



169

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

**Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez**

**Bogotá D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010)**

**Radicación: 52001-23-31-000-2009-0264-01**

**Actor: LUIS ALFONSO GARCÍA FLOREZ**

**Demandado: Nación, Ministerio de Minas y Energía y ECOPELROL S.A.**

**Expediente: 37.830**

**Apelación del auto que rechazó la demanda.**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el auto que dictó el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión, el 14 de agosto de 2009, por medio del cual rechazó la demanda por caducidad de la acción contractual.

**I. Antecedentes**

**1. Demanda**

El 22 de julio de 2009, el señor Luis Alfonso García Florez presentó demanda en ejercicio de la acción contractual contra la Nación, Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Colombiana de Petróleos - ECOPELROL S.A. - (fols. 2 a 17 c. 1).

**1.1. Pretensiones**

- Que se declare administrativa, contractual y patrimonialmente responsable a los demandados por la omisión en el pago de las facturas originadas en el contrato de obra RAS10RI-0267-04.



- Que, en consecuencia, se condene a las entidades demandadas a indemnizar los perjuicios materiales estimados en \$652'515.517, por concepto de las facturas pendientes de pago y \$70'000.000 correspondiente "a los dineros dejados de percibir por la no ejecución del contrato No. SC506128" y los morales, equivalentes a 500 SMMLV (fols. 13 a 14 c. 1).

## 1.2. Hechos

- El señor Luis Alfonso García Flores es integrante de la Unión Temporal Servicios Andinos del Sur, la cual se creó con la finalidad de participar en el proceso de sorteo SO-PLA-026-04, del cual resultó adjudicataria.

- El 11 de agosto de 2004, ECOPETROL S.A., y la Unión Temporal Servicios Andinos del Sur celebraron el contrato de obra RAS1ORI-0267-04, cuyo objeto consistió en la construcción de 2.5 kilómetros de tubería en la estación Alisales del Oleoducto Transandino ubicado en el Municipio de Puerres, Nariño.

- En el mes de noviembre de 2004, el señor Luis Alfonso García, en su calidad de miembro y representante legal de la Unión Temporal, advirtió irregularidades en el manejo de dinero por parte de los otros miembros de la Unión Temporal y solicitó a ECOPETROL S.A., efectuar las consignaciones de las respectivas cuentas de cobro en otra cuenta.

- El 18 de diciembre de 2004 se terminó el contrato y se entregaron las obras. Ese mismo día se efectuó un listado de los dineros que estaban pendientes de pago; las partes del contrato suscribieron el documento.

- *"Insólitamente el día 20 de diciembre de 2004, solo 2 días después de la reunión y la suscripción del acta de pendientes, sin ninguna explicación ni motivo sin dársele cumplimiento a lo acordado, se levanta un acta de liquidación final de orden de trabajo RAS1ORI-267-04, en el folio final el administrador del contrato Ing. Rolando Parra Otálora, y quien estuvo presente y firmó el acta final y el correspondiente pliego de pendientes. Sin observar los suscritos manifiesta: 'b. UTSA se declara a Paz y Salvo por todo concepto, de acuerdo al acta de pendientes suscrita el 18 de diciembre de 2004' (...). Y procedió a cancelar las*



*facturas (...). Este pago lo realizó a los socios (...) sin acatar lo suscrito en el acta de liquidación, sin atender la expresa solicitud de prohibición de consignación a la cuenta de estas personas” (fols. 4 a 8 c. 1).*

## **2. Auto apelado.**

El Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión, rechazó la demanda por caducidad de la acción contractual, por auto del 14 de agosto de 2009. Explicó que el contrato de obra objeto de la controversia es de aquellos que requieren liquidación, razón por la cual resulta aplicable lo dispuesto en la letra c) del numeral 10 del artículo 136 del C. C. A., el cual señala que el término de caducidad de 2 años se cuentan a partir de la suscripción del acto de liquidación.

Advirtió que las partes efectuaron la liquidación del contrato de mutuo acuerdo el 18 de diciembre de 2004, razón por la cual la demanda se debió presentar a más tardar el 18 de diciembre de 2006 y, como la parte actora la radicó el 22 de julio de 2009, era evidente la caducidad de la acción (fols. 138 a 140 c. ppal).

## **3. Recurso de apelación**

La parte actora solicitó la revocatoria del auto que rechazó la demanda por caducidad de la acción. Señaló que el término de dos años previsto en la Ley 446 de 1998 no es aplicable al caso porque la acción ejercida no es la de controversias contractuales sino la contemplada en los artículos 50, 51 y 53 de la Ley 80 de 1993, referente a la responsabilidad de la entidades estatales y de los servidores públicos, consultores, interventores y asesores, con ocasión de la actividad contractual del Estado, la cual tiene un término de caducidad de 20 años. Agregó:

*“Lo que se está conteniendo, es el hecho de haberse cometido una serie de irregularidades, por parte de los funcionarios de ECOPETROL, donde se elaboró un acta de liquidación, se firmó de común acuerdo, pero no se cumplió. Esto originó que los pagos no se efectuaran a la persona indicada, es decir al señor Luis Alfonso García Florez. Se pagó pero se pagó mal” (fols. 147 a 144 c. ppal).*

Previo a resolver se hacen las siguientes,



## II. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de la apelación del auto que rechazó la demanda en proceso de dos instancias (arts. 129 y 181, num. 1 del C. C. A).

El auto apelado se confirmará, aunque por razones diferentes a las expuestas por el Tribunal A Quo, como lo es el incumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en el trámite de la conciliación prejudicial obligatoria, como pasa a explicarse.

### 1. La conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto se refiere a la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción, la Ley 23 de 1991 –artículo 60<sup>1</sup>– no introdujo tal presupuesto en la medida en que facultó a las partes o a una de ellas para que, si a bien lo tenían, pudieran formular ante el Fiscal de la Corporación competente, esto es ante el respectivo Procurador Judicial, una solicitud en este sentido, la cual debía calificarse por el mencionado funcionario quien en caso de encontrarla seria y razonable –la solicitud– citaría a los interesados para celebrar la audiencia correspondiente. En caso de llegarse a una conciliación, el acuerdo debería enviarse al Consejero o Magistrado competente para su aprobación. Una vez aprobada –en caso de que hubiere lugar a ello– la conciliación tendría efectos de cosa juzgada y prestaría mérito ejecutivo.

Posteriormente, la Ley 446 de 1998 –artículo 6– introdujo algunas modificaciones a la Ley 23 de 1991, entre las cuales resulta importante destacar, en lo que hace

<sup>1</sup> "ARTICULO 60. Antes de la presentación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa de cualquiera de las acciones a que se refiere el inciso 1o., del artículo anterior, las partes podrán formular ante el Fiscal de la Corporación la correspondiente petición, enviando copia de ella a la entidad que corresponda, o al particular, según el caso. Dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la petición, el Agente del Ministerio Público la calificará y si encuentra serias y razonables las solicitudes, citará a los interesados para que concurran a la audiencia de conciliación el día y a la hora que señale dentro del mes siguiente a la fecha de la citación.

Los interesados deberán presentar durante la audiencia los medios de prueba de que dispongan para sustentar sus pretensiones y enumerarán, precisa y detalladamente, aquellos que por no estar en su poder sólo harían valer en el proceso judicial.

Si se lograre acuerdo, las partes suscribirán un acta que refrendará el Fiscal, la cual enviará inmediatamente a la Sección respectiva, para que el Consejero o Magistrado a quien le corresponda por reparto defina si ella resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o si puede hallarse viciada de nulidad absoluta, caso en el cual dictará providencia motivada en que así lo declare, contra la cual no procede recurso alguno.

El Acta de Conciliación debidamente suscrita y aprobada por el Consejero o Magistrado a que se refiere el inciso anterior tendrá efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo." (Se resalta).



referencia a la conciliación, que aún cuando se mantuvo la posibilidad de que las partes o una de ellas, por voluntad propia, pudiere solicitar conciliación judicial ante el Ministerio Público, también previó que con el sólo recibo de la petición en el Despacho del agente del Ministerio Público se suspendería el término de caducidad hasta por un plazo que no excediere de 60 días; para este efecto, disponía la norma legal en referencia, el plazo de caducidad se entendería adicionado por el de la duración de la etapa conciliatoria.

Luego, la Ley 640 de 2001 derogó el artículo 60 de la Ley 23 de 1991 el cual, a su vez, como se expuso, había sido modificado por la Ley 446 de 1998 y, en su lugar, a diferencia de la anterior legislación, además de regular de manera específica algunos aspectos acerca de las conciliaciones extrajudiciales y judiciales en materia Contencioso Administrativa, erigió la conciliación extrajudicial tanto en esta Jurisdicción, como en la Civil y en la de Familia, en requisito de procedibilidad para acudir, precisamente, a las mencionadas jurisdicciones.

Al respecto señala el artículo 35 de la Ley 640 de 2001:

*"Artículo 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho {es requisito—de procedibilidad} para acudir ante las jurisdicciones civil, {contencioso administrativa}, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.*

*Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.*

*El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o. del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.*

*Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.*

*Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como*



*requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.*

*PARAGRAFO. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.”<sup>2</sup>*

Por su parte, el artículo 36 de la citada ley prevé que la ausencia del requisito de procedibilidad dará lugar al *rechazo de plano de la demanda*.

Asimismo, en materia Contencioso Administrativa, el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 reguló el presupuesto procesal aludido en los siguientes términos:

*“ARTICULO 37. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.*

*PARAGRAFO 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.*

*PARAGRAFO 2o. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente”.*

Como se observa, la Ley 640 de 2001 introdujo como requisito de procedibilidad para acudir, entre otras, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la formulación de una solicitud de conciliación extrajudicial, siempre y cuando esta se refiriera a hechos susceptibles de ser ventilados a través de las acciones de reparación directa o de controversias contractuales y se adelantara ante los agentes del Ministerio Público asignados a la Jurisdicción especializada.

En los términos del artículo 35 antes transcrito, el requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo alguno o cuando vencido el término de 3 meses previsto en el

---

<sup>2</sup> Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández; los apartes entre corchetes fueron declarados executable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 417 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.



artículo 20 de la Ley 640 de 2001 la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa, caso en el cual se podrá acudir a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

El artículo 37 en comento, por demás, contempla dos excepciones respecto del cumplimiento del requisito de procedibilidad, consistentes en la manifestación bajo la gravedad de juramento -el cual se entenderá prestado con la formulación de la demanda- acerca del desconocimiento de algunos de los eventos previstos en el inciso 4° -en cuanto se apliquen a la Jurisdicción Contencioso Administrativa- o, de conformidad con el proceso que se pretenda adelantar, se quiera solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares.

Cabe resaltar que en los términos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso: *i)* hasta que se logre el acuerdo; *ii)* hasta que el acta de conciliación se hubiere registrado en los casos en los cuales se exija este requisito<sup>3</sup>; *iii)* hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de dicha ley o, *iv)* hasta que se venza el término de 3 meses al cual se refiere el artículo 20 de la Ley 640 de 2001.

Con posterioridad, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 previó lo siguiente:

**"ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:**

*'Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.'* (Se resalta).

Como se observa, la Ley 1285 de 2009 reiteró lo que se había dispuesto en la Ley

<sup>3</sup> Cabe agregar que el registro no aplica en relación con las conciliaciones extrajudiciales en materia Contencioso Administrativa, dado que según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 640 de 2001, sólo se exige tal presupuesto cuando exista acuerdo y este se hubiere adelantado ante los centros de conciliación, situación que no ocurre tratándose de las conciliaciones extrajudiciales en esta Jurisdicción, toda vez que por expresa disposición de la ley este trámite debe surtirse única y exclusivamente ante el Ministerio Público. Lo anterior fue ratificado por el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009 a través del cual se reglamentó la conciliación extrajudicial en los asuntos Contencioso Administrativos, con ocasión de la expedición de la Ley 1285 de 2009, a través de la cual entró en vigencia el requisito de procedibilidad tantas veces aludido.



640 de 2001 acerca del requisito de procedibilidad en materia Contencioso Administrativa, además de incluir a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de aquellas respecto de las cuales se debía agotar este requisito.

Ahora bien, en relación con el procedimiento a seguir para surtir el aludido presupuesto legal, la Ley 1285 de 2009 guardó silencio, por lo cual la Sala estima que en relación con esos aspectos deberá acudir a la regulación prevista sobre esa misma materia en la Ley 640 de 2001 en aquello que no contradiga lo dispuesto en el artículo 13 del cuerpo normativo que reformó la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, puesto que aquellas normas legales no han sido derogadas y, por lo tanto, mantienen plena aplicación.

De igual forma deberán tenerse en cuenta, para estos efectos, los dictados del Decreto 1716 de 2009, a través del cual se reglamentó el artículo 13 de Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el Capítulo V de la Ley 640 de 2001, los cuales se refieren, principalmente, a la conciliación extrajudicial en materia Contencioso Administrativa.

## **2. La caducidad de la acción contractual.**

- El Decreto – Ley 01 de 1984, modificado por el Decreto 2304 de 1989, reguló en el artículo 87 la acción de controversias contractuales en los siguientes términos:

*“Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.*

*Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales.*

*El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.*

En relación con el término de caducidad, el artículo 136 de ese mismo Decreto – Ley señaló que sería de dos años, contados “desde la firma del acto”.



- La Ley 80 de 1993 modificó el anterior término de caducidad de la acción de controversias contractuales, únicamente en relación con la omisión de las partes contratantes y de las conductas "antijurídicas" de las mismas, pues el término de dos años se mantuvo respecto de la impugnación de la validez del contrato y de los actos, así como en relación con los hechos contractuales no imputables a las partes.

La responsabilidad de las entidades estatales, de los servidores públicos, de los contratistas y de los consultores interventores y asesores se consagró en los artículos 50 a 53 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.*

*ARTÍCULO 51. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.*

*ARTÍCULO 52. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.*

*Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley.*

*ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD E LOS CONSULTORES INTERVENTORES Y ASESORES. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría".*

La modificación del término de la caducidad contenida en la Ley 80 de 1993 se denominó "prescripción de las acciones de responsabilidad contractual"<sup>4</sup> y, en los casos mencionados, quedó establecida en 20 años, así:

<sup>4</sup> Cabe precisar que la Sala ya se ha pronunciado acerca de las diferencias entre las figuras de la caducidad y prescripción: "La caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciable, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo expresa norma legal, como es el caso de la conciliación prejudicial establecida en la Ley 640 de 2001". Providencia proferida por la Sección Tercera el 27 de mayo de 2004. Exp: 24.371. Consjero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



**"ARTÍCULO 55. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.** La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53<sup>5</sup> de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos. La acción disciplinaria prescribirá en diez (10) años. La acción penal prescribirá en veinte (20) años"

Como se observa del contenido de la norma trascrita, el término de "prescripción" de la acción contractual se amplió a 20 años, pero únicamente en relación con las conductas "antijurídicas" contractuales, pues en lo que atañe a la validez de los actos contractuales y de las conductas no imputables a las partes contractuales, es claro que el término de caducidad será el establecido en el artículo 136 del C. C. A.<sup>6</sup>

- La Ley 446 del 7 de julio de 1998<sup>7</sup>, la cual entró a regir desde el día de su publicación<sup>8</sup>, esto es el 8 de julio de 1998, unificó el término de caducidad para todas las acciones relativas a contratos, en dos años, sin diferenciar si se trata de la impugnación de actos o contratos o de conductas jurídicas o antijurídicas contractuales. Así se observa del contenido del artículo 44 que modificó el 136 del C. C. A:

*"10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.*

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años, siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;*

<sup>5</sup> Esos artículos se refieren a la responsabilidad civil de las entidades "por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas (...)" (art. 50); de los servidores públicos "por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley" (art. 51); de los contratistas "por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley" (art. 52); de los consorcios y uniones temporales "por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley" (art. 52); y de los consultores, interventores y asesores por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría (art. 53).

<sup>6</sup> La Sección Tercera se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema: 9 de marzo de 2000. Exp: 17.333. Consejera Ponente: Dra: María Elena Giraldo Gómez; 6 de marzo de 2003. Exp: 12.510. Consejero Ponente: Dr. German Rodríguez Villamizar; 3 de noviembre de 2003. Exp: 24.432. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>7</sup> Publicada en el Diario Oficial 43.335 el 8 de julio de 1998.

<sup>8</sup> El artículo 163 de la Ley 446 de 1998, sobre derogatorias y vigencias, señala que dicha ley entraría a regir desde el día de su publicación.



c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años, siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley 'Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia'.

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento".

La Sección Tercera<sup>9</sup> se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema y en la actualidad se tiene jurisprudencialmente averiguado, de manera pacífica, reiterada y uniforme, que el término de caducidad establecido en la Ley 446 de 1998 resulta aplicable cuando las conductas contractuales hubieren ocurrido con posterioridad a su entrada en vigencia. En otras palabras, el término de "prescripción" de 20 años previsto en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, se aplicaría respecto de conductas antijurídicas contractuales que hubieren acaecido en vigencia de esa norma. En efecto, mediante providencia del 4 de diciembre de 2006, la Sala adoptó la posición mayoritaria sobre el tema:

*"Dada esa evolución normativa, resulta importante definir, para casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, cuál es el término de caducidad aplicable ante la entrada en vigencia de una nueva regulación cuando la misma sobreviene, por ejemplo, a la celebración del correspondiente contrato, a su terminación o al incumplimiento del mismo.*

*Para definir el asunto esta Corporación ha acudido a diferentes criterios, que igualmente comportan diversas consecuencias y conclusiones.*

<sup>9</sup> Pueden consultarse las siguientes providencias: 9 de marzo de 2000. Exp: 17.333; 13 de diciembre de 2001. Exp: 21.301; 22 de julio de 2002. Exp. 22.431; 23 de enero de 2003. Exp: 22.113; 6 de noviembre de 2003. Exp. 24.432.



Así, mediante providencia de febrero 14 de 2002<sup>10</sup>, la Sala estimó que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 153 de 1887, según el cual cuando no se hubiere completado aun el tiempo de prescripción iniciado bajo una ley y se promulgare otra que lo modifique, corresponderá al prescribiente escoger la norma que habrá de regir la situación fáctica concreta<sup>11</sup>, criterio que igualmente fue acogido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mediante la sentencia S-262.

Posteriormente la Sección Tercera, de conformidad con lo expuesto en la providencia de mayo 27 de 2004<sup>12</sup>, decidió apartarse de esa solución por considerar que la norma legal invocada no resultaba realmente aplicable al caso en estudio, toda vez que la misma hace referencia a un fenómeno diferente al de la caducidad de la acción, como lo es el de la prescripción adquisitiva.

En otras oportunidades, al considerar que las normas relativas a la caducidad de las acciones son de carácter sustancial, se ha concluido que la norma aplicable debería ser la contenida en el inciso primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1.887, por cuya virtud 'En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración'.

(... ) Como ya se indicó, esa tesis se apoya en el supuesto de que las normas referentes al término de caducidad de las acciones son de carácter sustancial, planteamiento que no coincide actualmente con el criterio mayoritario de la Sala, pues se estima que otorgarle un alcance excesivamente amplio al derecho de acción, como se hace para justificar dicha postura, paradójicamente llevaría a concluir que todas las normas procesales, en cuanto guardan relación, directa o indirecta, con el mencionado derecho, necesariamente serían de naturaleza sustancial.

Por el contrario, estima ahora la Sala que las normas relativas a la caducidad son de carácter procesal, como lo son todas las disposiciones que en la jurisdicción regulan cómo, cuándo, dónde y ante quién se ha de acudir para lograr la protección judicial que permita o asegure la realización efectiva de los derechos consagrados en las normas sustanciales; lo anterior al punto de que, precisamente, el aspecto de la caducidad debe examinarse dentro de los 'presupuestos procesales' e incluso en caso de verificar su ocurrencia, desde antes del inicio del proceso, se impone el rechazo de la demanda, de plano (artículo 143 C.C.A.).

(...) Como resulta apenas natural, se impone precisar entonces que la acción contractual podrá ejercerse a partir del momento en que se reúnan las condiciones, se configuren las circunstancias o exigencias o se hayan reunido los presupuestos requeridos en cada caso para solicitar de la jurisdicción un pronunciamiento acerca de las pretensiones correspondientes. Así, por ejemplo, para deprecar la nulidad del contrato -que supone un juicio sobre su validez-, será indispensable que el mismo se haya celebrado; cuando se persiga la declaratoria de incumplimiento del contrato será necesario que se hubiere configurado la

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente: 13.238. Consejera Ponente: Dra. Maria Elena Giraldo Gómez.

<sup>11</sup> Así reza el texto del artículo 41 de la Ley 153 de 1887:

"ARTÍCULO 41. La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir."

<sup>12</sup> Sección Tercera. Auto del 27 de mayo de 2004. Expediente: 24.371. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



*desatención del contenido obligatorio del vínculo, etc.*<sup>13</sup>

## 7. Caso concreto.

Como se dijo, la Sala confirmará el auto apelado, en consideración a que el incumplimiento del trámite de la conciliación prejudicial da lugar al rechazo de plano de la demanda y, revisado el expediente, se observa que el señor Luis Alfonso García Florez no presentó solicitud alguna para convocar a la parte demandada a la audiencia de conciliación extrajudicial obligatoria.

En todo caso, se observa que en el evento en el cual el actor hubiera tramitado la conciliación prejudicial obligatoria, la misma se habría rechazado por caducidad de la acción, toda vez que los hechos antijurídicos imputados a la parte demandada tuvieron lugar en los meses de noviembre y diciembre de 2004.

Entonces, es dable concluir que en el presente caso el término de caducidad aplicable será el vigente al momento de los presuntos hechos antijurídicos imputados en la demanda a ECOPETROL los cuales, según la demanda, ocurrieron entre los meses de noviembre y diciembre de 2004.

No le asiste razón al recurrente cuando afirma que se debe aplicar el término previsto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, por cuanto los hechos antijurídicos imputados a la demandada acaecieron con posterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993 y luego de la expedición y entrada en vigencia de las normas de caducidad previstas en la Ley 446 de 1998, disposiciones estas que incluso ya se encontraban vigentes para el momento mismo de la celebración del correspondiente contrato – 11 de agosto de 2004 – al cual se entienden incorporadas de conformidad con los dictados del artículo 38 de la Ley 153 de 1887<sup>14</sup>.

Como la demanda se presentó el 22 de julio de 2009, es evidente que para ese entonces la acción ya había caducado.

<sup>13</sup> Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente: 15.239.

<sup>14</sup> "ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

1º) Las leyes concierne al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2º) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción (sic) será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

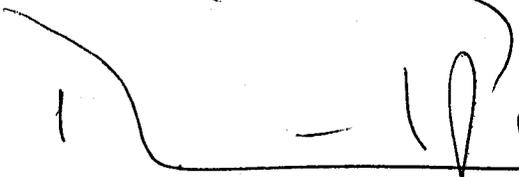


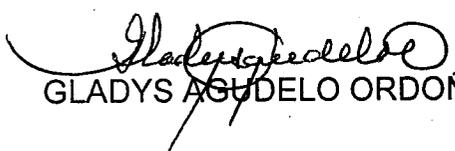
Por lo expuesto, se

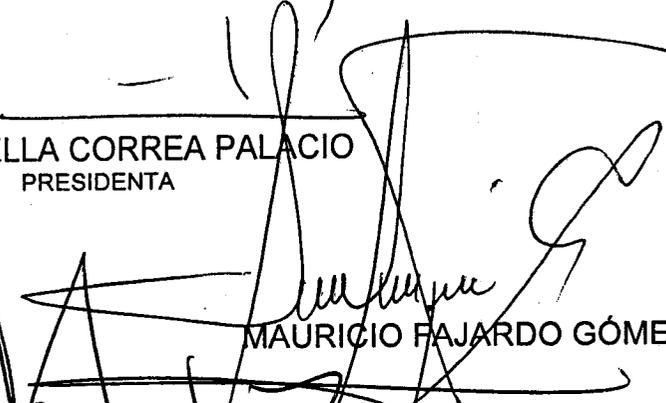
**RESUELVE**

**CONFIRMAR** el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión el 14 de agosto de 2009.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE.**

  
RUTH STELLA CORREA PALACIO  
PRESIDENTA

  
GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

  
MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

  
ENRIQUE GIL BOTERO