



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 680012333000201400152 01
No. Interno: 54925
Actor: Ecopetrol S.A.
Demandado: La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Referencia: Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en la audiencia inicial celebrada el 9 de julio de 2015, mediante el cual se declaró no probada la excepción de *“prescripción de las acciones contra el asegurador derivadas del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, de la cláusula penal de apremio y de la cláusula penal pecuniaria”*.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 12 de noviembre de 2013, Ecopetrol S.A. interpuso demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra La Previsora S.A., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:



Radicación: 680012333000201400152 02
No. Interno: 54925
Actor: Ecopetrol S.A.
Demandado: La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia: Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

“PRIMERO. Que declare la existencia del contrato de seguro de cumplimiento celebrado entre CAMCO INGENIERÍA S.A.S. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, instrumentado en la póliza número 1000485, por medio de la cual se garantizó el contrato número 4027930, en el cual ECOPETROL S.A. tiene el carácter de asegurado y beneficiario.

“SEGUNDO. Que declare la ocurrencia de sendos siniestros con cargo a los amparos de cumplimiento y de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, que causaron pérdidas a ECOPETROL S.A. por valores superiores al valor asegurado de cada uno de estos amparos.

“TERCERO. Que condene a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar a ECOPETROL S.A. la suma de novecientos setenta y tres millones trescientos noventa y un mil quinientos setenta y siete pesos (\$973.391.577) como indemnización con cargo al siniestro del amparo de cumplimiento y de novecientos setenta y tres millones trescientos noventa y un mil quinientos setenta y siete pesos (\$973.391.577) como indemnización con cargo al siniestro del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

“CUARTO. Que condene a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar a ECOPETROL S.A. intereses de mora sobre las anteriores sumas hasta la fecha en que se realice el pago.

“QUINTO. Que condene a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar las costas y gastos del proceso”¹.

Como fundamentos fácticos relevantes, en síntesis, narró los siguientes:

El 27 de agosto de 2010 Ecopetrol y Camco Ingeniería S.A. (en adelante Camco) suscribieron el contrato No. 4027930, cuyo objeto consistió en realizar las “OBRAS DE MANTENIMIENTO TÉCNICO A LOS EQUIPOS DE LAS UNIDADES DE GENERACIÓN DE VAPOR Y ENERGÍA U-2950, U-2960, U-2400, U-950 y U-900 DE LA REFINERÍA BARRANCABERMEJA DE ECOPETROL S.A. DURANTE LA VIGENCIA 2010”.

En la condición novena del contrato se pactó que Camco tenía la obligación de contratar con una compañía aseguradora: i) un seguro de cumplimiento; ii) un seguro de responsabilidad civil extracontractual y iii) un seguro colectivo de vida que amparara a los trabajadores vinculados a la ejecución del contrato.

¹ Folios 222-237 del cuaderno de primera instancia.



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

El 31 de agosto de 2010 se designó al Consorcio J&R como Gestor Administrativo del negocio, quien mediante comunicación J&R-4027930-CAMCO-018C aprobó la póliza de cumplimiento No.100485, que contiene el contrato de seguro celebrado entre Camco –como tomador- y La Previsora S.A.

A través de comunicación No. 5210294-GRB1-4027930-191-2011, del 9 de agosto de 2011, Ecopetrol requirió a Camco por no entregar al Gestor Administrativo los documentos que acreditan el pago de la nómina del 16 al 31 de julio de 2011 y el pago de la liquidación de las prestaciones sociales del personal retirado durante el mes de julio de 2011, circunstancias por las cuales, según se dijo, el Coordinador Operativo de Gestión Administrativa del respectivo negocio jurídico le recomendó a Ecopetrol imponer a la sociedad contratista la cláusula de apremio pactada.

El 11 de agosto de 2011 Ecopetrol impuso la cláusula de apremio. Camco se pronunció en el sentido de que los pagos de nómina y prestaciones sociales del mes de julio habían sido cancelados mediante transferencias bancarias.

Ecopetrol había solicitado al contratista la presentación de una propuesta con la cual pudieran solucionar los problemas técnicos y laborales que impidieron ejecutar el negocio jurídico, sin embargo, no la presentó acorde con la gravedad de la situación, por lo que, según se indicó, Ecopetrol terminó anticipadamente el contrato, acto en el que, además, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria en una cuantía del 10% del valor del negocio jurídico, decisión contra la cual el contratista solicitó su revocatoria, pero Ecopetrol se ratificó y dispuso que se notificara a la aseguradora para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, previa declaratoria del respectivo siniestro.

En la cláusula cuarta de las condiciones de la póliza se advirtió que el amparo de cumplimiento comprendía las multas y el valor de la cláusula penal que se hiciera efectiva. Igualmente, se señaló que en los certificados de seguros números 4, 5, 8 y 12 se aclaró que el amparo de cumplimiento garantizaba el pago de la cláusula penal de apremio y el pago de la cláusula penal pecuniaria.



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

Finalmente, mediante la comunicación No. 2-201107B-34775, del 13 de diciembre de 2011, Ecopetrol presentó ante la compañía aseguradora la reclamación correspondiente con cargo a la póliza 1000485, sin embargo, La Previsora S.A. la objetó con fundamento en que no se pactó la cláusula penal.

2. Contestación de la demanda

La Previsora S.A. contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos, negó otros y respecto de los demás manifestó que no le constaban.

Propuso la excepción de *“prescripción de las acciones contra el asegurador derivadas del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, de la cláusula penal de apremio y de la cláusula penal pecuniaria”*, con fundamento en que debía aplicarse el término de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que Ecopetrol tuvo conocimiento de la situación de incumplimiento.

Con base en lo anterior, en lo que se refiere al amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, sostuvo que el término de prescripción ordinaria debía contarse a partir del 11 de febrero de 2011 –fecha en la que el revisor fiscal expidió la certificación correspondiente para suscribir el contrato adicional No. 2-, en tanto que en ese negocio jurídico adicional, según expresó, se consignó que el contratista se encontraba en situación de incumplimiento por concepto de giros y aportes al sistema de protección social.

En ese sentido, y teniendo en cuenta la fecha en mención -11 de febrero de 2011-, la parte demandada indicó que al momento de presentarse la demanda -12 de noviembre de 2013- había transcurrido el término de dos (2) años de prescripción ordinaria, incluso descontándose el tiempo que estuvo suspendido ese término por el trámite de la conciliación prejudicial ante el Ministerio Público.



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

En lo que concierne a la cláusula de apremio, la demandada señaló que se impuso mediante carta fechada el 16 de agosto de 2011, suscrita por el administrador del contrato, documento en el que se consignó que los hechos que dieron lugar a la imposición de la referida cláusula ocurrieron el 5 de agosto de 2011, los cuales, según dijo, fueron informados al contratista el 8 de agosto de 2011, razón por la cual el término de dos (2) años de prescripción ordinaria había fenecido cuando se presentó la demanda.

Finalmente, en lo que respecta a la cláusula penal pecuniaria, la aseguradora sostuvo que los fundamentos fácticos en que se basó su imposición fueron los mismos que dieron lugar a la imposición de la cláusula penal de apremio y al incumplimiento en materia laboral, por lo que, a su juicio, debía aplicársele lo expuesto en cuanto a la prescripción ordinaria.

3. Auto apelado

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante auto proferido en audiencia inicial celebrada el 9 de julio de 2015, declaró no probada la excepción de prescripción alegada por La Previsora S.A.

El Tribunal señaló que no era cierto que en el contrato adicional No. 2 se hubiera consignado el incumplimiento del contratista, toda vez que, según indicó, en el documento que contiene ese negocio jurídico adicional consta que el contratista se encontraba en situación de cumplimiento –no de incumplimiento- por concepto de giros y aportes al sistema de seguridad social, circunstancia que, a su juicio, desvirtúa la afirmación según la cual desde el 11 de febrero de 2011 acontecía el incumplimiento del contratista, situación que llevó al Tribunal a concluir que a partir de esa fecha no era posible computar el término de prescripción.

Adicionalmente, el Tribunal refirió que la situación de incumplimiento fue conocida por Ecopetrol mediante oficio del 16 de agosto de 2011, a través del cual se le impuso al contratista la cláusula penal de apremio, decisión frente a la cual el contratista solicitó su revocatoria, sin embargo, esa petición fue negada por medio



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

de oficio del 22 de noviembre de 2011, por tanto, concluyó que entre la última fecha mencionada y la presentación de la demanda no transcurrieron más de dos (2) años, esto es, que la demanda se interpuso dentro del término de prescripción ordinaria previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio².

4. Recurso de apelación

La Previsora S.A. interpuso recurso de apelación. Indicó que en la carta fechada el 16 de agosto de 2011, suscrita por el administrador del contrato, quedó plasmado que los hechos que condujeron a la imposición de la cláusula penal de apremio ocurrieron el 5 de agosto de 2011, los cuales, según expresó, fueron informados al contratista el 8 de agosto de la misma anualidad, razón por la cual, a juicio de la aseguradora, Ecopetrol conoció los hechos desde ese 5 de agosto, o seguramente debió conocerlos desde mucho antes.

La aseguradora concluyó que a la fecha de presentación de la demanda -12 de noviembre de 2013- había transcurrido el término de prescripción ordinaria³.

Surtido el respectivo traslado del recurso de apelación, en el curso de la audiencia inicial, el Tribunal lo concedió en el efecto suspensivo.

II. CONSIDERACIONES

1. Impedimento

Advierte la Sala que el señor Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer el proceso, toda vez que desde el 23 de octubre de 2000 hasta el 31 de octubre de 2011 se desempeñó como Jefe de la Unidad Judicial y Extrajudicial de la Vicepresidencia Jurídica de Ecopetrol S.A., tiempo durante el cual emitió conceptos y gestionó actuaciones judiciales

² Tomado de la video-grabación de la audiencia inicial, que reposa en el CD anexo al expediente.

³ *Ibidem*



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

tendientes a garantizar la defensa de la demandante en los procesos en los cuales esta fuera parte. Por tanto, se aceptará el impedimento formulado, con fundamento en lo previsto en el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso⁴, razón por la cual se deja constancia de que el mencionado Consejero ha sido apartado del conocimiento del proceso y no participa ni interviene en el estudio y decisión de esta providencia.

2. Legislación aplicable al presente asunto

En esta oportunidad es menester realizar algunas consideraciones acerca de la aplicación de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), normativa que derogó el Decreto 01 de 1984, contentivo del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 308 del CPACA señaló que comenzaría a regir a partir del 2 de julio de 2012, razón por la cual a todas las demandas y procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia debe aplicárseles dicho cuerpo normativo.

Así pues, como esta demanda se interpuso con posterioridad al 2 de julio de 2012, le resultan aplicables las disposiciones del CPACA⁵.

3. Procedencia del recurso de apelación

De conformidad con lo previsto en los artículos 150⁶ y 180 numeral 6⁷ del CPACA, esta Corporación conoce, en segunda instancia, de los recursos de apelación

⁴ Código General del Proceso, Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes: "(...) 12ª Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo".

⁵ La demanda fue presentada el 12 de noviembre de 2013 (folio 237 vto del cuaderno No. 1)

⁶ "Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Modificado por el art. 615, Ley 1564 de 2012. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

interpuestos contra las decisiones interlocutorias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos en las que se resuelvan las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la litis.

4. Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro

La prescripción del contrato de seguro se encuentra regulada por el artículo 1081 del Código de Comercio⁸, disposición que, además, establece dos modalidades extintivas de las acciones derivadas del contrato de seguro.

La primera se refiere a la prescripción ordinaria, cuyo término de dos (2) años empieza a correr desde el momento en que el interesado tuvo conocimiento real o presunto del hecho que origina la acción; la segunda concierne a la prescripción extraordinaria, cuyo término de cinco (5) años comienza a correr contra toda clase de personas desde el nacimiento del respectivo derecho.

de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia”.

⁷ “Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

“(…).

“6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

“Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

“Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

“El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”.

⁸ “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”.



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

Esos dos fenómenos extintivos difieren en cuanto a su naturaleza, divergencia que adquiere relevancia toda vez que permite determinar la procedencia de cada una de las prescripciones. Así lo ha entendido esta Corporación:

“Es claro entonces, que todas las acciones derivadas del contrato de seguro, inclusive aquellas que apuntan a obtener el pago de la respectiva indemnización, se sujetan a los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria contenidos en el artículo 1081 del C. Co., por cuanto lo que define la procedencia de una u otra, a juicio de la Corte, es 1) el ‘quién’ está ejerciendo la acción, es decir, la calidad del demandante y si le era exigible o no conocer el siniestro, y 2) el momento en que este se produjo; porque la acción ordinaria, de 2 años, procede frente a quienes, siendo personas capaces, supieron o debieron saber de la existencia del siniestro, y corre desde el momento en que, precisamente, tuvieron conocimiento o debieron tenerlo sobre dicho hecho; es decir, que se trata de una acción “subjetiva”, que califica la capacidad del interesado y tiene en cuenta el conocimiento suyo sobre la ocurrencia del siniestro; en cambio, la prescripción extraordinaria, es objetiva, en la medida en que, independientemente de quién sea el interesado, capaz o incapaz, por cuanto la misma norma dice que procede ‘contra toda clase de personas’, el término de 5 años, corre inexorablemente, a partir ya no del momento en que se conoció o debió conocer el siniestro, sino desde el momento en que el mismo se produjo efectivamente”⁹.

De acuerdo con la pauta jurisprudencial referida, la prescripción ordinaria tiene naturaleza subjetiva y la prescripción extraordinaria objetiva.

5. Caso concreto

Las pretensiones de la demanda giran en torno a que se declare la existencia del contrato de seguro de cumplimiento celebrado entre Camco y La Previsora S.A., y a que se declare la ocurrencia de los siniestros con cargo a los amparos de cumplimiento y de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

Con la excepción propuesta en la contestación de la demanda, la compañía aseguradora pretende que se declare la prescripción de las acciones derivadas

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2007, Expediente No. 30565, CP. Ramiro Saavedra Becerra.



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

tanto del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones como del amparo de cumplimiento¹⁰.

El Tribunal declaró no probada la excepción de prescripción, toda vez que al momento de presentarse la demanda no había vencido el referido término; sin embargo, observa la Sala que el *a quo* no se pronunció frente a estos amparos, los cuales, de acuerdo a su naturaleza, cubren riesgos diferentes, de tal manera que, contrario a lo expuesto en la providencia apelada, el término de prescripción debió computarse de manera diferente para cada uno, teniendo en cuenta los hechos que eventualmente pudieron afectarlos.

- Amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

En la condición primera de la póliza única de seguro de cumplimiento, se observa que este amparo cubre a Ecopetrol contra el riesgo de incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones de carácter laboral adquiridas por este con el personal empleado en la ejecución del respectivo contrato.

Según lo expuesto en la demanda, Camco incumplió sus obligaciones laborales porque no acreditó el pago de la nómina y de las prestaciones sociales del personal encargado de la ejecución del contrato, situación de incumplimiento que, tal y como acaba de verse, estaba cubierta con la póliza de cumplimiento, específicamente por el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

En el presente asunto se encuentra acreditado que mediante la comunicación No. 5210294-GRB1-4027930-191-2011, del 9 de agosto de 2011¹¹, el Coordinador

¹⁰ En la póliza de cumplimiento No. 1000485 quedaron establecidos los amparos cubiertos por La Previsora S.A., así: i) cumplimiento del contrato; ii) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; iii) estabilidad de la obra y iv) calidad del servicio. Posteriormente se aclaró que el amparo de cumplimiento garantizaba el pago de la cláusula penal de apremio y de la cláusula penal pecuniaria (folios 58-60, 72-73, 77-78 y 108-109 del cuaderno de primera instancia).

¹¹ Esto se lee en la mencionada comunicación, obrante a folios 92 y 93 del cuaderno de primera instancia: **“Desde el turno de la jornada nocturna del día viernes 05 de agosto del 2011, se presenta anomalía laboral por el no pago de los salarios de sus trabajadores; se aclara que ECOPETROL S.A. no puede asumir el costo de la culpa contractual del Contratista y de las**



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

Operativo de Gestión Administrativa de Ecopetrol le notificó a Camco que desde el 5 de agosto de 2011 se había presentado una anormalidad laboral porque no había pagado los salarios a los trabajadores encargados de la ejecución del contrato. Además, le informó que Ecopetrol lo requirió para que cumpliera las obligaciones laborales.

Así pues, si bien la anormalidad laboral se presentó desde el 5 de agosto de 2011, los incumplimientos que desencadenaron esa situación fueron conocidos por Ecopetrol el 9 de agosto de 2011, tanto así que en la comunicación aludida se hizo referencia a que la entidad demandante había requerido al contratista para que cumpliera las obligaciones.

El conocimiento de la situación de incumplimiento hace que, en lo que se refiere a la petición relacionada con el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, se aplique el término de dos (2) años de prescripción ordinaria, cuyo plazo empieza a correr desde el mismo conocimiento, esto es, a partir del 9 de agosto de 2011 -fecha de la comunicación aludida-, razón por la cual la oportunidad para reclamar derechos derivados del amparo referido venció el 9 de agosto de 2013.

No obstante lo anterior, revisado el expediente, la Sala encuentra que el término de prescripción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001¹², se suspendió el 2 de agosto de 2013, porque ese día se presentó la solicitud de conciliación prejudicial, diligencia que, según constancia expedida por

*deficiencias administrativas para el desarrollo del contrato, toda vez que son ustedes quienes deben proponer una forma de cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas, de tal forma que la obra finalice dentro del plazo inicialmente señalado y con el cumplimiento absoluto de sus obligaciones técnicas, administrativas y laborales. **Es por ello que ECOPETROL S.A. solicita al contratista cumplir con las obligaciones con sus trabajadores**". (Subrayas y negrillas fuera del texto).*

¹² "ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable".



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

el Ministerio Público, se realizó el 23 de octubre de 2013, pero las partes no llegaron a un acuerdo, por lo que se declaró fallida¹³.

En ese contexto, el término de prescripción ordinaria se suspendió cuando faltaban 8 días para que prescribiera cualquier reclamación en sede judicial, y se reanudó al día siguiente de la expedición de la certificación de la audiencia de conciliación, esto es, a partir del 24 de octubre de 2013 hasta el 31 del mismo mes y año, cuando finalizaron los dos años del término de prescripción.

Así las cosas, al momento de la presentación de la demanda -12 de noviembre de 2013- había vencido el término de dos (2) años de prescripción ordinaria, en lo que se refiere al derecho de indemnización que eventualmente le asistía a Ecopetrol en relación con el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

Adicionalmente, si bien Ecopetrol presentó ante La Previsora S.A. la reclamación correspondiente, con cargo a la póliza de cumplimiento, la cual fue objetada por esa compañía, lo cierto es que ni la reclamación ni la objeción de aquella suspenden o interrumpen el término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, pues a esos dos eventos el legislador no les dio ese alcance, porque en el Código de Comercio no existe disposición al respecto.

Igualmente resulta necesario precisar que la reclamación ante la aseguradora y su respectiva objeción no son referentes para contar el término de prescripción ordinaria, toda vez que, según el artículo 1081 del Código de Comercio, el plazo de ese fenómeno extintivo empieza a correr desde el conocimiento real o presunto del hecho que da lugar a la acción, máxime si se tiene en cuenta que el trámite de la reclamación ante la aseguradora no es óbice para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro¹⁴.

¹³ Folios 1-2 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ En relación con el trámite de reclamación ante la aseguradora y en lo que concierne al momento en que empieza a contarse el término de prescripción ordinaria, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “Entonces, el rechazo de la reclamación no puede tenerse como el referente inicial para contar el término de prescripción ordinaria previsto en el artículo 1081 del



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

En ese orden de ideas, se configuró la excepción de prescripción en lo que respecta a las pretensiones relacionadas con el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

- Amparo de cumplimiento

El amparo de cumplimiento, según la condición primera de la póliza única de seguro de cumplimiento, cubre a Ecopetrol contra los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento imputable al contratista de cualquiera de las obligaciones emanadas del contrato garantizado y que, además, este amparo comprendía las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se hiciera efectiva. Igualmente, en las modificaciones de la póliza de cumplimiento se aclaró que el amparo de cumplimiento garantizaba el pago de la cláusula penal de apremio y de la cláusula penal pecuniaria.

Según los fundamentos fácticos plasmados en la demanda, observa la Sala que el contratista incumplió las obligaciones técnicas, que, a criterio de la actora, impidieron la ejecución del contrato y ocasionaron enormes perjuicios patrimoniales a Ecopetrol, afirmación que se encuentra acreditada con el documento a través del cual Ecopetrol terminó de manera anticipada el contrato. Explica el documento:

“INCUMPLIMIENTOS DE ORDEN TÉCNICO.

Código de Comercio, como sugiere el recurrente, porque según la propia norma la prescripción se inicia ‘desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción’, disposición que indudablemente descarta la búsqueda de una ocasión distinta para despuntar la contabilización del citado término de dos años. De otro lado, el censor aboga porque el término de prescripción sea suspendido desde cuando el interesado presenta la reclamación a la aseguradora y hasta que esta responda, a lo cual añade que el término de prescripción resultó aquí ampliado ‘de hecho’ por las partes. En cuanto al primer planteamiento, en realidad nada explicaría el aplazamiento indefinidamente prolongado del término de prescripción, so pretexto de esperar la respuesta de la aseguradora al reclamo hecho, pues de conformidad con lo previsto en los artículos 1080 y 1077 del Código de Comercio, el interesado puede acreditar judicialmente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. Carece entonces de razón el censor cuando argumenta que ha de esperarse hasta la respuesta negativa de la aseguradora, para emprender la acción indemnizatoria, porque el trámite de la reclamación no impide a quien está legitimado, promover las acciones derivadas del contrato de seguro”. (Sentencia del 12 de febrero de 2007, Expediente No. 68-001-31-03-001-1999-00749-01, MP. Edgardo Villamil Portilla).



Radicación: 680012333000201400152 02
No. Interno: 54925
Actor: Ecopetrol S.A.
Demandado: La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia: Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

“(...)”.

“A través de diversas comunicaciones se ha manifestado por parte de ECOPETROL el incumplimiento de CAMCO INGENIERÍA S.A. al desarrollo del contrato No. 4027930, entre ellas las siguientes:

“(...)”.

“No obstante los claros y evidentes incumplimientos en que incurrió el contratista, ECOPETROL S.A., en aras de garantizar el debido proceso y con la intención de superar dichos eventos, el día martes 30 de agosto solicitó a este la presentación de una propuesta que permitiera solucionar de la mejor manera tal circunstancia de incumplimiento.

“A pesar de tal oportunidad, CAMCO INGENIERÍA S.A. presentó una propuesta que no solo no colmó las expectativas de ECOPETROL sino también dejaba una constancia muy alejada de la realidad, al pretender asumir sin ningún tipo de compromiso de su parte, la responsabilidad que le implicaba no haber cumplido con el objeto del contrato, solicitando para ello, la terminación del contrato de mutuo acuerdo, sin ningún tipo de consecuencia y con la solicitud del pago a los trabajadores directamente por ECOPETROL, con la intención de pago inmediato de obligaciones hasta ahora no ejecutadas, a pesar de la existencia de graves perjuicios para ECOPETROL.

“El plazo para la entrega de la obra se encuentra suspendido sin que el contratista cumpliera con sus obligaciones y sin que existiera justificación alguna que resguardara la responsabilidad del contratista. En efecto, ECOPETROL manifestó en varias comunicaciones al contratista, (5210294-GRB1-4027930-189-2011 con radicado 2-2011-078-1977 del día 08 de agosto de 2011; 5210294-GRB1-4027930-191-2011 con radicado 2-2011-078-19431 del día 09 de agosto de 2011; 5210294-GRB1-4027930-193-2011 con radicado 2-2011-078-19538 del día 9 de agosto de 2011; 5210294-GRB1-4027930-205-2011 con radicado 2-2011-078-20501 de fecha Agosto 19 de 2011) la necesidad y urgencia de que se situara en situación de cumplimiento, que, sumados a **los incumplimientos técnicos generaron múltiples retrasos, improductividades y perjuicios superiores al tolerado en el contrato (5%), llevan a ECOPETROL S.A., a la necesidad de determinar la terminación anticipada del contrato, ante el incumplimiento definitivo del objeto de contratado.**

“**El incumplimiento del contratista ha ocasionado enormes perjuicios económicos a Ecopetrol S.A.,** en razón a la prolongación en el tiempo, el uso de los recursos destinados para la ejecución del contrato tales como grúas, logísticos, personales y la no disponibilidad de los equipos intervenidos para generar vapor.



Radicación:	680012333000201400152 02
No. Interno:	54925
Actor:	Ecopetrol S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
Referencia:	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

(...).

“DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.

“La inejecución de las obligaciones técnicas por parte del contratista, que impidió el cumplimiento del objeto contratado (Mantenimiento Técnico a los equipos de las unidades de vapor y energía U-2950, U-2400, U-950 y U-900 de la Gerencia Refinería Barrancabermeja), sumado a, principalmente, la ausencia de pago de los salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores, conllevaron a la suspensión y paralización definitivo de los trabajos”.¹⁵ (Se destaca).

Así pues, los incumplimientos de índole técnico ocasionaron perjuicios patrimoniales a Ecopetrol, riesgo cubierto con el amparo de cumplimiento pactado en el contrato de seguro.

Según se desprende de la transcripción del acto que puso fin al contrato, encuentra la Sala que Ecopetrol tuvo conocimiento de los incumplimientos técnicos del contratista, tanto así que a través de diversas comunicaciones lo instó para que se pusiera en situación de cumplimiento.

El aludido conocimiento conduce a que se aplique el término de dos (2) años de prescripción ordinaria, sin embargo, ante las múltiples comunicaciones y los distintos incumplimientos de orden técnico en que incurrió el contratista, no existe certeza sobre el conocimiento real o presunto de la afectación del riesgo cubierto por el amparo de cumplimiento, por lo que en esta oportunidad procesal no es posible identificar un referente para empezar a contar el término de prescripción.

Y es que de las pruebas obrantes en el expediente, no es posible determinar el momento exacto en que Ecopetrol conoció el incumplimiento de orden técnico que eventualmente afectó el amparo de cumplimiento, por manera que se hace necesario el recaudo de la totalidad de las pruebas¹⁶, con el propósito de

¹⁵ Folios 123-133 del cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Teniendo en cuenta que la audiencia inicial quedó en la etapa de excepciones, el Tribunal no se pronunció sobre las pruebas solicitadas tanto en la demanda como en la contestación de la misma, con las cuales, una vez decretadas en la respectiva oportunidad procesal y valoradas en la sentencia, podrá determinarse la fecha en que Ecopetrol conoció el incumplimiento de orden técnico que afectó el amparo de cumplimiento.



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

establecer los pormenores de la ejecución del respectivo negocio jurídico, y así poder identificar a partir de cuándo la sociedad demandante tuvo conocimiento de ese incumplimiento que, según la parte actora, afectó el amparo de cumplimiento. Así las cosas, ante la duda y para garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, se tramitará la demanda para que este aspecto se analice al momento de proferirse sentencia, con fundamento en las pruebas que obren y se recauden en el proceso, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto a no declarar probada la excepción de prescripción en lo que se refiere al derecho de indemnización que eventualmente le asiste al demandante en relación con el amparo de cumplimiento.

En ese orden de ideas, en lo que concierne al amparo de cumplimiento, la prescripción no puede computarse a partir de la solicitud de revocatoria de la cláusula penal de apremio impuesta al contratista, tal y como lo hizo el Tribunal, toda vez que, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, el referente para contar el término de dos años es el conocimiento presunto o real de la ocurrencia del riesgo asegurado, aspecto sobre el cual existe duda en esta oportunidad procesal.

Como corolario de lo anterior, la Sala modificará el auto apelado que declaró no probada la excepción de prescripción, habida cuenta que, de un lado, está probada en lo que respecta a las pretensiones relacionadas con el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y, en consecuencia de ello, se dará por terminado el proceso en ese preciso punto, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA¹⁷; y de otro lado, en cuanto a la petición relacionada con el amparo de cumplimiento, ante la duda se confirmará la decisión de primera instancia en lo atinente a declarar como no probada la referida excepción, por lo que se ordenará continuar el proceso en este punto.

¹⁷ “...Si alguna de ellas prospera [se refiere a las excepciones], el Juez o magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar...”



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el señor Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: MODIFICAR, de conformidad con la parte considerativa de la presente providencia, el auto proferido el 9 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, se dispone:

1. **DECLARAR** probada la excepción de prescripción en lo que respecta a las pretensiones relacionadas con el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y, por consiguiente, **DAR POR TERMINADO** el presente proceso en este preciso punto, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción en lo que se refiere a las pretensiones relacionadas con el amparo de cumplimiento y, por consiguiente, **CONTINUAR** con el trámite procesal en lo que respecta a este preciso punto, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO



<i>Radicación:</i>	680012333000201400152 02
<i>No. Interno:</i>	54925
<i>Actor:</i>	Ecopetrol S.A.
<i>Demandado:</i>	La Previsora S.A. Compañía de Seguros.
<i>Referencia:</i>	Medio de Control de Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
IMPEDIDO**