de las multas (\$723.976.490,32) hasta el monto del amparo de cumplimiento (\$2.185.165.162,38), toda vez que la sumatoria de ambas lo supera.

8. Costas

Las costas de primera instancia solo fueron impuestas cargo de la contratista demandada y esa decisión no fue objeto de impugnación, por lo cual se confirma. De igual manera, en los términos del numeral 5 del artículo 365 del CGP se condena en costas de segunda instancia a ambas demandadas cuyos recursos no prosperan, en

favor de Ecopetrol SA; serán tasadas en forma concentrada en el tribunal de primera instancia, incluido el valor de las agencias en derecho.

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

F A L L A :

PRIMERO. Modifícase la sentencia de 7 de mayo de 2025 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare la cual queda así:

1º) Declárase el incumplimiento del contrato número 3008874 de 15 de septiembre de 2017 por parte del demandado sociedad Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras SAS – Miko SAS.

2º) Condénase a la sociedad Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras SAS – Miko SAS a pagar a Ecopetrol SA la suma de \$723.976.490,62 por concepto de multas.

3º) Condénase a la sociedad Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras SAS – Miko SAS a pagar a Ecopetrol SA la suma de \$\$1.854.656.179 por concepto de cláusula penal pecuniaria.

4º) Condénase a La Equidad Seguros Generales OC con cargo a la póliza de cumplimiento número AA020109 a indemnizar a Ecopetrol SA por las sumas dispuestas en los ordinales 2 y 3 de esta sentencia, hasta el límite del amparo de cumplimiento.

5º) Niéganse las demás súplicas de la demanda.

6º) Cúmplase la presente sentencia y **cáusense** intereses en los términos del artículo 192 del CPACA.

7º) Condénase en costas de primera instancia a Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras SAS – Miko SAS.

Exp. 85001-23-33-000-2021-00044-01 (73.154)
Demandante: Ecopetrol SA
Controversias contractuales

SEGUNDO. Condénase en costas de segunda instancia en forma conjunta a las demandadas. Maquinaria Ingeniería Construcción y Obras SAS – Miko SAS y a La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo. **Tásense** en el tribunal de primera instancia incluido el valor de las agencias en derecho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Aclara el voto

(firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Subsección

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