

CONTRATO ESTATAL - Cláusula de garantía / SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Naturaleza / PROCESO EJECUTIVO - Contrato de seguro. Jurisdicción / GARANTIA DE CONTRATO ESTATAL - Normas aplicables / CONTRATO DE SEGURO - Proceso ejecutivo / PROCESO EJECUTIVO DE GARANTIA CONTRACTUAL - Diferente del ejecutivo particular

En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza. La que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye en favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.). El siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80). Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir, en aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio. En cuanto el objetivo de esta clase especial de contratos de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que también el contrato de seguro participa de una misma y común finalidad con el contrato estatal, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales, de manera que sus regulaciones son especiales. En este orden de ideas, así como la declaratoria de caducidad administrativa, constitutiva del siniestro está sujeta a la normatividad que regula la vía gubernativa de los actos administrativos por disposición de la ley y por razón del interés jurídico asegurado, también la forma de reclamar en juicio los derechos derivados de estos contratos se sujeta a las normas procesales que se han establecido para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dada la naturaleza especial que rige esta clase de contratos y la competencia de la misma para conocer de las acciones derivadas de aquellos. Siendo ello así, resulta necesario concluir que los términos de caducidad de las acciones judicial que se apliquen a los contratos de seguro cuyo conocimiento corresponde a esta Jurisdicción serán los previstos en las normas procesales que rigen dichos procedimientos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2001, rad. 12724 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de julio de 1999, rad. 5065, MP. Nicolás Bechara Simancas.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Naturaleza jurídica / CADUCIDAD DE LA ACCION EJECUTIVA CONTRACTUAL - Contabilización del término

En relación con la aplicación de las normas sobre caducidad de las acciones, la Sala ha señalado que las mismas son de naturaleza procesal, en cuanto se refieren a la ritualidad de los juicios, por manera que prevalecen sobre las anteriores, salvo que los términos correspondientes hubieren comenzado a correr (art. 40 Ley 153 de 1887). De manera que la norma de caducidad aplicable al caso concreto deberá ser la vigente al momento en que se concretó el derecho para ejercer las acciones respectivas. En efecto, si bien la demanda se presentó el 25 de mayo de 1999, es decir en vigencia del término de caducidad de 5 años previsto en el numeral 11 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el cual, en principio, debía aplicarse en forma inmediata por tratarse de una disposición de carácter procesal, lo cierto que es que los términos de caducidad empezaron a correr desde el momento en el cual la obligación se hizo exigible, es decir, desde cuando se notificó la declaratoria del siniestro y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria -28 agosto de 1996-, fecha para la cual se encontraba vigente el artículo 2536 del Código Civil, disposición que con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002, establecía un término de caducidad para las acciones ejecutivas de 10 años, por manera que el plazo para presentar la demanda de la referencia vencía el 28 de agosto de 2006. Siempre se ha expresado que la caducidad extingue el derecho de acción judicial por el paso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, el derecho de acudir a la Administración de Justicia fenece, pero no porque no hubiere existido, sino porque no es posible reclamarlo en juicio. Las normas de caducidad de las acciones dan lugar a la configuración de cargas procesales relacionadas directamente con el deber de colaborar con la Administración de Justicia, razón por la cual el sistema normativo establece términos perentorios para el ejercicio del derecho de acción. Para la Sala es claro que las normas que regulan términos de caducidad son de carácter procesal porque imponen una carga temporal al demandante y su incumplimiento no conlleva la inexistencia del derecho, sino la imposibilidad de hacer su reclamación por vía judicial.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las normas sobre caducidad de las acciones y su naturaleza, Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 11 de octubre de 2006, rad. 30566 y Corte Constitucional, sentencia C-115 del 25 de marzo de 1998. MP. Hernando Herrera Vergara.

PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Efectos. Alcance / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Pérdida de fuerza ejecutoria / ACTO ADMINISTRATIVO - Decaimiento. Noción / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Noción / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA - Acaecimiento

Siendo las normas sobre caducidad de las acciones judiciales de naturaleza procesal, no pueden confundirse con las disposiciones contenidas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pues las mismas no se refieren a la ritualidad de los juicios, sino a la fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuya ejecución se pretende. Se trata entonces de dos figuras jurídicas con características y efectos diversos, pues las primeras se refieren a la extinción del plazo para acudir a la Administración de Justicia, mientras que las segundas dicen relación con la extinción de los efectos propios de los actos administrativos. Acerca de la figura del decaimiento de los actos administrativos, la Sala ha sostenido que aquella se refiere a la imposibilidad de hacer obligatorio el contenido de dichos actos, circunstancia que no tiene relación con la legalidad de

los mismos, en cuanto su operancia no impide el juicio de legalidad de los actos administrativos, así como tampoco impide que se formule la demanda ejecutiva, pues dentro del respectivo trámite judicial la parte ejecutada puede excepcionar la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuyo cobro se pretende. En este orden de ideas, se tiene entonces que la pérdida de fuerza ejecutoria a que se refiere el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, cuando han transcurrido 5 años sin que la Administración hubiere realizado los actos que le correspondan para ejecutar un determinado acto administrativo, no constituye un nuevo término de caducidad de la acción, pues el mismo se refiere a los efectos del acto administrativo que un caso como este constituye el título ejecutivo, asunto que atañe a uno de los requisitos para constituir dicho título puesto que relación con la exigibilidad del mismo, circunstancia que debe ser analizada por el juzgador al momento de dictar mandamiento de pago y de ordenar seguir adelante con la ejecución, en ejercicio de la facultad que le asiste para declarar excepciones de oficio. El recurrente confunde la interrupción del término de caducidad por virtud de la notificación del mandamiento de pago prevista en el artículo 90 del C. de P.C., con los efectos de la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos. Circunstancia distinta es la valoración sobre la exigibilidad del título ejecutivo, para lo cual debe establecerse si el acto administrativo que lo integra perdió fuerza ejecutoria para el momento en el cual la entidad demandante acudió al a Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para hacerlo exigible, circunstancia que también puede ser excepcionada por la parte ejecutada dentro de la respectiva oportunidad procesal, cuestión que en nada atañe a la caducidad de la acción, por manera que al hacer este análisis, en nada importa el contenido del artículo 90 del C. de P. C., pues la interrupción a la cual allí se hace referencia se restringe a la caducidad de la acción, fenómeno que no se configuró en este caso. Por su parte, el término de 5 años con los cuales cuenta la Administración para realizar las actuaciones que correspondan para ejecutar los actos administrativos relativos a contratos estatales y sus garantías -las cuales están limitadas únicamente al ejercicio de las acciones judiciales respectivas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues así lo señaló el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 al señalar que las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, descartando así la competencia de la jurisdicción coactiva-, es un plazo que se interrumpe con la presentación de la demanda, aún cuando el mandamiento de pago no se notifique dentro de los 120 días, pues como se ha señalado, el condicionamiento del artículo 90 del C. de P. C., hace referencia al término de caducidad de la acción y no a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. En este caso, el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato, integrante del título ejecutivo que se presenta junto con la póliza de cumplimiento número 7088536, se notificó a la aseguradora el 28 de agosto de 1996 y la demanda se formuló el 25 de mayo de 1999, es decir cuando aún no había transcurrido el término que establece el artículo 66 del C. C. A., para que el mismo hubiere perdido fuerza ejecutoria.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la pérdida de fuerza ejecutoria, Corte Constitucional, sentencia C-069 de 1995, rad. D-699, MP. Hernando Herrera Vergara. Sobre decaimiento del acto administrativo, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de agosto 3 de 2000, rad. 5722, MP. Olga Inés Navarrete, y Sección Tercera, rad. 21051, providencia del 5 de julio de 2006. MP. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la procedencia de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria en los procesos ejecutivos, Consejo de Estado, providencia del 28 de junio de 1996 y sobre la facultad de decretar excepciones de oficio en dichos

procesos, sentencia del 30 de noviembre de 2006, rad. 24642, MP. Alier Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609)

Actor: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Demandado: COMPAÑIA DE SEGUROS CONDOR S.A.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de septiembre de 2002, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por la ejecutada y se ordenó seguir adelante con la ejecución.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda

Mediante demanda presentada el 25 de mayo de 1999, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia demandó, en proceso ejecutivo contractual, a la Compañía de Seguros Generales Cónedor S.A., por la suma de \$ 410'592.000.oo, correspondiente a la garantizada mediante póliza de cumplimiento, más los intereses moratorios previstos en el artículo 884 del Código de Comercio (Fls. 31-44 c. 1).

Como **fundamentos de hecho** de sus pretensiones la demandante narró que el primero de enero de 1996 suscribió el contrato 002 con la Corporación de Medicina Integral Ltda. –COMEDI-, cuyo objeto fue la prestación de servicios médico asistenciales en las divisiones de Antioquia y Pacífico, por el término de 12 meses.

Por concepto de anticipo, el Fondo de Ferrocarriles Nacionales entregó a la contratista \$ 410'592.000.oo.

El 8 de agosto de 1996, el Fondo emitió la Resolución 2445 mediante la cual declaró la caducidad del contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo de COMEDI, decisión que fue confirmada por la Resolución 2680 del 27 de agosto del mismo año, notificada a la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., al día siguiente. Con fundamento en lo anterior, la demandante pretende el cobro de la cláusula penal pecuniaria (folios 68 a 70, cuaderno 1).

1.2.- El mandamiento de pago.

El 27 de mayo de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró mandamiento de pago contra la aseguradora, por la suma de \$ 410'592.000.oo, más los intereses moratorios a la tasa prevista en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 (Fls. 76-80 c. 1).

La ejecutada interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia anterior, argumentando que en la demanda no se indicó el nombre ni el domicilio del representante legal de la demandada, como tampoco se demostró su personalidad jurídica (Fls. 87-89 c. 1).

En providencia del 23 de septiembre de 1999, el Tribunal confirmó el mandamiento recurrido y concedió el recurso de apelación. No obra en el expediente el cuaderno mediante el cual se trató dicho recurso, sin embargo, se pudo constatar que la Sala confirmó la decisión del Tribunal mediante auto del 30 de marzo de 2000, cuya copia reposa en el Tomo copiador 415 de 2000, folios 70-78 (Fls. 93-95 c. 1, 321 c. ppal).

1.3.- Las excepciones.

La ejecutada formuló las excepciones previas de falta de competencia territorial, porque el contrato se ejecutó en las divisiones de Antioquia y el Pacífico y no en Cundinamarca y la de falta de integración del contradictorio, porque la demanda debía dirigirse también contra el contratista, pues su incumplimiento dio lugar a la imposición de la cláusula penal. Agregó que la acción se encontraba caducada, porque la resolución que confirmó la declaratoria de la caducidad del contrato se

expidió el 27 de agosto de 1996 y la demanda fue presentada el 20 de mayo de 1999, cuando habían vencido los 2 años que establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para el ejercicio de la acción de controversias contractuales (Fls. 98-103 c. 1).

Además, la ejecutada propuso como excepciones de fondo: *i*) la nulidad absoluta del contrato, porque no se dio cumplimiento al deber de selección objetiva a través de licitación pública y porque la ejecución del objeto del contrato era imposible de realizar, tal y como lo manifestaron expresamente las partes desde su celebración; *ii*) inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora, toda vez que la garantía requería de una certificación que indicara que se habían subsanado las deficiencias del servicio y que era viable ejecutar el contrato, sin embargo ésta no se emitió; *iii*) inexistencia del título ejecutivo, pues el ejecutante no hizo referencia alguna en la demanda, a la relación contractual que vincula a la ejecutada con la demandante ni sobre la existencia de la póliza de seguro cuyo cobro se persigue.

Finalmente, la ejecutada propuso la reducción de la cláusula penal a la suma de \$ 342'160.000.oo, porque la contratista prestó sus servicios a la entidad durante siete meses, razón por la cual debía descontarse de la cláusula penal el valor correspondiente a las tareas ejecutadas (Fls. 104-111 c. 1).

En el traslado para contestar las excepciones propuestas (Fl. 116 c. 1), el apoderado de la ejecutante manifestó que: *i*) el Tribunal era competente para conocer del proceso, dado que las resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato, así como las pólizas de cumplimiento del mismo fueron expedidas en Bogotá; *ii*) la entidad contratante podía demandar, según su propia escogencia, al contratista o a la compañía aseguradora; *iii*) el término de caducidad de la acción ejecutiva era de 10 años, de conformidad con lo previsto en el artículo 2536 del Código Civil; *iv*) la declaración de nulidad del contrato, el supuesto incumplimiento del asegurado y la reducción de la cláusula penal son asuntos propios de un proceso contencioso y no de uno de ejecución; *v*) no hay duda de que el objeto del mandamiento de pago fue el cobro de la póliza de garantía del contrato estatal; *vi*) no es posible solicitar que se ordene la compensación en este proceso porque ésta sólo se puede hacer valer respecto del contratista, no del asegurado (Fls. 113-127 c. 1).

Mediante auto del 27 de enero de 2000 se declaró probada la excepción de falta de competencia territorial y se ordenó remitir el proceso al Tribunal Administrativo de Antioquia (Fls. 129-131 c. 1).

El 14 de abril de 2000, el Tribunal Administrativo de Antioquia avocó el conocimiento del proceso e inadmitió la demanda con el fin de que se hicieran algunas correcciones so pena de rechazo (Fls. 136-137 c. 1). La corrección del demandante fue presentada oportunamente, razón por la cual el 15 de noviembre de 2000 el Tribunal Administrativo de Antioquia libró nuevamente mandamiento de pago contra la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A., por la suma de \$ 410'592.000.oo, más los intereses moratorios, a la tasa prevista en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 (Fls. 138-143 c. 1).

El apoderado de la demandada formuló la excepción de prescripción de la acción, porque de conformidad con lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, habían transcurrido más de cinco años desde la fecha en la cual se confirmó la declaratoria de caducidad del contrato -27 de agosto de 1996- y el segundo mandamiento de pago se notificó hasta el 14 de marzo de 2002. Señaló que con la presentación de la demanda no se interrumpió el término de prescripción, porque el mandamiento de pago no se notificó a la demandada dentro de los 120 días siguientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 del C. de P. C. Por la misma razón y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A., sostuvo que las resoluciones que declararon la caducidad del contrato perdieron fuerza ejecutoria (Fls. 162-165 c. 1).

Durante el término de traslado para contestar las excepciones anteriores (Fls. 169 c. 1), el ejecutante manifestó que las mismas eran improcedentes, toda vez que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó mandamiento de pago el 27 de mayo de 1999, el cual se notificó en legal forma a la demandada, sociedad que en esa oportunidad ejerció los recursos de ley. Señaló que no se configuraron las excepciones de prescripción y pérdida de fuerza ejecutoria del acto que declaró la caducidad del contrato, porque no se declaró la nulidad del primer mandamiento de pago y porque el mismo fue dictado mucho antes de que se cumpliera el término de los cinco años. Agregó que la notificación extemporánea del último mandamiento de pago se produjo por la conducta dilatoria del demandado (Fls. 160-171 c. 1).

1.4.- Los alegatos de conclusión.

Fracasada la etapa conciliatoria, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fls. 173-174 c. 1).

La ejecutada manifestó que el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó el segundo mandamiento de pago el 15 de enero de 2000, después de que se declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia territorial y su notificación se surtió hasta el 2002, año para el cual los actos administrativos habían perdido fuerza ejecutoria. Rechazó la afirmación del demandante, en el sentido de que la notificación tardía del mismo se debió a su culpa y reiteró las excepciones de prescripción de la póliza de seguros y de pérdida de fuerza ejecutoria del correspondiente acto administrativo (Fls. 181-187 c. 1).

El apoderado del demandante reiteró los argumentos expuestos en la contestación de las excepciones propuestas frente al segundo mandamiento de pago (Fls. 190-200 c. 1).

1.5.- La sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del 23 de septiembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró no probadas las excepciones propuestas por la ejecutada y ordenó seguir adelante con la ejecución.

El Tribunal negó las excepciones con base en las siguientes razones: *i*) no es posible alegar la nulidad del contrato estatal o su inexistencia en el proceso ejecutivo, cuando, como en este caso, han vencido los 2 años para instaurar la acción ordinaria. Sobre este aspecto el *a quo* señaló, en gracia de discusión, que los supuestos para declarar la nulidad del contrato deben probarse, no obstante lo cual, no habiéndose vinculado al proceso al contratista, dicha decisión sería improcedente. Sostuvo que atenta contra la buena fe el hecho de que la aseguradora, después de cobrar la prima y de haber sido declarado el siniestro, alegue en el proceso de ejecución la nulidad del contrato garantizado; *ii*) no hay dudas acerca de la relación contractual que avala la póliza cuya ejecución se persigue; *iii*) ocurrido el siniestro, el llamado a cumplir la obligación que surge del contrato de seguro es el asegurador y no el contratista, por manera que la

ejecutada se puede dirigir directamente contra aquél, sin necesidad de vincular al contratista; *iv*) no operó el fenómeno de caducidad de la acción toda vez que la demanda se interpuso antes del vencimiento de los 10 años de que trata el artículo 2536 del Código Civil, norma vigente antes de la expedición de la Ley 446 de 1998. En este punto, precisó que como fecha de presentación de la demanda que se debe tener en cuenta la de recibió en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el mandamiento de pago dictado por esa Corporación, pues el segundo mandamiento de pago obedeció a un error del Tribunal Administrativo de Antioquia. Esta conclusión fue reiterada para desvirtuar la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos ejecutados; *v*) indicó que no es posible decretar la compensación porque ésta supone que las dos partes sean recíprocamente deudoras, una de otra; *vi*) precisó que no procede la reducción de la cláusula penal porque esta figura no es aplicable a los contratos de seguro, además porque ésta cláusula es una tasación anticipada de los perjuicios sufridos por el asegurado.

El Tribunal condenó en costas a la ejecutada por considerar que su conducta procesal fue reprochable; en primer lugar, porque no objetó los actos administrativos ejecutados en la vía gubernativa pero si propuso excepciones en sede judicial; en segundo lugar, porque eludió la notificación del mandamiento de pago y en tercer lugar por la falta de ánimo conciliatorio en la respectiva audiencia (Fls. 218-237 c. ppal).

1.6.- El recurso de apelación.

La demandada interpuso recurso de apelación contra la providencia anterior, con exposición de los siguientes argumentos:

“Solicito comedidamente que se reconozca la realidad de la actuación procesal, o sea que solo existe un mandamiento de pago, dictado el 15 de noviembre de 2000 y partiendo de este fundamento se proceda a dictar sentencia, en lo que en derecho corresponda, respecto de las excepciones de prescripción de la acción extraordinaria que proviene del contrato de seguros, que es de cinco años de acuerdo con el art. 1081 del Co. de Co., que deben contarse desde la ocurrencia del siniestro, que ocurrió en agosto de 1996, cuando se profirió la Resolución 2620 que confirmó la 2445 del 8 de agosto de 1996, aportadas como título ejecutivo, así como la pérdida de fuerza ejecutoria por decaimiento del acto administrativo aportado como título ejecutivo, puesto que tales resoluciones no se hicieron efectivas dentro de los cinco años siguientes a su firmeza, como lo contempla el num. 3º

del art. 66 del C. C. A., puesto que el hecho de presentar la demanda no interrumpió los términos porque el mandamiento de pago fue notificado después de vencido el término de ciento veinte días que contempla el art. 90 del C. de P. C., vigente para el momento de la controversia” (Fls. 282-285 c. ppal).

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal *a quo* el 19 de febrero de 2003 y admitido por esta Corporación el 30 de mayo siguiente (Fls. 277-289 c. 2).

1.7.- Los alegatos en segunda instancia.

En el traslado para alegar de conclusión, la parte demandante presentó el escrito respectivo; la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 291, cuaderno 2).

El apoderado de la demandante manifestó que la falta de competencia territorial no genera la nulidad de lo actuado, por lo tanto, el mandamiento de pago dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca interrumpió el término de prescripción para el cobro de la póliza de cumplimiento (folios 292 a 311, cuaderno 2).

La parte demandada propuso la nulidad de falta de jurisdicción, numerales uno y dos del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por corresponder el proceso ejecutivo a la Jurisdicción Civil Ordinaria y no a la Contencioso Administrativa (folios 241 a 243, cuaderno 2). Mediante auto de 25 de noviembre del 2002 el Tribunal Administrativo de Antioquia rechazó la nulidad invocada (Fls. 274-276 c. 2).

2.- CONSIDERACIONES

Previo a decidir, advierte la Sala que la Magistrada Myriam Guerrero de Escobar conoció del proceso en instancia anterior e intervino en la providencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró mandamiento de pago (Fls. 76-80), por lo tanto se aceptará el impedimento por ella manifestado con fundamento con fundamento en el numeral 2º del artículo 150 del Código de

Procedimiento Civil¹, razón por la cual se deja constancia de que la mencionada señora Consejera no participa ni interviene en el estudio y decisión de este fallo.

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada, cuyos argumentos están orientados a que se declare que, en este caso, operó el fenómeno de prescripción de la acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio y la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, según lo dispuesto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con lo anterior conviene precisar, en primer lugar, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el *ad quem* no puede enmendar la providencia en aquello que no hubiere sido cuestionado por el apelante, por manera que la Sala resolverá el asunto únicamente en cuanto al objeto del recurso de apelación referido a la caducidad de la acción y a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo.

En segundo lugar, resulta necesario precisar que el proceso de ejecución parte de la certeza real y material del derecho cuya ejecución se pretende, de tal suerte que si la obligación contenida en el título carece de alguna de las características esenciales de los títulos ejecutivos (art. 488 C.P.C.), es probable que el proceso ejecutivo pierda su principal sustento. En ese contexto, el numeral 2 del artículo 509 ibidem precisa que es posible que cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o en un laudo de condena, o en otra “*providencia*” que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia². Así las cosas, es claro que la Ley no contempló la posibilidad de excepcionar en sede del proceso ejecutivo, la ilegalidad de los actos administrativos o contratos que contienen la obligación clara, expresa y exigible.

¹ Artículo 150 del C.P.C.: “Son causales de impedimento las siguientes: (...) 2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes (...”).

² La Sala ha entendido que dentro del vocablo “*providencia*”, contenido en el artículo 509 del C.P.C., se abarcan y comprenden, igualmente, los actos administrativos que configuren, por sí solos, títulos de ejecución. Al respecto ver: Auto de 12 de agosto de 1999, exp. 15.803.

En efecto, no resulta jurídicamente viable que el juez del proceso ejecutivo, el cual parte de la certeza y validez del derecho cuya ejecución se pretende, pueda arrogarse competencias propias del juez ordinario asignado para estudiar y determinar la validez de los actos administrativos o contractuales en los cuales se fundamenta la ejecución³. De tal manera que el análisis que se va a realizar sobre la prescripción de la acción y la pérdida de fuerza ejecutoria no se analizarán como fundamentos de ilegalidad del acto administrativo sino como presupuestos procesales para promover el proceso de ejecución y para establecer la exigibilidad del título.

³ Acerca de la imposibilidad de formular excepciones de ilegalidad del título en el proceso de ejecución, la Sala, en sentencia proferida el 16 de julio de 2008, expediente 23.363, sostuvo:

“En efecto, no resulta jurídicamente viable que el juez del proceso ejecutivo, el cual parte de la certeza y validez del derecho cuya ejecución se pretende, pueda arrogarse competencias propias del juez ordinario asignado para estudiar y determinar la validez de los actos administrativos o contractuales en los cuales se fundamenta la ejecución. Lo anterior por las siguientes razones:

“a) Primero, porque podría prestarse para que se desconozcan los términos de caducidad de las acciones ordinarias establecidos para controvertir la legalidad y validez de los actos administrativos en los cuales se encuentran contenidas las obligaciones cuya ejecución se persigue.

“b) Segundo, porque la ley procesal no autoriza al juez de ejecución para que, por la vía de la proposición de la excepción de ilegalidad, realice un análisis que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, corresponde a otra acción, a otro juez y a otro procedimiento (acciones de los artículos 84 a 87 C.C.A.).

“c) Tercero, porque si bien podría argumentarse que el juez de la ejecución puede llegar a ser el mismo juez que el del contrato, lo cierto es que el procedimiento ejecutivo, dada su estructura, no está diseñado para que el fallador pueda realizar una valoración jurídica y probatoria lo suficientemente profunda dirigida exclusivamente a establecer la legalidad o ilegalidad de los actos sobre los cuales se fundamenta el título ejecutivo.

“d) Cuarto, porque el juez de la ejecución, como máximo, podría decretar, de oficio o a solicitud de parte, la suspensión del proceso a términos de lo dispuesto en el artículo 170 del C. de P.C., disposición que puntualiza:

“Art. 170.- Suspensión del proceso. El juez decretará la suspensión del proceso:

“(...) 2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o en un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.

“No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción...” (negrillas adicionales).

“Si bien el inciso segundo del numeral 2 del citado artículo 170 ibídem, establece que no será procedente la suspensión del proceso ejecutivo por el sólo hecho de que exista otro proceso que verse sobre la validez del título en los eventos en los cuales resulte posible que en el ejecutivo se aleguen los mismos hechos como excepción, lo cierto es que, como se puso de presente anteriormente, la excepción de ilegalidad o invalidez de los actos administrativos no se puede proponer en el proceso ejecutivo, tal y como lo preceptúa el artículo 509 del C. de P. C.³.

“En ese orden de ideas, ante la acreditación efectiva de la existencia de un proceso ordinario en el cual se discutan la legalidad o la validez de los actos sobre los cuales se soporta el mandamiento ejecutivo de pago, lo procedente será que el juez, de oficio o a solicitud de parte, decrete la suspensión del proceso hasta por tres años”.

2.1.- Términos de caducidad de las acciones derivadas de los contratos de seguro, según las disposiciones del Código de Comercio.

El Estatuto Mercantil, en relación con los términos para instaurar acciones relativas a los contratos de seguro, señala:

“Artículo 1081.- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

“La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

“Estos términos no pueden ser modificados por las partes. (...)

“Artículo 1131.- En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurriría desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

En sentencia reciente⁴, la Corte Suprema de Justicia analizó el contenido de estas disposiciones y concluyó que en relación con los términos de caducidad para todas las acciones derivadas de los contratos de seguro deben tomarse los previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio, salvo para aquellas acciones relativas al contrato de seguro de responsabilidad civil cuando las mismas sean ejercidas por la víctima contra del asegurador, en cuyo caso sólo opera el término de la prescripción extraordinaria de 5 años, el cual ha de contarse, de acuerdo con las modificaciones efectuadas por la Ley 45 de 1990 al artículo 1131 *íbidem*.

Dada la claridad y contundencia de las argumentaciones de la Corte, la Sala estima necesario transcribirlas *in extenso*, a continuación:

“1.5. En lo que atañe al contrato de seguro, el Código de Comercio se ocupó, en su artículo 1081, de regular el tema de la prescripción de las acciones derivadas del mismo o de las normas legales que lo disciplinan, erigiéndose, por tanto, en la regla general sobre la materia. Al respecto, estatuyó que “podrá ser ordinaria o extraordinaria (inc. 1º) y

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de junio de 2007. Exp. 0469-01. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

dispuso que la primera “será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (inc. 2º), mientras que la extraordinaria “será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho” (inc. 3º). (...)

“Sobre el particular, pertinente es tener en cuenta:

“a) En primer término, que una y otra clase de prescripción ostentan diferente naturaleza, pues en tanto la ordinaria se estructura como subjetiva, la extraordinaria, por el contrario se muestra netamente objetiva, (...). Ello es así, en la medida en que la comentada disposición hizo depender, la primera, del “conocimiento” “que el interesado haya tenido o debido tener del hecho que da base a la acción” y la segunda, del “momento en que nace el respectivo derecho”. En tal virtud, la operancia de aquélla implica el “conocimiento” real o presunto por parte del titular de la respectiva acción, en concreto, de la ocurrencia del hecho que la genera, cuestión que dependerá, por tanto, no del acaecimiento del mismo, desde una perspectiva ontológica y, por ende, material, sino del instante en que el interesado se informó de dicho acontecer o debió saber de su realización, vale decir desde que se volvió cognoscible, o por lo menos pudo volverse (enteramiento efectivo o presuntivo, respectivamente). En cambio el precitado precepto señaló que la prescripción extraordinaria irrumpirá a partir del surgimiento, en el cosmos jurídico, del respectivo derecho, independientemente de cualquier enteramiento que sobre su existencia tenga o no el titular; basta pues su floración, como tal, para que la prescripción extraordinaria empiece a correr. De ahí su caracterizada y anunciada objetividad, que se contrapone, por completo, a la más mínima subjetividad. (...)

“b) (...) Obsérvese que la norma del artículo 1081 del Código de Comercio, sobre el particular, no hizo diferencias, de forma que se refirió a que la “prescripción” de las “acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo regulan”, de todas (...). (...) Síguese de lo anterior que, por tanto, no es elemento que sirva para distinguir estas dos especies de prescripción, que una y otra se apliquen sólo a ciertas acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan, (...) la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue”. (...)

“3. La prescripción y su proyección en el seguro de responsabilidad civil. Incidencia de la acción directa. (...)

“3.1. La Ley 45 de 1990, en su artículo 88, también reformó el artículo 1131 del Código de Comercio y estatuyó que, “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”. (...)

“En realidad el legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, previó que el fenecimiento de dicha acción sólo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio. (...)”

*“3.4. Y es que no puede arribarse a conclusión distinta, para pensar que la prescripción ordinaria también tiene cabida en frente de la acción de que se trata, pues si la disposición en comento –art. 1131-, de forma expresa, amén que paladina, consagró que es desde la fecha “en que **acaezca el hecho externo imputable al asegurado**” que “correrá la prescripción respecto de la víctima”, resulta evidente que eliminó todo factor o tinte subjetivo, del que pudiera partirse para la configuración de esta otra forma de prescripción extintiva y que, por lo mismo, ante tal explicitud de la norma, la única operante, como se dijo, es la extraordinaria, ministerio legis. (...)”*

“3.5. Corolario de lo anterior, a modo de reiteración, es que si bien el artículo 1131 del Código de Comercio no exceptuó la aplicación del artículo 1081 de la misma obra, que se mantiene como la regla fundante en materia de prescripción extintiva de los derechos y acciones derivados del contrato de seguro o de las normas que lo disciplinan, sí consagró una excepción a ese sistema, la cual es aplicable solamente al seguro de daños –en particular al seguro de responsabilidad civil- y que consiste en que a la acción directa de la víctima contra el asegurador, autorizada expresamente por la Ley 45 de 1990, es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria contemplada en la segunda de las disposiciones aquí mencionadas, estereotipada por ser objetiva; que corre en frente de “toda clase de personas”, vale decir, capaces e incapaces y cuyo término es de cinco años, que se contarán, según el caso, desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que acaeció el hecho externo imputable al asegurado –detonante del aludido débito de responsabilidad” (Subrayas y negrillas de la Sala).”

Como se observa, la Corte Suprema de Justicia definió los alcances de los términos de caducidad previstos en el Código de Comercio en relación con las acciones derivadas de los contratos de seguro cuando ellos se celebren entre particulares, en cuyo caso el beneficiario también es un particular, pero nada dijo, por no ser de su competencia, sobre los contratos de seguros que se suscriben para garantizar el cumplimiento de contratos estatales. Por manera que corresponde a la Sala definir el régimen aplicable a los mismos para su reclamación ante esta Jurisdicción.

2.2.- Características de los contratos de seguro que se celebran para garantizar un contrato estatal y la normatividad aplicable.

Sobre el particular, resulta necesario señalar que los contratos de seguro que se originan para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal, si bien están regidos por las normas de derecho privado y particularmente por las disposiciones del Código de Comercio, también están sujetos, en determinados aspectos, a normas de derecho público.

En efecto, el estatuto de contratación estatal se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, lo cual evidencia que los mismos también se encuentran sometidos a sus disposiciones, normatividad especial que, al menos, da lugar a la configuración de un régimen legal de carácter mixto que en modo alguno puede tildarse como integrado exclusivamente por normas de derecho privado, tal como lo reflejan el contenido del numeral 4⁵ del artículo 5⁰, el inciso final del artículo 18⁶, el numeral 19⁷ del artículo 25, el

⁵ Según el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 80:

“Artículo 5.- DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3⁰ de esta ley, los contratistas: (...)”

“4⁰. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.

⁶ El tenor literal del inciso final del artículo 18 de la Ley 80 es el siguiente:

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

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

⁷ El siguiente es el texto del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80:

“Artículo 25.- DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)”

“19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.”

“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.”

“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.”

“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.”

“Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”.

inciso 2 del artículo 41⁸ y el inciso final del artículo 60⁹, todas esas disposiciones de la Ley 80, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes no podrán negociar sobre su contenido ni eludir su observancia.

Así, por ejemplo, los efectos que se derivan de las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, caducidad y reversión, previstas, consagradas y reguladas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80, tan propias y específicas de determinados contratos estatales, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los vínculos obligacionales que los contienen y generan, al punto que por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato estatal “... será constitutiva del siniestro de incumplimiento” (artículo 18 Ley 80), efecto éste que naturalmente se proyecta sólo en relación con el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento.

Lo anterior impone concluir que dichos contratos de seguro son especiales y diferentes de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio. Sobre el particular, deben tenerse en cuenta las siguientes anotaciones:

- En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguro tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado, o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (artículo 1075 C.

⁸ Según el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80: “Para la ejecución [de los contratos del Estado] se requerirá de la aprobación de la garantía ...”.

⁹ A continuación se transcribe el texto del inciso final del artículo 60 de la Ley 80:

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

de Co.), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal¹⁰.

- En el caso de los contratos de seguro que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones –como ocurre en el derecho privado con la objeción fundada con que se responda la reclamación del asegurado-, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye en favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.).

- Como ya se indicó, en esta clase especial de contratos de seguro, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80). Por el contrario, en los demás contratos de seguro de cumplimiento, es decir, en aquellos que tienen por objeto respaldar las obligaciones derivadas de contratos celebrados únicamente entre particulares, la aplicable será la disposición contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio, según la cual el sólo aspecto fáctico acerca de la realización del riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, resultará suficiente para la configuración del siniestro; ello sin perjuicio de añadir para estos casos, como lo ha precisado la Jurisprudencia, que en cuanto esta clase de seguros de cumplimiento tienen un propósito eminentemente indemnizatorio (artículo 1089 C. de Co.), para que resulten viables las pretensiones del asegurado y se concrete la obligación a cargo de la compañía aseguradora, será necesario, en los términos del artículo 1077 del estatuto mercantil, que el asegurado, además del incumplimiento del contratista

¹⁰ Al respecto se pueden consultar las precisiones efectuadas en la sentencia de mayo 3 de 2001, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Expediente No. 12724. Actor Compañía Aseguradora de Fianzas y Pinski.

afianzado (siniestro), demuestre también los perjuicios que tal incumplimiento le hubiere ocasionado (cuantía de la pérdida)¹¹.

Así pues, en cuanto el objetivo de esta clase especial de contratos de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que también el contrato de seguro participa de una misma y común finalidad con el contrato estatal, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales, de manera que sus regulaciones son especiales.

Si una de las principales razones que a lo largo del tiempo ha justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen legal especial –por lo general mixto o de derecho público–, radica en el

¹¹ Así lo precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de julio 22 de 1999, expediente No. 5065, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas:

"El contrato de seguro de daños, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detramento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.

"El artículo 1088 del Código de Comercio estatuye que "Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso". Por tanto, en los seguros de daños el pago de la prestación asegurada consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro.

"Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por si mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.

"Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa.

"De consiguiente, mal podría entonces en el presente caso afirmarse que se configuró el siniestro en el seguro de cumplimiento contratado en su oportunidad, por la simple y escueta ausencia de la constitución de hipoteca, como quiera que dicha inacción, per se, es inane para atribuirle responsabilidad al asegurador, pues como ya se acotó en los seguros de daños se requiere para que prospere la reclamación formulada por el asegurado, la presencia de un daño o perjuicio de naturaleza patrimonial, que debe acreditar éste en la forma debida".

hecho de que los contratos del Estado conllevan la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales –a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada¹², encuentran como móvil fundamental la consecución de fines puramente individuales y por ello están sometidos en su totalidad a las normas del derecho privado–, al momento de definir el objeto y las características de los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales no puede pasar inadvertido el hecho de que esos contratos también participan del mismo fin, en la medida en que los mismos constituyen el medio para asegurar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, razones por las cuales las disposiciones legales que rigen en estos contratos, como se observó, no son en su integridad las de derecho privado.

En este orden de ideas, así como la declaratoria de caducidad administrativa, constitutiva del siniestro está sujeta a la normatividad que regula la vía gubernativa de los actos administrativos por disposición de la ley y por razón del interés jurídico asegurado, también la forma de reclamar en juicio los derechos derivados de estos contratos se sujeta a las normas procesales que se han establecido para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dada la naturaleza especial que rige esta clase de contratos y la competencia de la misma para conocer de las acciones derivadas de aquellos tal como lo reiteró la Sala en providencia del pasado 30 de enero, mediante la cual se analizaron las características especiales de los contratos de seguro que sirven para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, algunas de las que se han mencionado ya en esta providencia, reflexiones que sirvieron para confirmar que los conflictos derivados de esos vínculos contractuales deben conocerse por esta Jurisdicción.

Siendo ello así, resulta necesario concluir que los términos de caducidad de las acciones judicial que se apliquen a los contratos de seguro cuyo conocimiento corresponde a esta Jurisdicción serán los previstos en las normas procesales que rigen dichos procedimientos.

2.3.- Norma de caducidad aplicable al caso concreto.

¹² Según los dictados del inciso 2 del artículo 58 de la Carta Política: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

Las normas legales que regulan la caducidad de las acciones relacionadas con los procesos que se adelantan ante esta Jurisdicción se encuentran contenidas, principalmente, en los artículos 2536 del Código Civil, 23 del Decreto 2304 de 1989 y 44 de la Ley 446 de 1998, las cuales se aplican según las particularidades de cada caso.

En el asunto que se analiza, se tiene que el primero de enero de 1996 el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia celebró el contrato de prestación de servicios médico asistenciales número 002 con la Corporación de Medicina Integral Ltda., la cual suscribió, el mismo día, un contrato de seguro para garantizar el cumplimiento del acuerdo estatal y el pago de la cláusula penal pecuniaria con la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. La Póliza respectiva se expidió también el primero de enero de 1996, por un término de vigencia de 15 meses.

El 8 de agosto de 1996, mediante la Resolución 2445, el Fondo declaró la caducidad del contrato (constitución del siniestro) y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta decisión fue notificada a la aseguradora el 12 de agosto siguiente (Fls. 1-32 c. 1).

Contra la decisión anterior, la sociedad contratista interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto desfavorablemente a la recurrente el 27 de agosto de 1996 mediante la Resolución 2680, cuya notificación a la aseguradora se surtió el 28 de agosto siguiente (Fls. 36-44 c. 1). La demanda ejecutiva se presentó el 25 de mayo de 1999.

En relación con la aplicación de las normas sobre caducidad de las acciones, la Sala¹³ ha señalado que las mismas son de naturaleza procesal, en cuanto se

¹³ Sección Tercera, providencia del 11 de octubre de 2006. Exp. 30.566.

"Debe la Sala reestudiar el punto para precisar que, la excepción que plantea el numeral primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 se refiere a las normas de carácter procesal y, en consecuencia, esta disposición debe tenerse como punto de partida para aplicar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 cuando se trata de resolver conflictos sobre normas procesales en el tiempo que involucra asuntos de índole contractual. En efecto, la norma en cita dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, entre las cuales se incluyen las leyes que establecen, consagran o regulan la caducidad de la acción, que en criterio de esta Sala son de carácter procesal."

"En este orden de ideas, se tiene que, cuando el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración, con excepción de aquellas que se refieren al

refieren a la ritualidad de los juicios, por manera que prevalecen sobre las anteriores, salvo que los términos correspondientes hubieren comenzado a correr (art. 40 Ley 153 de 1887). De manera que la norma de caducidad aplicable al caso concreto deberá ser la vigente al momento en que se concretó el derecho para ejercer las acciones respectivas.

En efecto, si bien la demanda se presentó el 25 de mayo de 1999, es decir en vigencia del término de caducidad de 5 años previsto en el numeral 11 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el cual, en principio, debía aplicarse en forma inmediata por tratarse de una disposición de carácter procesal, lo cierto que es que los términos de caducidad empezaron a correr desde el momento en el cual la obligación se hizo exigible, es decir, desde cuando se notificó la declaratoria del siniestro y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria -28 agosto de 1996-, fecha para la cual se encontraba vigente el artículo 2536 del Código Civil, disposición que con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002, establecía un término de caducidad para las acciones ejecutivas de 10 años, por manera que el plazo para presentar la demanda de la referencia vencía el 28 de agosto de 2006.

modo de reclamar en juicio los derechos contractuales, está incluyendo en esta salvedad las normas de caducidad de las acciones las cuales, por tanto, en los conflictos de contratación estatal son de aplicación inmediata. (...)

“Artículo 40 de la Ley 153 de 1887:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. (...)

“En esta oportunidad, dado que se ha replanteado el criterio de la Sala acerca del carácter procesal que corresponde a las normas que establecen términos preclusivos para instaurar o ejercer las acciones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Sala considera que el 40 de la ley 153 de 1887 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren comenzado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso.

“En efecto, cuando el artículo 40 ibidem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. (...)

“Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata.

“En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren comenzado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente”.

En este caso, la demanda se presentó el 25 de mayo de 1999, cuando aún no habían transcurrido los 10 años de que trata el artículo 2536 del Código Civil para que operara el fenómeno de caducidad de la acción, lo cual permite concluir que carecen de fundamento los argumentos de la recurrente encaminados a sostener que cuando se notificó el segundo mandamiento de pago, esto es el 18 de marzo de 2002, había caducado la oportunidad procesal para iniciar el trámite de la acción ejecutiva. Lo anterior sin perjuicio de señalar que los actos administrativos a ejecutar podrían haber perdido fuerza ejecutoria, circunstancia que habrá de analizarse.

2.3.- Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuyo cobro ejecutivo se persigue, frente a la caducidad de la acción.

Siempre se ha expresado¹⁴ que la caducidad extingue el derecho de acción judicial por el paso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, el derecho de acudir a la Administración de Justicia fenece, pero no porque no hubiere existido, sino porque no es posible reclamarlo en juicio.

La Corte Constitucional ha puntualizado que la caducidad representa el límite temporal dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho por la vía judicial; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley, ejerce sus derechos no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado:

“El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular. (...)”

“La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. (...)”

¹⁴ Corte Constitucional, C-115 del 25 de marzo de 1998. M.P.: Hernando Herrera Vergara

“No cabe duda que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos, tal como sucede en este caso, siempre y cuando aquel resulte razonable”¹⁵.

En sentencia del 8 de agosto de 2001¹⁶, la Corte Constitucional definió la caducidad como una institución jurídico procesal que limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia, de tal manera que esta figura no concede derechos subjetivos sino que, por el contrario, apunta a la protección de un interés general.

Así mismo, sostuvo la Corte que la caducidad establecida en normas procesales para acceder a la administración de justicia, genera una carga procesal que se fundamenta en el deber constitucional de colaboración para con los órganos jurisdiccionales:

“Las cargas procesales, bajo estos supuestos, se fundamentan como se dijo, en el deber constitucional de colaboración con los órganos jurisdiccionales (art. 95-7 de la C.P.). (...) Esas cargas son generalmente dispositivas, por lo que habilitan a las partes para que realicen libremente alguna actividad procesal, so pena de ver aparejadas consecuencias desfavorables en caso de omisión. Según lo ha señalado esta Corte en otros momentos, las consecuencias nocivas pueden implicar “desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo (...)”¹⁷. De allí que la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la exigencia de sus derechos en un término procesal específico, o con requerimientos relacionados con la presentación de la demanda, - circunstancia que se analizará con posterioridad en el caso de la prescripción y de la caducidad o de las excepciones previas acusadas -, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos predichos” (subrayas y negrillas fuera de texto).

¹⁵ Corte Constitucional. C-115 del 25 de marzo de 1998. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

¹⁶ Corte Constitucional. C-832 del 8 de agosto de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. **“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”.**

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

De lo anterior se puede concluir que las normas de caducidad de las acciones dan lugar a la configuración de cargas procesales relacionadas directamente con el deber de colaborar con la Administración de Justicia, razón por la cual el sistema normativo establece términos perentorios para el ejercicio del derecho de acción. Para la Sala es claro que las normas que regulan términos de caducidad son de carácter procesal porque imponen una carga temporal al demandante y su incumplimiento no conlleva la inexistencia del derecho, sino la imposibilidad de hacer su reclamación por vía judicial.

En este orden de ideas se tiene que siendo las normas sobre caducidad de las acciones judiciales de naturaleza procesal, no pueden confundirse con las disposiciones contenidas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pues las mismas no se refieren a la ritualidad de los juicios, sino a la fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuya ejecución se pretende. Se trata entonces de dos figuras jurídicas con características y efectos diversos, pues las primeras se refieren a la extinción del plazo para acudir a la Administración de Justicia, mientras que las segundas dicen relación con la extinción de los efectos propios de los actos administrativos.

Sobre la pérdida de fuerza ejecutoria, la Corte Constitucional¹⁸ ha sostenido:

"La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados."

"El artículo 64 del Decreto 01 de 1984 consagra:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

"En esta forma, el acto administrativo tiene carácter ejecutorio, produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación, lo cual faculta a la Administración a cumplirlo o a hacerlo cumplir."

"La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no

¹⁸ Corte Constitucional. C-069 de 1995. Exp. D-699. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara.

proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos.

"Los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello la norma demandada comienza por señalar que "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo". La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre de manera excepcional, de conformidad con las causales establecidas por la ley y en particular por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, parcialmente acusado.

"De esta manera, el citado precepto consagra por una parte la obligatoriedad de los actos administrativos como regla general "salvo norma expresa en contrario", y como excepciones la pérdida de fuerza ejecutoria, por suspensión provisional, por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, eventos denominados por la jurisprudencia y la doctrina, el decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido; y cuando pierdan su vigencia (vencimiento del plazo). (...)

"Referente a la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos "cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos" y "cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto", de que tratan los numerales 3° y 4° del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, materia de la demanda, estima la Corporación que dichas causales se ajustan al mandato contenido en el artículo 209 de la Carta Política, según el cual la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, correspondiendo a las autoridades administrativas coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

"En la misma norma se predica que la administración pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley lo cual permite consagrar causales legales de cesación de los efectos de los actos de la administración, como las anotadas anteriormente.

"El criterio según el cual los casos mencionados de pérdida de fuerza ejecutoria no son adoptados la mayoría de las veces, por quien tiene la potestad de suspender o anular el acto respectivo, como lo es la jurisdicción de lo contencioso administrativa no implica que con ello se infrinja precepto constitucional alguno, ya que por el contrario el título al cual corresponde la norma demandada se refiere a la conclusión de los procedimientos administrativos, lo que da lugar a considerar que dichas causales legales son procedentes dentro de la actuación administrativa. (...)

“Finalmente cabe advertir que la causal de pérdida de fuerza ejecutoria cuando no se realizan los actos que correspondan para ejecutarlos, constituye ciertamente una garantía de los particulares, frente a la desidia por parte de la administración para poner en ejecución sus propios actos”.

Acerca de la figura del decaimiento de los actos administrativos, la Sala¹⁹ ha sostenido que aquella se refiere a la imposibilidad de hacer obligatorio el contenido de dichos actos, circunstancia que no tiene relación con la legalidad de los mismos, en cuanto su operancia no impide el juicio de legalidad de los actos administrativos, así como tampoco impide que se formule la demanda ejecutiva, pues dentro del respectivo trámite judicial la parte ejecutada puede excepcionar la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuyo cobro se pretende.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado:

“Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación²⁰ que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

“En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexequibilidad de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

“No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha

¹⁹ Sección Tercera, Exp. 21.051, providencia del 5 de julio de 2006. M.P.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Sección Tercera, Exp. 12.005, providencia del 28 de junio de 1996. M.P.: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

“Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992²¹, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tun, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos. (...)

“Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, ataña a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo supervive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido uno de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir.

“Pero, lo anterior, como ya se adujo, no implica que, decretada la nulidad de su fundamento jurídico, tal fallo se extiende con efectos similares a dicha Resolución”²².

Sobre la procedencia de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria en los procesos ejecutivos, en providencia del 28 de junio de 1996, se dijo:

“No existe en el derecho colombiano una acción autónoma declarativa del decaimiento de un acto administrativo o que declare por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria. El decaimiento es sólo un fenómeno que le hace perder fuerza ejecutoria, con otros que enumera el art. 66 del C.C.A.; y por tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la Administración pretenda hacerlo efectivo.

“Así no podrá pedirse, como acción, que el juez declare que el acto ha perdido fuerza ejecutoria por decaimiento; pero si podrá excepcionar por la pérdida de esa fuerza, cuando la Administración intente hacerlo cumplir en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio. Sigue en este punto algo similar a lo que ocurre cuando la Administración intenta el cobro coactivo de una obligación que consta en un acto administrativo al cabo de los cinco años de estar en firme, puesto que el ejecutado podrá alegar la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, con apoyo en el n. 3 del art. 66 del C.C.A., tal como lo acepta reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación”.

²¹ Sección Primera. Expediente 1948, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

²² Sección Primera, sentencia de agosto 3 de 2000, Rad. 5722, M.P. Olga Inés Navarrete.

En este orden de ideas, se tiene entonces que la pérdida de fuerza ejecutoria a que se refiere el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, cuando han transcurrido 5 años sin que la Administración hubiere realizado los actos que le correspondan para ejecutar un determinado acto administrativo, no constituye un nuevo término de caducidad de la acción, pues el mismo se refiere a los efectos del acto administrativo que un caso como este constituye el título ejecutivo, asunto que atañe a uno de los requisitos para constituir dicho título puesto que relación con la exigibilidad del mismo, circunstancia que debe ser analizada por el juzgador al momento de dictar mandamiento de pago y de ordenar seguir adelante con la ejecución, en ejercicio de la facultad que le asiste para declarar excepciones de oficio²³.

²³ Sobre la facultad de decretar excepciones de oficio en los procesos ejecutivos que se tramitan ante esta Jurisdicción, la Sala ha sostenido:

“Frente a los argumentos que fundamentan la prohibición para que el juez declare oficiosamente la existencia de una excepción de mérito dentro del proceso ejecutivo, la Sala considera: (...)

“En este orden de ideas, en el transcurso del proceso puede surgir o evidenciarse algún hecho que afecte la ejecución, hecho que puede ser percibido por las partes o por el Juez, por lo que procede, si es un hecho que desvirtúa la ejecución, convertirse en una excepción a la misma. (...)

“De esta manera, la Sala estima que el juez de ejecución analiza, al momento de dictar sentencia, la existencia de dos tipos de derechos: i) en el evento de proposición de excepciones, el juez estudia la existencia y titularidad del derecho que se pretende ejecutar; y ii) aún en la ausencia de un ataque directo al derecho que se pretende ejecutar, el juez de la ejecución debe tener certeza sobre los requisitos de existencia del título, de tal manera que no exista equívoco en que se trate de una obligación clara, expresa y exigible, que permita el cumplimiento del derecho mediante la fuerza del Estado.

“Una vez han sido establecidos los puntos sobre los cuales el juez del proceso ejecutivo puede ejercer su función jurisdiccional, la Sala se referirá a la capacidad oficiosa del juez para pronunciarse sobre hechos que afecten las situaciones sometidas a su consideración.

“a. No existe en el ordenamiento procesal actual, ni en el Código Judicial que se esgrimió como fundamento legal para prohibir la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo, norma que impida la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo.

“Al respecto, se observa que la congruencia de las sentencias se define en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, así:

*“ART. 305.—**Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 135. Congruencias.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (...) (negrillas y subraya fuera de texto)”*

*“ART. 306.—**Resolución sobre excepciones.** Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. (...) (negrillas fuera de texto)*

“Disposición similar se encuentra contenida en el Código Contencioso Administrativo, que respecto de la facultad de declarar excepciones de fondo dentro de los procesos adelantados en esta jurisdicción, dispone:

En el caso concreto y en relación con la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo por medio del cual se declaró la caducidad del respectivo contrato estatal y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, el recurrente sostuvo que para la fecha de notificación de la demanda (año 2002), dicho acto había perdido fuerza ejecutoria, pues el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época de los hechos (antes de la expedición de la Ley 794 de 2003) establecía que una vez presentada la demanda el término de caducidad se interrumpe siempre que el mandamiento de pago se hubiere notificado al ejecutado dentro de los 120 días siguientes a la notificación que se haga de dicha providencia respecto de la parte ejecutante.

Como se observa, el recurrente confunde la interrupción del término de caducidad por virtud de la notificación del mandamiento de pago prevista en el artículo 90 del C. de P.C., con los efectos de la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos.

Sobre el particular, resulta necesario precisar, como se anotó, que una demanda ejecutiva, cuya obligación se hizo exigible con anterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998, debió formularse, con fundamento en el artículo 2536 del Código Civil, dentro del plazo máximo de 10 años, como en efecto se hizo en este caso.

Circunstancia distinta es la valoración sobre la exigibilidad del título ejecutivo, para lo cual debe establecerse si el acto administrativo que lo integra perdió fuerza ejecutoria para el momento en el cual la entidad demandante acudió al a Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para hacerlo exigible, circunstancia

“ARTICULO 164. EXCEPCIONES DE FONDO. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la “reformatio in pejus.” (negrilla y subraya fuera de texto)

“La lectura de las normas citadas permite a la Sala concluir que el principio general de congruencia faculta al juez para declarar excepciones en los siguientes eventos:

- ***Cuando el demandado las alega***, en aquellos eventos en que así lo exige la ley.
 - ***Y de oficio***, cuando encuentre que los hechos, en que se fundan las mismas, están probados”.
- (Exp. 24.642. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.*

que también puede ser excepcionada por la parte ejecutada dentro de la respectiva oportunidad procesal, cuestión que en nada atañe a la caducidad de la acción, por manera que al hacer este análisis, en nada importa el contenido del artículo 90 del C. de P. C., pues la interrupción a la cual allí se hace referencia se restringe a la caducidad de la acción, fenómeno que no se configuró en este caso.

Por su parte, el término de 5 años con los cuales cuenta la Administración para realizar las actuaciones que correspondan para ejecutar los actos administrativos relativos a contratos estatales y sus garantías -las cuales están limitadas únicamente al ejercicio de las acciones judiciales respectivas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues así lo señaló el artículo 75 de la Ley 80 de 1993²⁴ al señalar que las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, descartando así la competencia de la jurisdicción coactiva-, es un plazo que se interrumpe con la presentación de la demanda, aún cuando el mandamiento de pago no se notifique dentro de los 120 días, pues como se ha señalado, el condicionamiento del artículo 90 del C. de P. C., hace referencia al término de caducidad de la acción y no a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo.

En este caso, el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato, integrante del título ejecutivo que se presenta junto con la póliza de cumplimiento número 7088536, se notificó a la aseguradora el 28 de agosto de 1996 y la demanda se formuló el 25 de mayo de 1999, es decir cuando aún no había transcurrido el término que establece el artículo 66 del C. C. A., para que el mismo hubiere perdido fuerza ejecutoria.

²⁴ "El inciso 1º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, señala que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...)

"La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, si derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal". (Sección Tercera, exp. 11.318. Sentencia del 24 de agosto del 2000. M.P.: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros).

Así las cosas, se tiene que para la fecha de presentación de la demanda no había operado el fenómeno de caducidad de la acción y el acto administrativo cuya ejecución se persigue no había perdido fuerza ejecutoria, razones por las cuales estas excepciones no están llamadas a prosperar. Se impone, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

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

FALLA:

Primero: **ACEPTASE** el impedimento de la Magistrada Myriam Guerrero de Escobar.

Segundo: **CONFIRMASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de septiembre de 2002.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Presidente de la Sala

MARIO ALARIO MENDEZ
Conjuez

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO

CONTRATO ESTATAL - Cláusula de garantía / SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Naturaleza / PROCESO EJECUTIVO - Contrato de seguro. Jurisdicción / GARANTIA DE CONTRATO ESTATAL - Normas aplicables / CONTRATO DE SEGURO - Proceso ejecutivo

No es producto de las características especiales del contrato de seguro que ampara el cumplimiento de uno estatal, que esta jurisdicción es competente para conocer el tema, y menos aún encuentro válida la afirmación de que dada la finalidad perseguida por ese contrato de seguro, entonces éste participe de la naturaleza del contrato estatal. Entiendo por contrato estatal, sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 *ibidem*, son celebrados por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, a menos que haya sido expresamente excluida de su aplicación por norma con fuerza de ley. Es decir, la connotación de estatal no deviene de su similitud con uno de esos contratos, sino de que se haya celebrado por una entidad cobijada, en el tema contractual, por el estatuto de contratación de la administración pública, según la clara definición legal que ese mismo estatuto consagra. Por otra parte, la asignación de competencias a esta jurisdicción sólo puede provenir del Legislador, dado que nuestro sistema es de competencias expresas conforme se desprende con meridiana claridad del artículo 121 de la Carta Política. Con fundamento en esa norma, solo los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales, en el entendimiento que acabo de exponer, eran de conocimiento de esta jurisdicción. Con ocasión a la reforma que al código contencioso administrativo introdujo la ley 446 de 1.998, le corresponde a esta jurisdicción conocer además de la ejecución de todas las condenas impuestas por ella, norma cuya vigencia comenzó el 28 de abril de 2005, en conformidad con la readecuación que de las competencias establecidas por la ley 446 de 1998, hizo la ley 954 de 2005. Pero ninguna de estas normas atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativa la competencia para conocer procesos ejecutivos provenientes de la celebración de contratos entre particulares, ni siquiera del contrato de seguro de cumplimiento del contrato estatal. Si el contrato fuente de la ejecución en contra de la Compañía de Seguros Cónedor S.A., no tiene como una de sus partes a una entidad estatal de aquéllas a las cuales se aplica el estatuto de contratación de la administración pública, mal puede tenerse en la categoría de contratos estatales, y por tanto, la fuente legal de competencia de esta jurisdicción para conocer del proceso, no puede serlo el artículo 75 de la ley 80 de 1993. Lo anterior no es óbice para deducir la competencia de esta jurisdicción para conocer del proceso, pero ello con fundamento en la ley 1107 de 2006 que determinó, con fundamento en el criterio orgánico, la competencia de esta jurisdicción para conocer de los procesos en que interviene una entidad estatal, con independencia del régimen de derecho que cobije el contrato.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Término aplicable. El que rige para el momento de presentación de la demanda

Disiento de la afirmación de la providencia en el sentido de que para determinar la norma de caducidad aplicable al caso es necesario verificar cuándo surgió la obligación de pago a cargo del ejecutado porque la norma sobre caducidad vigente en ese momento es la aplicable. Respetuosamente me aparto de la providencia en tanto toma como norma aplicable para regular el instituto de la caducidad aquella que rige al momento en que se hace exigible la obligación y no

la vigente al momento de presentación de la demanda, lo que lleva a la subsistencia de términos contemplados en norma anterior a pesar de que no exista proceso cuando entre en vigencia la nueva norma. Las razones en que fundamento mi discrepancia, son las siguientes: a. En primer término, estimo que la norma que regula la caducidad es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda. En relación con la interpretación que sostiene la providencia respecto del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, considero que jurídicamente un tema es aquel referido a cuándo comienza a contarse el término previsto en determinada norma procesal que establece la oportunidad para interponer una acción y otro el relativo a cuál es la norma aplicable al tiempo de ejercerla. Además, el segmento normativo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, constituye una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia al futuro para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, pero la aplicación de dicha excepción, tal y como se expuso en la anterior sentencia transcrita, está condicionada a la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, y a que dentro del respectivo proceso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal. b. Por lo demás, estimo que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es de aplicación sistemática con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, norma posterior y especial en materia contencioso administrativa. En este orden de ideas, entiendo que el aspecto analizado de las excepciones a la aplicación general e inmediata de las leyes procesales de que trata el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 no admite una interpretación diferente al sentido técnico que involucra esta disposición en el derecho procesal, según el cual se requiere para que operen la existencia de un proceso en curso. Y, en todo caso, si quedara alguna duda sobre el alcance del aparte segundo de esta disposición, es evidente que la norma especial para el contencioso administrativo parte de la base de un proceso y se refiere a las etapas o diligencias no consumadas de éste para darle efecto ultractivo a la ley procesal, pero, se insiste, no así en relación con las situaciones en las que aún no se ha promovido la respectiva acción. En conclusión, a mi juicio, la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la que rige a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto las disposiciones que consagran el instituto de la caducidad son de naturaleza eminentemente procedimental y de orden público, tienen efecto general e inmediato y, por lo mismo, regulan los aspectos que no se hubieren consolidado antes de su entrada en vigencia, como es el que aún no se hubiera iniciado un proceso judicial, ni se hubiera consumado la prescripción o caducidad bajo el imperio de la ley antigua.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, rad. 28556, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

ACLARACION DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala en sentencia de 19 de febrero de 2009, me permito aclarar voto en relación con algunas consideraciones de la sentencia, concretamente frente a los fundamentos de la competencia de esta jurisdicción para conocer del proceso, y de la norma a aplicar en materia de caducidad, cuando ha habido tránsito de legislación entre la celebración del contrato, la ocurrencia del hecho que da lugar a la reclamación y la fecha de presentación de la demanda.

1) A través de este proceso, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, demandó ejecutivamente a la aseguradora Compañía de Seguros Cóndor S.A., para que se librara mandamiento de pago en su contra por la suma de \$410'592.000, en virtud del contrato de seguro celebrado entre la Corporación de Medicina Integral Ltda. y esa aseguradora, con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato celebrado entre la tomadora y la aquí ejecutante.

Señala la providencia, después de hacer un recuento de las características especiales del seguro de cumplimiento del contrato estatal:

"En este orden de ideas, así como la declaratoria de caducidad administrativa, constitutiva del siniestro está sujeta a la normatividad que regula la vía gubernativa de los actos administrativos por disposición de la ley y por razón del interés jurídico asegurado, también la forma de reclamar en juicio los derechos derivados de estos contratos se sujeta a las normas procesales que se han establecido para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dada la naturaleza especial que rige esta clase de contratos y la competencia misma para conocer de las acciones derivadas de aquellos tal como lo reiteró la sala en providencia del pasado 30 de enero, mediante la cual se analizaron las características especiales del contrato de seguro que sirven para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, algunas de las que se han mencionado ya en esta providencia, reflexiones que sirvieron para confirmar que los conflictos derivados de esos vínculos contractuales deben conocerse por esta Jurisdicción."

Entiendo que a partir de la vigencia de la ley 1107 de 2006 (30 de noviembre de 2006), todos las controversias en que sea parte una entidad pública son de conocimiento de esta jurisdicción, por lo cual, dada la aplicación inmediata de la mencionada norma, por su carácter procesal, ésta afecta aún a los procesos en curso, lo que lleva a concluir que este proceso es hoy de competencia de esta jurisdicción, a pesar de que para cuando se presentó la demanda -25 de mayo de 1999-, tal competencia hubiera sido de la justicia ordinaria.

En otras palabras, que no es producto de las características especiales del contrato de seguro que ampara el cumplimiento de uno estatal, que esta jurisdicción es competente para conocer el tema, y menos aún encuentro válida la afirmación de que dada la finalidad perseguida por ese contrato de seguro, entonces éste participe de la naturaleza del contrato estatal.

Entiendo por contrato estatal, sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 *ibídem*, son celebrados por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, a menos que haya sido expresamente excluida de su aplicación por norma con fuerza de ley. Es decir, la connotación de estatal no deviene de su similitud con uno de esos contratos, sino de que se haya celebrado por una entidad cobijada, en el tema contractual, por el estatuto de contratación de la administración pública, según la clara definición legal que ese mismo estatuto consagra.

Las partes en el contrato de seguro del cual proviene la obligación que hoy se cobra a la aseguradora, lo son la Corporación de Medicina Integral Ltda. como tomadora y la Compañía de Seguros Cóndor S.A., como aseguradora, es decir, el citado contrato fue celebrado entre particulares, y por tanto bajo el régimen de derecho privado y no está cobijado por el estatuto de contratación de la

administración pública, el cual se aplica a los contratos celebrados por una de las entidades estatales a que se refiere en su artículo 2°.

Por otra parte, la asignación de competencias a esta jurisdicción sólo puede provenir del Legislador, dado que nuestro sistema es de competencias expresas conforme se desprende con meridiana claridad del artículo 121 de la Carta Política, que dispone:

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”

Tradicionalmente desde su creación, a la jurisdicción contencioso administrativa solo se le atribuyó competencia para adelantar procesos de conocimiento, mientras que en la justicia ordinaria se dejó la competencia para adelantar los procesos de ejecución en contra del Estado. La única competencia que en materia de ejecución se asignó a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue la relacionada con el trámite y decisión de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva, situación que permaneció hasta la expedición de la ley 80 de 1.993, en la que además se atribuyó competencia a esta jurisdicción para conocer de los procesos de ejecución derivados del contrato estatal, cuando en el artículo 75, se dispuso:

“Art. 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción Contencioso Administrativa....”

Con fundamento en esa norma, solo los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales, en el entendimiento que acabo de exponer, eran de conocimiento de esta jurisdicción. Con ocasión a la reforma que al código contencioso administrativo introdujo la ley 446 de 1.998, le corresponde a esta jurisdicción conocer además de la ejecución de todas las condenas impuestas por ella, norma cuya vigencia comenzó el 28 de abril de 2005, en conformidad con la readecuación que de las competencias establecidas por la ley 446 de 1998, hizo la ley 954 de 2005.

Pero ninguna de estas normas atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativa la competencia para conocer procesos ejecutivos provenientes de la celebración de contratos entre particulares, ni siquiera del contrato de seguro de cumplimiento del contrato estatal.

Si el contrato fuente de la ejecución en contra de la Compañía de Seguros Condor S.A., no tiene como una de sus partes a una entidad estatal de aquéllas a las cuales se aplica el estatuto de contratación de la administración pública, mal puede tenerse en la categoría de contratos estatales, y por tanto, la fuente legal de competencia de esta jurisdicción para conocer del proceso, no puede serlo el artículo 75 de la ley 80 de 1993.

Lo anterior no es óbice para deducir la competencia de esta jurisdicción para conocer del proceso, pero ello con fundamento en la ley 1107 de 2006 que determinó, con fundamento en el criterio orgánico, la competencia de esta jurisdicción para conocer de los procesos en que interviene una entidad estatal, con independencia del régimen de derecho que cobije el contrato.

2. Igualmente me permito aclarar voto en relación con el entendimiento que en el proyecto se da al artículo 40 de la ley 153 de 1887 en tanto se refiere a la norma de caducidad aplicable para cuando ha habido tránsito de legislación en el tema. Dice la providencia:

“En efecto, si bien la demanda se presentó el 25 de mayo de 1999, es decir en vigencia del término de caducidad de 5 años previsto en el numeral 11 del artículo 44 de la ley 446 de 1998, el cual, en principio, debía aplicarse en forma inmediata por tratarse de una disposición de carácter procesal, lo cierto es que los términos de caducidad empezaron a correr desde el momento en el cual la obligación se hizo exigible, es decir, desde cuando se notificó la declaratoria del siniestro y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria -28 de agosto de 1996-, fecha para la cual se encontraba vigente el artículo 2536 del Código Civil, disposición que con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002, establecía un término de caducidad para las acciones ejecutivas de 10 años, por manera que el plazo para presentar la demanda de la referencia vencía el 28 de agosto de 2006.”

Disiento de la afirmación de la providencia en el sentido de que para determinar la norma de caducidad aplicable al caso es necesario verificar cuándo surgió la obligación de pago a cargo del ejecutado porque la norma sobre caducidad vigente en ese momento es la aplicable.

Respetuosamente me aparto de la providencia en tanto toma como norma aplicable para regular el instituto de la caducidad aquella que rige al momento en que se hace exigible la obligación y no la vigente al momento de presentación de la demanda, lo que lleva a la subsistencia de términos contemplados en norma anterior a pesar de que no exista proceso cuando entre en vigencia la nueva norma.

Las razones en que fundamento mi discrepancia, son las siguientes:

a. En primer término, estimo que la norma que regula la caducidad es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda. En Sentencia de 31 de agosto de 2006 (Exp. 28556), con ponencia de quien elabora esta aclaración, cuando se respondió el interrogante de cómo debía resolverse el conflicto de leyes en el tiempo por el cambio de legislación en el contencioso administrativo para la interposición oportuna de la acción relativa a controversias derivadas de un contrato celebrado por el estado, se fundamentó este criterio así:

“Esclarecido como está, que las disposiciones jurídicas que establecen los términos para el ejercicio oportuno de la acción y, por ende, el fenómeno de la caducidad, son normas de estirpe procesal, deberá en estos casos aplicarse el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por cuya observancia *‘las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deban empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación’*.

“La anterior norma, es de aplicación sistemática, habida cuenta que de manera especial y concordante con lo expuesto, el artículo 38 *ejusdem*,

ordenó que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de lo previsto en el numeral 1º de esa disposición, que se refiere precisa y específicamente a *'Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato'*, lo que evidencia la naturaleza con la cual el ordenamiento jurídico regula la operatividad en el tiempo de las instituciones procesales estudiadas.

"De otro lado, estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que ...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta... , es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato, pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal, como así lo ha entendido la jurisprudencia cuando se ha referido a este artículo.

"En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de las diferentes corporaciones, es claro que dicho segmento normativo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, constituye una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.

"Dicho de otro modo, la aludida excepción no versa sobre aquellas situaciones jurídicas que no se han iniciado o surgido procesalmente ante la jurisdicción, como ocurre cuando aún no se ha interpuesto la demanda y, por ende, no existe un proceso en curso, toda vez que en éste caso es evidente que no se está en presencia de un acto procesal pendiente y, como se dijo, la disposición alude a la sustanciación y ritualidad de las etapas de un proceso en trámite, o sea, está referida al procedimiento judicial que se adelanta para obtener una sentencia.

"En suma, si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial.

"Por ello, el artículo 38 de la misma Ley, a propósito del tránsito de las leyes que regulan relaciones contractuales, indica que si bien todo contrato se rige por las leyes vigentes al momento de su celebración, exceptúa de esta regla *'las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato'*

"Por consiguiente, la Sala recoge lo expuesto *'en cuanto que en la medida del derecho de acción resulta directamente afectado por las normas de caducidad, es posible concluir que estas no son de carácter procesal o, mejor que no se trata de disposiciones relativas a la*

sustanciación y ritualidad de los juicios’, para concluir que la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto, dicha disposición es de naturaleza eminentemente procedimental y de orden público, tiene efecto general e inmediato y, por lo mismo, entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de su entrada en vigencia, como es el que aún no se hubiera iniciado un proceso judicial, ni hubiera ocurrido la prescripción o caducidad bajo el imperio de la ley antigua.” (subraya la Sala).²⁵

En relación con la interpretación que sostiene la providencia respecto del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, considero que jurídicamente un tema es aquel referido a cuándo comienza a contarse el término previsto en determinada norma procesal que establece la oportunidad para interponer una acción y otro el relativo a cuál es la norma aplicable al tiempo de ejercerla.

Además, el segmento normativo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, constituye una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia al futuro para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, pero la aplicación de dicha excepción, tal y como se expuso en la anterior sentencia transcrita, está condicionada a la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, y a que dentro del respectivo proceso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.

b. Por lo demás, estimo que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es de aplicación sistemática con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, norma posterior y especial en materia contencioso administrativa, que sobre el particular disciplina:

“ARTICULO 164. VIGENCIA EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación...” (Subrayado por fuera del texto original).

En este orden de ideas, entiendo que el aspecto analizado de las excepciones a la aplicación general e inmediata de las leyes procesales de que trata el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 no admite una interpretación diferente al sentido técnico que involucra esta disposición en el derecho procesal, según el cual se requiere para que operen la existencia de un proceso en curso. Y, en todo caso, si quedara alguna duda sobre el alcance del aparte segundo de esta disposición, es evidente que la norma especial para el contencioso administrativo parte de la base de un proceso y se refiere a las etapas o diligencias no consumadas de éste para darle efecto ultractivo a la ley procesal, pero, se insiste, no así en relación con las situaciones en las que aún no se ha promovido la respectiva acción.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 28556, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En conclusión, a mi juicio, la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la que rige a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto las disposiciones que consagran el instituto de la caducidad son de naturaleza eminentemente procedural y de orden público, tienen efecto general e inmediato y, por lo mismo, regulan los aspectos que no se hubieren consolidado antes de su entrada en vigencia, como es el que aún no se hubiera iniciado un proceso judicial, ni se hubiera consumado la prescripción o caducidad bajo el imperio de la ley antigua.

En el *sub exámine* hubo cambio de legislación en el tema caducidad, en tanto una era la normativa que regía para cuando se presentó el incumplimiento, 28 de agosto de 1996, y otra era la norma vigente en el momento de presentación de la demanda, 25 de mayo de 1.999.

En efecto, para el 28 de agosto de 1996, fecha en la que se notificó a la demandada la declaratoria del siniestro y la disposición de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, no había norma en el código contencioso administrativo que estableciera el término para formular la demanda ejecutiva, razón por la cual se aplicaba el artículo 2536 del Código Civil que consagraba el de 10 años para la prescripción en las acciones ejecutivas a menos que la obligación constara en un acto administrativo, caso en el cual se adoptaba el término de cinco años, con fundamento en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que dispone la pérdida de su fuerza ejecutoria para cuando cinco años después de estar en firme, no ha sido ejecutado.

Por otra parte, para la fecha de presentación de la demanda, el 25 de mayo de 1999, regía la ley 446 de 1998, que consagró un término de caducidad de cinco (5) años para intentar la acción ejecutiva.

La naturaleza procesal de la última norma mencionada, trae como consecuencia su aplicación inmediata, aún para términos que hubieran empezado a correr, en relación con procesos no iniciados, es decir, que a partir del 7 de julio de 1998 cuando empezó a regir la ley 446, el término para iniciar una acción ejecutiva ante esta jurisdicción pasó a ser de cinco años y por virtud de su aplicación inmediata, la norma rigió aquellas acciones en relación con obligaciones exigibles para esa fecha, pero cuya ejecución no se había intentado, convirtiendo el término de 10 años de que se disponía inicialmente, frente a títulos diferentes al acto administrativo, en uno de cinco años.

Así las cosas, si el término de diez años para intentar la acción había empezado a correr con anterioridad a la vigencia de la ley 446 de 1998, y para cuando esta empezó a regir faltaban más de cinco años para su vencimiento, la aplicación inmediata de la nueva norma, trajo como consecuencia que a partir de la vigencia de ésta, se dispusiera de cinco años para intentar la acción.

La exigibilidad de la obligación dineraria cobrada a través de este proceso ejecutivo y que consta en un acto administrativo, se dio el 28 de agosto de 1996 con lo cual el término de cinco años para ejecutar ese acto administrativo vencía el 29 de agosto de 2001, es decir que con la entrada en vigencia de la ley 446 el 7 de julio de 1998, no cambió el término para intentar la acción, dado que aquel consagrado en la nueva norma, es el mismo que existía para cuando se produjo la exigibilidad de la obligación cobrada.

Las reflexiones respaldo la decisión adoptada en la sentencia, porque estimo, igualmente, que no había operado el fenómeno de la caducidad, en tanto la demanda fue presentada el 25 de mayo de 1999, esto es antes de que venciera el término para intentar la acción

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO