
La prescripción extintiva y el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública^{*-**}

» CAMILO HOYOS HOYOS^{***}

RESUMEN. Esta investigación analiza la aplicabilidad y el funcionamiento de la prescripción extintiva en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al Estatuto General

^{*} Fecha de recepción: 30 de junio de 2024. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2025.

Para citar el artículo: Hoyos, C., “La prescripción extintiva y el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 49, julio-diciembre 2025, 251-281. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.49.08>.

^{**} El artículo es producto del trabajo de investigación realizado para optar al título de magíster en la maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea de la Universidad Externado de Colombia.

^{***} Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Bogotá, Colombia; profesional Especializado Grado 33. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; profesor de la especialización en contratación estatal. Magíster en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: camilohoyos07@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-7007-7953>.

de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), teniendo en cuenta las normas de derecho privado y de derecho público aplicables a este tipo de seguro, así como la diferencia entre el seguro de cumplimiento de contratos de derecho privado y el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP relativa a la efectividad del seguro.

PALABRAS CLAVE: prescripción extintiva, derecho de acción, contrato de seguro, derecho a la prestación asegurada, seguro de cumplimiento, siniestro, suspensión, interrupción, renuncia, falsa motivación.

The Statute of Limitations and the Right to Be Paid the Indemnity in the Surety Insurance of State Contracts Governed by the General Statute of Public Administration Contracting

ABSTRACT. This research analyzes the applicability and operation of the statute of limitations in regards to the right to be paid the indemnity in the surety insurance of State contracts governed by the General Statute of Public Administration Contracting (GSPAC), taking into account the rules of private law and public law applicable to this type of insurance, as well as the difference between the surety insurance of private law contracts and the surety insurance of state contracts governed by the GSPAC regarding the effectiveness of the insurance.

KEYWORDS: statute of limitations, right of action, insurance contract, right to be paid the indemnity, surety insurance, insured event, suspension, interruption, renunciation, false motivation.

SUMARIO: Introducción. I. El derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: una acción derivada del contrato de seguro y, por lo tanto, objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co. II. El funcionamiento de la prescripción en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: un aspecto orientado por el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano. Conclusiones. Referencias.

Introducción

A partir de su aparición en el tráfico jurídico colombiano –mediante la expedición de la Ley 225 de 1938–, el seguro de cumplimiento se ha posicionado como una importante y accesible garantía. Según cifras de la Federación de Aseguradores

Colombianos (FASECOLDA)¹, solo en el año 2022 fueron emitidas 10.258.339 pólizas de esta clase. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, EGCAP) no es ajeno a la existencia de esta garantía.

Si bien distintas normas del EGCAP y el derecho público son aplicables al seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP –como los artículos 2.2.1.2.3.2.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015–, en la medida en que la institución del contrato de seguro se encuentra desarrollada en el derecho privado, es pacífico que, salvo norma específica, son las disposiciones de este último las que deben gobernar el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP².

Quizás una de las disposiciones más relevantes del contrato de seguro en sus distintas modalidades –incluyendo, por supuesto, el seguro de cumplimiento– es aquella que consagra la denominada “prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”, contenida en el artículo 1081 c. co.

Ahora bien, la aplicabilidad y el funcionamiento de esta prescripción extintiva en relación con el derecho a la prestación asegurada³ en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP –aspectos no desarrollados por el EGCAP y el derecho público– plantean varios interrogantes, máxime si se tiene en cuenta, por un lado, que a este tipo de seguro resultan aplicables normas de derecho privado y de derecho público; y, por otro, la diferencia entre el seguro de cumplimiento de contratos de derecho privado y el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP relativa a la efectividad del seguro. En efecto, como es bien sabido, en el seguro de cumplimiento de contratos de derecho privado, de conformidad con el inciso primero del artículo 1077 c. co., “[c]orresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida [...]”. En este supuesto, la obligación de la aseguradora de pagar la prestación asegurada se hará exigible transcurrido un mes desde que el asegurado haya satisfecho su carga de acreditar –judicial o extrajudicialmente– la ocurrencia del siniestro y su cuantía, en los términos del inciso primero del artículo 1080 c. co. En el EGCAP, en cambio, la situación es distinta. El inciso cuarto del artículo 7.º

1 Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda), *Estadísticas del ramo* [en línea], disponible en: <https://fasecolda.com/ramos/cumplimiento/estadisticas-del-ramo/> [consultado el 30 de octubre de 2023].

2 Zornoza Prieto, H. E., “Comentarios a la garantía única de cumplimiento y al régimen de los intermediarios de seguros en las nuevas normas sobre contratación estatal”, en Benavides, J. L. y Santofimio, J. O. (comps.), *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 373-374; Mejía Martínez, C., “Seguro de cumplimiento de contratos estatales: reflexiones sobre el tratamiento legal y jurisprudencial”, en Araújo Oñate, R. (ed. acad.), *Estudios de derecho público. Liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, t. II, Bogotá, Universidad del Rosario, 2020, 296.

3 También denominado derecho al pago del siniestro o derecho a la indemnización.

de la Ley 1150 de 2007 dispone que “[e]l acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”. Corresponde a la respectiva entidad estatal asegurada adelantar previamente el procedimiento administrativo contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011^[4], como resultado del cual es posible, con observancia del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”.

Los interrogantes a que se hace referencia tienen que ver con dos temas. Por un lado, con si el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP corresponde a una acción derivada del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, en consideración a que de la lectura del artículo 1081 c. co. se desprende que el objeto de la prescripción allí prevista son “las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”. Por otro lado, con el funcionamiento de la prescripción extintiva en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP. En efecto, mientras que la prescripción extintiva es una figura desarrollada en el derecho privado, la cual, entre otras características, requiere de la intervención del aparato jurisdiccional para producir sus efectos, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP el derecho a la prestación asegurada se hace efectivo al margen del proceso, mediante el ejercicio de una facultad unilateral regida por disposiciones de derecho público.

Estos son los problemas de los cuales surgen los objetivos de esta investigación, que miran a establecer que el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP es una acción derivada del contrato de seguro, objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co., y que el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano orienta el funcionamiento de la prescripción en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP.

Para resolver el primer problema y alcanzar el primer objetivo propuesto, es necesario comprender el concepto moderno de acción, lo que sin duda requiere un

4 Con todo y que, en casos en los que ha estudiado demandas en contra de actos administrativos de efectividad de los amparos de estabilidad y calidad de la obra y de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, proferidos antes de la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Consejo de Estado ha considerado que, dado que aquellos “no tiene[n] carácter sancionatorio”, su expedición “no requiere del agotamiento de un procedimiento administrativo previo”. Véanse, entre otras decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la sentencia de la Subsección B del 26 de agosto de 2019, rad. 44.170, y la sentencia de la Subsección C del 24 de enero de 2024, rad. 53.674.

estudio dogmático de esta figura en la doctrina del derecho procesal. Este ejercicio arrojará como resultado que el concepto actual de acción –cuya construcción es el fruto de una larga evolución doctrinal iniciada con posterioridad a la elaboración del Código Civil– es de naturaleza procesal y que, por ende, las acciones objeto de la prescripción extintiva a que hace referencia el Código Civil –al igual que el Código de Comercio– no responden a este concepto de corte procesal. Lo anterior conducirá a realizar un análisis histórico, con el fin de determinar a qué se refirieron los codificadores del siglo XIX –entre ellos, Bello– cuando indicaron que las *acciones* son objeto de la prescripción extintiva. Culminado el punto recién descrito, se podrá establecer, dogmáticamente, qué es una acción derivada del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, y contestar si el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP corresponde a una acción derivada del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen. En relación con esto último, será menester distinguir conceptualmente el derecho en cuestión de la facultad unilateral de las entidades estatales sometidas al EGCAP de hacerlo efectivo, la cual, como ya se indicó, se ejerce mediante el procedimiento administrativo contractual desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Superado el punto anterior, para solucionar el segundo problema y lograr el segundo objetivo propuesto, se partirá de una premisa ya enunciada: en la medida en que la institución del contrato de seguro se encuentra desarrollada en el derecho privado, salvo norma específica, son las disposiciones de este último las que deben gobernar el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP. Con la anterior premisa en mente, resulta posible interpretar, sistemática y teleológicamente, por un lado, distintos aspectos relacionados con el contrato de seguro y la prescripción extintiva –a saber, los conceptos de prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria y los puntos de partida de sus respectivos términos, el concepto de siniestro, los conceptos de suspensión e interrupción (natural o civil) de y renuncia (expresa o tácita) a la prescripción extintiva, y el funcionamiento de la extinción de derechos subjetivos por prescripción–; y, por otro lado, las normas de derecho público aplicables al seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, con el fin de establecer el funcionamiento de la prescripción extintiva en relación con el derecho objeto de estudio.

I. El derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: una acción derivada del contrato de seguro y, por lo tanto, objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co.

A. El concepto de acción objeto de la prescripción extintiva

El artículo 1081 c. co. establece que el objeto de la prescripción allí prevista son “las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que

lo rigen”. Ahora bien, del régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano –desarrollado en el Título XLI del Libro Cuarto del Código Civil– no se desprende que sean solo las *acciones* el objeto de esta figura. En efecto, allí se define la prescripción como un modo “de extinguir las acciones o *derechos ajenos*” (art. 2512, cursivas fuera de texto), pero también se hace referencia a la prescripción “que extingue las acciones y *derechos ajenos*” (art. 2535, cursivas fuera de texto) y a la prescripción “que extingue las *acciones ajenas*” (art. 2539, cursivas fuera de texto). Así, como lo pone de presente Ramírez Arcila⁵: “En el primero y en el último caso, podría decirse que cuando en el Código se habla de acción, se la equipara al derecho material; pero en el segundo caso no cabría la misma explicación, pues allí se les utilizan como voces diferentes, todo lo cual indica que el uso de tales palabras en el Código no obedece a un criterio técnico jurídico, sino a un traspaso mecánico de una terminología inadecuada”.

No debe sorprender entonces que la doctrina se haya cuestionado acerca del objeto de la prescripción extintiva⁶. En este punto de discusión existen tres posiciones: una según la cual los *derechos* son el único objeto de la prescripción extintiva⁷; otra de acuerdo con la cual las *acciones* son el único objeto de la prescripción extintiva⁸; y una tercera según la cual tanto los *derechos* como las *acciones* son objeto de la prescripción extintiva⁹. A pesar de lo diferentes que resultan estas posiciones doctrinales, todas tienen en común que no parten de una reflexión previa y explícita sobre los conceptos de *acción* y *derecho*, ni sobre sus relaciones entre sí, sino que presuponen, implícitamente, que existe una distinción entre las *acciones* y los *derechos*.

En contraposición a las anteriores posturas, en este estudio el autor procederá a hacer la correspondiente delimitación conceptual, y por ello estima que para hallar el objeto de la prescripción extintiva es necesario, previamente, establecer qué es una acción o, más concretamente, en qué consisten las acciones a que hace referencia el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano. Se

-
- 5 Ramírez Arcila, C., *Teoría de la acción*, Bogotá, Temis, 1969, 43-44.
 - 6 Savigny, F. C. v., *Traité de droit romain*, t. v (traducido del alemán al francés por M. Ch. Guenoux), 2.^a ed., París, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie., 1858, 376.
 - 7 Asociación Henri Capitant, *Vocabulario jurídico*, J. Restrepo y J. Guerrero (trads.), Bogotá, Temis, 1995, s.v. “prescripción extintiva”, 677. En ese mismo sentido, Breccia, U.; Bigliazzi Geri, L.; Natoli, U. y Busnelli, F. D., *Derecho civil*, vol. I, t. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*, F. Hinestrosa (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, 487.
 - 8 Castro de Cifuentes, M., “La prescripción extintiva (liberatoria)”, en Castro de Cifuentes, M. (coord.), *Derecho de las obligaciones*, vol. II, t. II, Bogotá, Universidad de los Andes-Temis, 2010, 347. En ese mismo sentido, González Gómez, E., *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1981, 257.
 - 9 Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 64; Pérez Vives, A., *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, t. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, revisado y actualizado por A. Tamayo Lombana, 4.^a ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2012, 471; Bandrac, M., *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, París, Economica, 1986, 223.

trata de una tarea nada sencilla si se tienen en cuenta, como lo pone de presente Ramírez Arcila¹⁰, “la multiplicidad de significados que al mismo vocablo asigna la literatura jurídica” y “la trayectoria que ha sido preciso recorrer para llegar a un concepto depurado de la acción”. En efecto, si en la actualidad se pregunta a cualquier abogado por su entendimiento acerca del concepto de acción, lo más probable es que su respuesta se aproxime, en mayor o menor medida, a una noción de derecho subjetivo, de carácter público, a poner en movimiento la administración de justicia. En esta línea, Devis Echandía define la acción como el “derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona, natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia y a través de un proceso, con el fin (que es de interés público general) de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar de los derechos o relaciones jurídico-materiales, consagrados en el derecho objetivo, que pretende tener quien la ejerce (o la defensa de un interés colectivo, cuando se trata de una acción pública)”¹¹⁻¹².

Como puede leerse en la manualística sobre la teoría general del proceso¹³, este concepto de acción, que para efectos didácticos se denominará *acción en sentido procesal*, es el resultado de una extensa evolución cuya génesis la doctrina no duda en ubicar en la famosa polémica sostenida por Windscheid y Muther entre los años 1856 y 1857; esto es, con posterioridad a la promulgación, en 1855, del código civil preparado por Bello para la República de Chile, y que más adelante fue adoptado por los Estados Unidos de Colombia mediante la Ley 84 de 1873. De esta manera, a ojos de quien escribe resulta palmario que la *acción en sentido procesal* no es objeto de la prescripción extintiva, pues la elaboración del concepto de acción en sentido procesal es posterior a la redacción del código civil, que es el cuerpo normativo en donde se encuentra desarrollado el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano.

Despejado el punto precedente, afirmamos, de la mano de Ramírez Arcila¹⁴, que “[l]os redactores de nuestro Código Civil, como todos los que siguieron la influencia del Código francés”, adoptaron “la terminología de la acción romana”.

10 Ramírez Arcila, C., *Teoría de la acción*, cit., 7-10. Allí se presentan por lo menos una docena de concepciones de la acción.

11 Devis Echandía, H., *Nociones generales de derecho procesal civil*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2009, 217-218.

12 Otros procesalistas proponen definiciones similares a la de Devis Echandía: Couture, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, 57; Ramírez Arcila, C., *Teoría de la acción*, cit., 164; López Blanco, H. F., *Código general del proceso. Parte general*, Bogotá, Dupré, 2016, 317.

13 Ramírez Arcila, C., *Teoría de la acción*, cit., 62-64; López Blanco, H. F., *Código general del proceso*, cit., 309-310; Quintero, B. y Prieto, E., *Teoría general del derecho procesal*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2008, 307-310; Azula Camacho, J., *Manual de derecho procesal*, t. 1, *Teoría general del proceso*, 10.ª ed., Bogotá, Temis, 2010, 115-116.

14 Ramírez Arcila, C., *Teoría de la acción*, cit., 43.

En efecto, como lo enseña Couture¹⁵, antes de la polémica Windscheid-Muther, “[s]iguiendo la huella del derecho romano, la doctrina consideró tradicionalmente que la acción y el derecho eran una misma cosa. Se llegó a decir que la acción era el derecho en movimiento, o el derecho elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra”¹⁶. Así, para el autor es claro que en las fuentes del derecho romano –concretamente en las de derecho clásico¹⁷– se encuentra el concepto de acción objeto de la prescripción extintiva.

En el *Corpus Iuris Civilis*¹⁸ justiniano aparece la siguiente definición de acción que se atribuye a Celso¹⁹: “La acción no es más que el derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno”. En similar sentido, Bello²⁰ –además de redactor del código civil, estudioso del derecho romano– define la acción en los siguientes términos: “La acción en cuanto a derecho pertenece a las cosas incorporales i puede definirse *jus persequendi in iudicio quo nobis debatur*: en cuanto al medio de perseguir nuestro derecho, que es como aquí la consideramos, podemos definirla *medium legitimum persequendi in iudicio jura nostra*”. Este concepto de *acción en sentido material* –una suerte de simbiosis entre el derecho subjetivo en sí y el derecho de acción en sentido procesal, esto es, el derecho a poner en movimiento la administración de justicia– también puede verse reflejado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana. A manera de ejemplo, en sentencia del 23 de junio de 1952²¹ –proferida a escasos meses de que el Gobierno Nacional encomendara a una comisión el estudio de un proyecto de código de comercio²²– se indica: “la acción es también el derecho que se tiene de perseguir otro derecho: *jus persequendi iudicio quod nobis debetur aut quod nostrum est*”²³.

Así las cosas, en relación con el objeto de la prescripción extintiva en el derecho privado colombiano, quien escribe estima que, teniendo en cuenta que el

15 Couture, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., 62-63.

16 En ese mismo sentido, Devis Echandía, H., *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, 175; López Blanco, H. F., *Código general del proceso*, cit., 309; Quintero, B. y Prieto, E., *Teoría general del derecho procesal*, cit., 306; y Azula Camacho, J., *Manual de derecho procesal*, cit., 113.

17 Arangio-Ruiz, V., *Las acciones en el derecho privado romano*, F. Gutiérrez-Alviz (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, 60, cit. por Ramírez Arcila, C., *Teoría de la acción*, cit., 38-39.

18 D. 44.7.51.

19 González de Cancino, E. (comp.), *Derecho romano II. Obligaciones – fuentes. Recopilación*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 15.

20 Bello, A., *Instituciones de derecho romano*, 2.ª ed., Santiago de Chile, Librería Central de Augusto Raymond, 1871, 182-183 (se mantiene la ortografía original).

21 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1952, LXXII, 473.

22 Gueter, I. (coord.), *50 años del código de comercio*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá-Tirant lo Blanch, 2021, 13.

23 En ese mismo sentido, Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de noviembre de 1935, XLII, 621.

concepto de acción en sentido material devino superfluo como consecuencia del surgimiento del concepto de acción en sentido procesal, puede afirmarse, como lo hace Demolombe²⁴, que en el código civil se encuentran “las palabras *derechos* y *acciones* empleadas algunas veces la una por la otra, y muy a menudo inclusive la una con la otra, como sinónimos, [incurriendo en] un pleonismo evidente”.

B. El concepto de acción derivada del contrato de seguro y el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP como una de sus especies, objeto de la prescripción extintiva

Si –como recién se explicó– el código civil –y, por contera, el derecho privado colombiano– incurre en un pleonismo cuando indica que la prescripción es un modo de extinción de “acciones y derechos ajenos”, en nuestra opinión ello quiere decir que el objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co. no es la acción en sentido procesal, sino que lo son, en realidad, los derechos subjetivos “que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”. Sin embargo, esto no despeja el sentido de la disposición, pues, como bien lo pone de presente Escobar Rozas:

Si preguntamos a cualquier persona –incluso con conocimientos jurídicos– sobre qué cosa es un derecho subjetivo, lo más probable es que no obtengamos respuesta alguna o que la que se nos dé no sea del todo satisfactoria. Empero, si pedimos a cualquier persona que nos dé un ejemplo de derecho subjetivo, lo más factible es que obtengamos no uno sino varios ejemplos. Y es que si bien el concepto de derecho subjetivo puede ser desconocido, la existencia de aquello que el mismo representa es algo que en la mente de las personas se encuentra como indudable²⁵.

En similar sentido, Hohfeld²⁶ apunta: “Uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a ‘derechos’ (subjetivos) y ‘deberes’, y de que estas últimas categorías son, por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados”.

24 Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, IX, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. 1, 4.^a ed., París, Auguste Durand Libraire y L. Hachette et. Cie. Libraires, 1870, 193 (trad. libre).

25 Escobar Rozas, F., “El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura”, *Ius et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 9, n.º 16, 1998, 280.

26 Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, G. R. Carrió (trad.), Buenos Aires, Fontamara, 1991, 47.

La pregunta que surge entonces es si el –así denominado por el código de comercio– *derecho* a la prestación asegurada (inc. 1 art. 1039 y art. 1076), al pago del siniestro (inc. 2 art. 1078) o a la indemnización (art. 1097) corresponde realmente a un derecho subjetivo. Al respecto, Ossa señala que un

[e]l elemento esencial del seguro, según el art. 1045 (ord. 4.º) del Código de Comercio, es la “obligación condicional del asegurador”, a falta de la cual el contrato no produce efecto alguno (id., inc. final), “es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial” (id., art. 897) o simplemente “inexistente” (art. 898, inc. 2.º). [...] El objeto de la obligación es “el pago del siniestro”, según las luces del art. 1080 del Código de Comercio. Expresión genérica –y en tal forma inteligible– que la ley bien hubiera podido sustituir por la más ajustada a derecho e igualmente comprensiva de “el pago de la prestación asegurada”, vale decir, “el pago de la indemnización [...]”²⁷.

Estimamos que la doctrina ofrece definiciones a partir de las cuales resulta posible concluir que el denominado por el código de comercio *derecho a la prestación asegurada* es, efectivamente, un derecho subjetivo derivado “del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”. Hohfeld, quien con mayor acierto ha estudiado las posiciones activas y pasivas que se pueden ocupar en una relación jurídica, ilumina el panorama al precisar:

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra “derecho” (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el “deber” correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable²⁸.

A partir de lo explicado por Ossa, y de la mano de la relevante precisión de Hohfeld acerca de la nota distintiva de los derechos subjetivos en sentido estricto²⁹, resulta posible concluir que el derecho a la prestación asegurada es, efectivamente, como su nombre mismo lo indica, un derecho subjetivo; y más específicamente, que forma parte de un tipo de derechos subjetivos que se denominan créditos³⁰.

27 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, t. II, *El contrato*, Bogotá, Temis, 1984, 388 y 393.

28 Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., 52.

29 Estos derechos subjetivos en sentido estricto también pueden denominarse *pretensiones*; véase *ibid.*, 53; así como Guastini, R., *La sintaxis del derecho*, A. Núñez Vaquero (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2016, 94.

30 Larenz los define en los siguientes términos: “[s]on derechos frente a una persona determinada en orden a una prestación que aquélla ha de realizar al titular. Es característico de ellos, por

Alcanzado este punto, a efectos de delimitar específicamente el objeto de la prescripción extintiva que aquí se estudia y descartar que se trate de una competencia administrativa gobernada exclusivamente por normas de derecho público, el autor estima conveniente distinguir el derecho subjetivo a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP de la facultad unilateral de las entidades estatales de hacerlo efectivo mediante el procedimiento administrativo contractual desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Mientras que aquel corresponde, como ya se explicó, a un derecho subjetivo en sentido estricto, esta consiste en lo que la doctrina ha convenido en llamar *potestad o poder*³¹. En palabras de Guastini:

Poder es sencillamente la capacidad jurídica –esto es, conferida por el derecho objetivo– de modificar la situación jurídica propia o de terceros, es decir, la capacidad de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos (“derechos” en uno u otro de los varios sentidos que estamos examinando, incluido este mismo). Las pretensiones tienen como correlativo obligaciones; los poderes, por el contrario, tienen como correlativo no una obligación sino una “sujeción”. Sujeción a un poder es la posibilidad de padecer una modificación de la propia situación jurídica a manos de terceros³²⁻³³.

Si el derecho a la prestación asegurada es un derecho subjetivo “que se deriv[a] del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”, en nuestra opinión de allí se sigue que es objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co. Esta conclusión se ve reafirmada por Ossa³⁴ –a quien la doctrina califica de *ad alid* del artículo 1081 c. co.³⁵– en el capítulo de su teoría general del seguro dedicado a

tanto, el estar dirigidos contra una determinada persona obligada, el deudor, y, de otra parte, el hallarse dirigidos hacia un objetivo, la prestación que se ha de realizar”. Larenz, K., *Derecho civil. Parte general*, M. Izquierdo y Macías-Picavea (trad.), Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, 279.

31 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2000, rad. 12.723: “La entidad contratante, como autoridad administrativa [...] es titular de deberes, privilegios y potestades que le otorga el ordenamiento positivo, para asegurar la realización del interés público. Dentro de aquellos está el de proferir decisiones unilaterales mediante las cuales hace efectivos derechos derivados de la ley sin necesidad de acudir al juez administrativo y sin perjuicio de que el particular los controvierta por vía gubernativa o ante el juez del contrato. Tal potestad se presenta en desarrollo del privilegio de la decisión previa y de la ejecución de oficio que caracteriza la expresión de voluntad del Estado o de los particulares en ejercicio de función administrativa. Consiste en la facultad de proferir actos jurídicos con el objeto de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin tener que asistir al juez para ello”.

32 Guastini, R., *La sintaxis del derecho*, cit., 94-95.

33 En similar sentido, Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., 72; Larenz, K., *Derecho civil*, cit., 265.

34 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 444.

35 Hineostroza, F., *La prescripción extintiva*, cit., 121.

la prescripción. Luego de precisar que “la prescripción versa sobre todas las acciones a que el contrato de seguro da origen”, el autor se refiere a las *acciones* que se derivan del contrato de seguro, y trae como ejemplo “[l]a acción del asegurado en procura de la prestación asegurada (art. 1080) cuyo pago constituye la principal obligación del asegurador”. Consideramos que lo afirmado no varía cuando se trata del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP³⁶, en la medida en que, como ya lo ha establecido la jurisprudencia³⁷, “[s]alvo los casos expresamente señalados en la ley, [...] todas las acciones son susceptibles de prescripción extintiva”³⁸, y no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano que convierta el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP en un derecho imprescriptible. En otras palabras, el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP es una acción derivada del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co.

II. El funcionamiento de la prescripción en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: un aspecto orientado por el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano

A. El incumplimiento imputable al contratista afianzado, por un lado, y el conocimiento de dicho incumplimiento o el momento en que debió haberse conocido por la entidad estatal asegurada, por el otro: puntos de partida de los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP

Señala el artículo 1081 c. co. que la “prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o

36 Actualmente, y por lo menos desde 1991 –con la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 7 de mayo de 1991, rad. R-087–, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo entiende, de manera pacífica, que “las entidades que son beneficiarias de contratos de seguro y tienen la facultad de declarar la ocurrencia de siniestros mediante actos administrativos, deben hacerlo dentro del término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio”. Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, rad. 47.166. En ese mismo sentido, entre muchas otras decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, véanse las sentencias del 22 de abril de 2009, rad. 14.667; de la Subsección C del 29 de julio de 2015, rad. 38.602; de la Subsección A del 24 de abril de 2020, rad. 64.154; de la Subsección B del 1.º de marzo de 2023, rads. 57.276 y 67.240.

37 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de febrero de 1955, LXXIX, 525.

38 En idéntico sentido se pronuncia la doctrina: véase Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, cit., 38-39.

extraordinaria”; que 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”; y que 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”³⁹.

Teniendo presente que interesados son “quienes derivan un derecho o una obligación del contrato de seguro”⁴⁰⁻⁴¹, que cuando el inciso tercero del artículo 1081 c. co. “dice que la prescripción extraordinaria corre ‘contra *toda clase de personas*’, a no otras puede referirse que a *los interesados* en el contrato”⁴²⁻⁴³, y que ambas prescripciones pueden correr simultáneamente y “la que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo”⁴⁴⁻⁴⁵, Ossa explica lo siguiente acerca del hecho que da base a la acción y el nacimiento del respectivo derecho en relación con las *acciones* relativas a la prestación asegurada:

Si se tiene en cuenta que el siniestro es “la realización del riesgo asegurado” (C. de Co., art. 1072) y que esta “da origen a la obligación del asegurador” (art. 1054), no hay duda [de] que *el siniestro* es, al mismo tiempo, el “hecho que da base a la acción” del asegurado o beneficiario para hacer efectiva la prestación asegurada

39 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 441.

40 *Ibid.*, 447.

41 En el mismo sentido, López Blanco, H. F., *Comentarios al contrato de seguro*, 5.ª ed., Bogotá, Dupré, 2010, 289.

42 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 447.

43 En el mismo sentido, véase Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de julio de 1977, CLV, 152: “Por ‘interesado’ debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 1047 son el tomador, el asegurado el beneficiario y el asegurador. Estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera”.

44 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 443.

45 En el mismo sentido, Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de junio de 2007, rad. 11001-31-03-009-1998-04690-01: “En punto de su operancia, propio es notar que las dos formas de prescripción son independientes, amén que autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, y que adquiere materialización jurídica la primera de ellas que se configure”. Y véanse Suescún Melo, J., “Comentarios sobre algunos aspectos de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”, en *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2003, 619; Robledo Vallejo, L., “La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia” [en línea], *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 24, n.º 42, 2015, 95, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/13307> [consultado el 20 de marzo de 2024]; Bedoya Chavarriaga, J. C., “La prescripción extintiva en el contrato de seguro: una aproximación a su incidencia y configuración en el ordenamiento jurídico colombiano” [en línea], *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 29, n.º 53, 2020, 188, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/32300> [consultado el 20 de marzo de 2024].

y la fuente directa o inmediata de este derecho. Y, con estas premisas, el término (dos años) de la prescripción ordinaria empieza a correr contra aquellos desde el día en que hayan tenido o debido tener conocimiento del siniestro [...] En cuanto a la prescripción extraordinaria, ella irrumpe desde el día mismo del siniestro⁴⁶⁻⁴⁷.

Así, si el siniestro es, al mismo tiempo, el hecho que da base a la acción y la fuente del derecho a la prestación asegurada, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿cuál es o en qué consiste el siniestro en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP? En relación con este punto de discusión existen dos posiciones: una según la cual “el siniestro, si se trata de un seguro de cumplimiento, está constituido por el incumplimiento”⁴⁸⁻⁴⁹, y otra según la cual el siniestro es “un hecho –el incumplimiento– más el acto administrativo que expide la entidad estatal declarando la ocurrencia del riesgo asegurado (incumplimiento)”⁵⁰⁻⁵¹. La discusión que viene de mencionarse está influenciada, además, por el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.

De acuerdo con el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad sería “constitutiva del siniestro de incumplimiento”. Ello implicaría, sin más, que los términos de prescripción solo empezarían a correr a partir de la expedición o la firmeza del mencionado acto administrativo o, en otras palabras, que no sería posible que la prescripción extintiva empezara a correr desde el incumplimiento, sino exclusivamente desde la expedición o la firmeza de un acto administrativo. Con todo, estimamos que cuando el inciso cuarto del artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 estableció, de manera general, que “[e]l acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad

46 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 459.

47 En idéntico sentido, Jaramillo J., C. I., “La prescripción en el contrato de seguro. Tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal”, en *Derecho de seguros. Estudios y escritos jurídicos*, t. IV, *Teoría general del contrato y análisis de algunos seguros en particular*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana–Temis, 2013, 67; Ordóñez Ordóñez, A. E., *Lecciones de derecho de seguros*, n.º 2, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 49; Galindo Cubides, H., *El seguro de fianza. Garantía única de cumplimiento*, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2011, 258.

48 Ordóñez Ordóñez, A. E., *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, 55.

49 En el mismo sentido, Mejía Martínez, C., “Vicisitudes del seguro de cumplimiento”, en Aramburo Calle, M. (coord. acad.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, t. II, Medellín, Díké, 2011, 1057.

50 Cohecha León, C. A., *Teoría general del contrato estatal y régimen de declaración de siniestros*, Bogotá, Ibáñez, 2016, 192.

51 En similar sentido, Galindo Cubides, H., *El seguro de fianza*, cit., 182; Mendoza Vargas, J. K. y García Echeverri, C., *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*, Bogotá, Leyer, 2009, 186; Narváez Bonnet, J. E., *El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana–Ibáñez, 2011, 459.

pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”, derogó orgánicamente el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los términos del artículo 3.º de la Ley 153 de 1887. Así las cosas, a nuestro juicio, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, la declaratoria de caducidad no es “constitutiva del siniestro de incumplimiento”, y todos los actos administrativos mediante los cuales se hacen efectivos los seguros de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, como lo indica el inciso cuarto del artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007, únicamente declaran el “acaecimiento del siniestro”.

Por otro lado, en relación con el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 –cuyos numerales 1 y 2 establecen eventos en los que un acto administrativo “constituye el siniestro”–, podría pensarse que se está ante una norma contraria al inciso cuarto del artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 pero que, en todo caso, según lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA), se presume legal mientras no haya sido anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, consideramos que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 es manifiestamente ilegal, por contrariar lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 acerca de la naturaleza exclusivamente declarativa de los actos administrativos mediante los cuales se hacen efectivos los seguros de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, así como por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República⁵², y que la ilegalidad aquí puesta de manifiesto podría dar lugar a la aplicación ante los jueces de la excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 148 CPACA.

Hechas las anteriores precisiones, es posible afirmar que, si el siniestro es –según las voces del artículo 1072 c. co.– “la realización del riesgo asegurado”, y el riesgo es, a su turno –en los términos del artículo 1054 c. co.–, “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”⁵³, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, concebido por el artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 como una garantía “para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato”, el siniestro consiste en el incumplimiento

52 El artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 facultó al Presidente de la República exclusivamente para señalar “las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales” (inciso segundo); “los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato” (inciso tercero); y los demás contratos en los cuales “[l]as garantías no serán obligatorias” (inciso quinto).

53 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 391.

imputable al contratista afianzado⁵⁴ –más exactamente, en el incumplimiento que causa perjuicios o da lugar a la efectividad de las multas o la cláusula penal pactadas en el contrato–.

Por consiguiente, como en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP el siniestro consiste en el incumplimiento imputable al contratista afianzado, en esa medida, concluimos que la ocurrencia del incumplimiento, por un lado, y su conocimiento o el momento en que dicho incumplimiento debió haberse conocido por la entidad estatal asegurada⁵⁵⁻⁵⁶, por otro, son los puntos de partida de los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada.

B. Los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: lapsos susceptibles de ser interrumpidos (natural o civilmente) hasta tanto no se hayan consolidado

El artículo 2512 c. c. define la prescripción extintiva como un modo de “extinguir las acciones o derechos ajenos”, por “no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”, de donde se desprende, en nuestra opinión, que la inactividad continua del titular de un derecho subjetivo es el requisito esencial de este tipo de prescripción⁵⁷. Por regla general, antes de su consolidación, los términos de prescripción extintiva

54 En idéntico sentido, Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de marzo de 2023, rad. 57.101: “[A]quel [el siniestro] se configura desde el momento en el que acaece el hecho externo de la sustracción del contratista asegurado a la debida honra de las obligaciones amparadas, con independencia del régimen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza”. Véase, en sentido contrario, Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 32.301: “resulta necesario distinguir la norma aplicable al contrato, de lo cual dependerá el carácter del acto administrativo, bien sea constitutivo o declarativo del siniestro”.

55 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1.º de marzo de 2023, rad. 57.276: “una entidad estatal [...] tiene a su cargo la vigilancia y control de la ejecución del contrato, posición en virtud de la cual le es exigible enterarse acerca de los hechos que pueden servir de sustento para la efectividad de los amparos otorgados en su favor”.

56 En similar sentido, Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, rad. 14.667: “[C]abe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro”. Véase, en sentido contrario, Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 32.301: “se insiste en la importancia de distinguir si el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del riesgo es, o no, constitutivo del siniestro, toda vez que en el evento de que sí lo sea, el plazo para la prescripción correrá a partir de ese momento y, en el evento de que no lo sea [...], este término correrá desde que se tenga conocimiento del incumplimiento y no desde su declaratoria”.

57 En este sentido, Savigny, F. C. v., *Traité de droit romain*, cit., 320-321; Hinestrosa, F., *Tratado de*

son susceptibles de experimentar los fenómenos de interrupción y suspensión, de conformidad, respectivamente, con los artículos 2539 y 2541 c. c.

En relación con el concepto de *suspensión* de la prescripción extintiva, Velásquez Gómez⁵⁸ afirma que este consiste en “la parálisis del término de la prescripción por la existencia de un hecho que evita que continúe transcurriendo; pero que una vez desaparecido, permite que siga corriendo sin que se pierda el tiempo que logró correr”⁵⁹. Como lo explica Bonivento Jiménez:

[E]l artículo 2541 del Código Civil dispone que: “*La prescripción que extingue las obligaciones se suspende a favor de las personas enumeradas en el número 1.º del artículo 2530*”, remisión que en lo formal no resulta afortunada por cuenta de la reforma, en la Ley 791 de 2002, del citado artículo 2530, que a diferencia de su texto anterior ya no tiene *número 1.º*, ni cabe la referencia al actual inciso primero, que por su contenido para nada se acompasa con el tratamiento integral del asunto; pero más allá de esta discordancia formal, nos parece que no tiene discusión que la remisión del artículo 2541 hay que entenderla efectuada a favor de las personas mencionadas en el otrora *número 1.º* del precepto 2530, esto es, “*Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría*”⁶⁰⁻⁶¹⁻⁶².

La *interrupción* de la prescripción extintiva, por su parte, según enseña Pérez Vives⁶³, “supone que la prescripción comenzó a correr, pero queda cortada en un momento dado la cadena de tiempo necesaria para que se opere el fenómeno, [...] siendo menester que comience a correr de nuevo a partir del hecho que operó la interrupción, por la totalidad del tiempo, tal como si anteriormente no hubiera transcurrido un solo día en el camino de la prescripción”⁶⁴. En materia de interrupción de la prescripción extintiva, señala el artículo 2539 c. c. que la “prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente”; que se “interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el

las obligaciones, t. 1, *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 831.

58 Velásquez Gómez, H. D., *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2013, 1334.

59 En el mismo sentido, Castro de Cifuentes, M., “La prescripción extintiva (liberatoria)”, cit., 338.

60 Bonivento Jiménez, J. A., *Obligaciones*, Bogotá, Legis, 2017, 486.

61 En idéntico sentido, Cubides Camacho, J., *Obligaciones*, 7.ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2012, 468.

62 Véase, en sentido contrario, Velásquez Gómez, H. D., *Estudio sobre obligaciones*, cit., 1334; Castro de Cifuentes, M., “La prescripción extintiva (liberatoria)”, cit., 339.

63 Pérez Vives, A., *Teoría general de las obligaciones*, cit., 476.

64 En el mismo sentido, Ospina Fernández, G., *Régimen general de las obligaciones*, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 2014, 472.

deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente”; y que se “interrumpe civilmente por la demanda judicial”⁶⁵.

El inciso final del artículo 94 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso (en adelante, CGP), establece una forma adicional de interrupción civil de la prescripción extintiva. Al tenor de la norma: “El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”. Sanabria Santos explica, en relación con el funcionamiento de esta forma de interrupción de la prescripción extintiva:

[N]o es necesario que en el requerimiento se haga expresa mención de que el acreedor no solo está buscando el pago de la obligación, sino que además aquel tiene como propósito interrumpir extrajudicialmente la prescripción, exigencia que trae a colación la doctrina nacional. Estimamos que basta solo con el requerimiento de pago o exigencia de cumplimiento de la obligación para que se produzca la interrupción extrajudicial, pues la ley no trajo esta exigencia, y al fin y al cabo, cuando el acreedor solicita a su deudor que pague lo que debe, está ejerciendo su derecho de crédito y, por ende, genera la interrupción de la prescripción⁶⁶⁻⁶⁷⁻⁶⁸.

Es posible afirmar, aplicando lo expuesto a los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, en primer lugar, que en la medida en que no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano que así lo establezca⁶⁹, y comoquiera que, según el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano, la prescripción no se suspende en favor de las entidades estatales, mientras que se adelanta el procedimiento administrativo contractual desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 los términos de prescripción siguen corriendo; en segundo lugar, que los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada son susceptibles de ser interrumpidos, natural o civilmente; y en tercer lugar, que la citación a que hace referencia la letra a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –en la cual únicamente se hace “mención expresa y detallada de los hechos que la soportan” y se enuncian “las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la

65 Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones*, cit., 855.

66 Sanabria Santos, H., *Derecho procesal civil general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, 504-505.

67 En similar sentido, Jaramillo J., C. I., “La prescripción en el contrato de seguro”, cit., 182.

68 Véanse, en sentido contrario, Álvarez Gómez, M. A., *Ensayos sobre el código general del proceso*, vol. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana–Temis, 2014, 65-66; Bedoya Chavarriaga, J. C., “La prescripción extintiva en el contrato de seguro”, cit., 199.

69 En este sentido, Cubides Camacho, J., *Obligaciones*, cit., 467-468; Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones*, cit., 849-850.

actuación”— no tiene la virtualidad de interrumpir civilmente los términos de prescripción, pues no corresponde a un requerimiento en los términos del inciso final del artículo 94 CGP, como sí puede entenderse, en cambio, la firmeza⁷⁰⁻⁷¹ de la “resolución motivada” referida en la letra c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante la cual la respectiva entidad estatal decide imponer “la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento”⁷².

Así, estimamos que el hecho de que el acto administrativo mediante el cual una entidad estatal haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP adquiera firmeza —acto administrativo en el cual se encuentran determinados los sujetos de la obligación y su monto— no es nada distinto a la concreción de una manifestación de voluntad por medio de la cual se requiere el pago de la prestación asegurada y, por lo tanto, corresponde al “requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor” a que hace referencia el inciso final del artículo 94 CGP, cuyo efecto consiste en interrumpir civilmente los términos de prescripción de las *acciones* que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen que venían corriendo.

C. La prescripción extintiva del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: un “*contraderecho*”⁷³ susceptible de ser renunciado (expresa o tácitamente) hasta tanto no haya sido declarada por una autoridad jurisdiccional la extinción por prescripción del derecho

En los términos del inciso primero del artículo 2513 c. c., “[e]l que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”. Así, como lo pone de presente Hinestrosa⁷⁴, “como quiera que el efecto extintivo no se produce automáticamente con la expiración del término de ley, sino que es indispensable que el interesado la oponga y el juez la declare, [...] se agrega que

70 De conformidad con la primera parte del artículo 89 CPACA, “[s]alvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato”.

71 Véase, en sentido contrario, Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2012, rad. 19.519: “[E]l acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del siniestro en ejercicio de la potestad administrativa no requiere quedar en firme dentro de los dos años a los cuales se refiere la norma en cita [art. 1081 c. co.]; basta con que se haya proferido y notificado el acto principal dentro de ese plazo”.

72 En este mismo sentido, Mejía Martínez, C., “Seguro de cumplimiento de contratos estatales”, cit., 302.

73 El concepto es tomado de Larenz, quien define los “*contraderechos*” como “aquellos derechos que hacen posible al titular neutralizar en cierta medida un derecho de otra persona dirigido contra aquél, privando a ese derecho total o parcialmente de su eficacia”. Larenz, K., *Derecho civil*, cit., 291.

74 Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones*, cit., 840.

la prescripción tiene eficacia ‘solo mediante el mecanismo de la alegación de la excepción’”⁷⁵. El mismo autor explica “la complejidad del supuesto de hecho de la figura, por lo demás, de formación sucesiva”:

[S]e insinúa el decurso del tiempo, en la medida normativamente señalada, como el factor sobresaliente, pero sin que por sí solo tenga relevancia suficiente para completar la figura y determinar la extinción del derecho. Adicionalmente están unidas a él, pudiera decirse que como elementos catalizadores, así mismo indispensables, sendas abstenciones continuadas: la del titular de la pretensión, en lo que respecta al ejercicio de ella, y la del deudor o, más ampliamente, la del sujeto legitimado para recibir la demanda, en cuanto al reconocimiento del derecho ajeno. Luego, en orden cronológico, se encuentra la invocación o alegación del derecho (excepción) por el sujeto favorecido con la eventual pérdida del derecho, requisito final, pero absolutamente indispensable para que se configure la prescripción. O sea que el efecto extintivo, propio de esta, depende inexorablemente de la decisión de dicha persona de incorporar esa ventaja a su haber y del ejercicio oportuno e idóneo de tal derecho. Y a la postre viene la decisión judicial de acogimiento de la solicitud de declarar la prescripción, que mediante la verificación de cada uno de los elementos del respectivo *factum* normativo produce efecto constitutivo⁷⁶⁻⁷⁷.

De esta manera, es comprensible que el inciso primero del artículo 2514 c. c. establezca que la prescripción “puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero solo después de cumplida”. Estando claro, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 2536 c. c., que una vez “renunciada una prescripción comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”, Velásquez Gómez⁷⁸ explica la forma en que se produce el fenómeno de la renuncia a la prescripción extintiva en los siguientes términos: “La renuncia puede hacerse de manera explícita, que es la expresa, o por la conducta realizada, que es la tácita [...] La renuncia puede, pues, hacerse de manera explícita, cuando el deudor por acto expreso reconoce la existencia de la deuda; o de manera tácita, cuando ejecuta actos que muestran inequívocamente que reconoce la obligación”⁷⁹.

75 En el mismo sentido, Castro de Cifuentes, M., “La prescripción extintiva (liberatoria)”, cit., 324-325; Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de marzo de 1957, LXXXIV, 392.

76 Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, cit., 88.

77 Estas características diferencian la prescripción extintiva de la caducidad, que Hinestrosa califica, citando a Josseland, como “una medida de policía jurídica [que] cae como el golpe de una guillotina”, pues sus “efectos deletéreos se producen automática, inexorable y definitivamente, por el solo transcurso del tiempo”. Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones*, cit., 884.

78 Velásquez Gómez, H. D., *Estudio sobre obligaciones*, cit., 1311-1312.

79 En similar sentido, Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, t. II, 5.ª ed., Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2008, 1195-1196; Cubides Camacho, J., *Obligaciones*, cit., 464-465; Bonivento

En la medida en que, como lo afirma Ossa⁸⁰, “en la interpretación del art[ículo] 1081 del Código de Comercio [...] [n]o [...] pueden perderse de vista los principios generales que rigen la prescripción en el derecho civil”, consideramos que, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, la prescripción extintiva del derecho a la prestación asegurada también es susceptible de ser renunciada (expresa o tácitamente) hasta tanto no haya sido declarada por una autoridad jurisdiccional la extinción por prescripción del derecho.

En punto específico de la renuncia tácita a la prescripción extintiva, ha de tenerse en cuenta lo manifestado por Velásquez Gómez⁸¹: “¿Podrá renunciarse por conducta concluyente? No es procedente una respuesta general. A veces el deudor ejerce una conducta que en sí misma no constituye oposición al reconocimiento del crédito, pero lo hace motivado por circunstancias particulares, que *le exigen* tal reconocimiento, debiéndose considerar que no es un acto propio de renuncia [...], por lo que el sano equilibrio manda estudiar los hechos de cada caso”. Así, estimamos que el no haberse alegado la prescripción extintiva en el marco del procedimiento administrativo contractual desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, o la realización del pago ordenado mediante un acto administrativo que haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP son hechos que, *per se*, no pueden ser considerados como formas de renunciar tácitamente a la prescripción extintiva.

Guardar silencio en la oportunidad para presentar descargos es una conducta procesal que las aseguradoras pueden legítimamente asumir, de la cual, en nuestra opinión, no se desprende inequívocamente el reconocimiento del derecho de las entidades estatales a la prestación asegurada. Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 1077 c. co. establece, como carga de las compañías de seguros, la de “demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”⁸², carga que puede ser satisfecha de muchas maneras, inclusive absteniéndose de alegar la prescripción extintiva. Por consiguiente, en el marco del procedimiento administrativo contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, solo podría entenderse que el hecho de no haber alegado la prescripción extintiva corresponde a una renuncia tácita a ella cuando de la conducta de la aseguradora se extraiga que efectivamente reconoció el derecho de la entidad estatal a la prestación asegurada; verbigracia, cuando únicamente se limitó a discutir la cuantía del siniestro.

Jiménez, J. A., *Obligaciones*, cit., 487-488; Ospina Fernández, G., *Régimen general de las obligaciones*, cit., 478-479.

80 Ossa G., J. E., *Teoría general del seguro*, cit., 443.

81 Velásquez Gómez, H. D., *Estudio sobre obligaciones*, cit., 1312.

82 Ordóñez Ordóñez, A. E., *Lecciones de derecho de seguros*, n.º 3, *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 118.

En relación con la realización del pago ordenado mediante un acto administrativo que haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP, como lo señala Zornoza Prieto⁸³, ante la expedición de un acto administrativo de esta naturaleza “lo procedente es el pago o la ejecución de la deuda sin perjuicio de la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho contra el mencionado acto y las demás alternativas procesales, dependiendo de la decisión”⁸⁴. Así, consideramos, en línea con la autora en cita, que, antes de que haya vencido el término de caducidad para acudir ante el juez del contrato a debatir la validez del acto administrativo, un pago como el descrito no puede ser considerado como una forma de renunciar tácitamente a la prescripción extintiva.

Por último, debe anotarse que, según el inciso segundo del artículo 2513 c. c., la prescripción extintiva puede ser alegada “por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella”⁸⁵. En nuestra opinión, esto quiere decir que, al no existir ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano que restrinja la legitimación ampliada para alegar la prescripción, inclusive habiendo la compañía de seguros renunciado a la prescripción extintiva del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP, el afianzado podría alegarla⁸⁶.

D. La extinción por prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP: un evento de nulidad de actos administrativos por expedición mediante falsa motivación

Díaz-Granados Ortiz⁸⁷ explica que, según la posición de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conforme con la cual “las entidades que son beneficiarias de contratos de seguro y tienen la facultad de declarar la ocurrencia de siniestros mediante actos administrativos, deben hacerlo dentro del término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas

83 Zornoza Prieto, H. E., “Comentarios a la garantía única de cumplimiento y al régimen de los intermediarios de seguros en las nuevas normas sobre contratación estatal”, cit., 389.

84 No puede perderse de vista que un acto administrativo por medio del cual se hace efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP presta mérito ejecutivo para su cobro coactivo, de conformidad con el artículo 99 CPACA.

85 Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, cit., 73.

86 Es claro el interés del afianzado en que la prescripción extintiva del derecho a la prestación asegurada sea declarada, pues, de conformidad con el numeral 3 del artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, “[p]or el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios [...]”.

87 Díaz-Granados Ortiz, J. M., *Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Colombo, 1995, 88.

del contrato de seguro, previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio”⁸⁸, “la administración para expedir el acto que declara el siniestro se sujeta al término de dos años previsto en el art. 1081 del Código de Comercio. Si el acto se expide extemporáneamente, habrá acaecido ya la prescripción del derecho de la administración, siendo nulo el acto administrativo”⁸⁹.

En nuestra opinión, el entendimiento que viene de mencionarse podría dar lugar a pensar que un acto administrativo que haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP por fuera de los términos de prescripción previstos en el artículo 1081 c. co. estaría incurso en el vicio de nulidad de expedición sin competencia⁹⁰. Santofimio Gamboa⁹¹ explica cuándo se está ante el vicio de incompetencia *ratione temporis*, en los siguientes términos:

[S]e presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal⁹². Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

La discusión no es trivial, ni mucho menos obedece a razones exclusivamente taxonómicas. Como lo pone de presente Betancur Jaramillo⁹³, “[d]e todas las formas de ilegalidad es [la incompetencia] la más grave, por cuanto los agentes públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados; vale decir, que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites de los textos que les fijan sus atribuciones [...] El carácter anotado permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado

88 *Supra* nota 36.

89 En similar sentido, Mejía Martínez, C., “Seguro de cumplimiento de contratos estatales: reflexiones sobre el tratamiento legal y jurisprudencial”, cit., 292-293; Ordóñez Ordóñez, A. E., *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*, cit., 99-106; Narváez Bonnet, J. E., *El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones*, cit., 513-514; Mendoza Vargas, J. K. y García Echeverri, C., *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*, cit., 215-220; Suescún Melo, J., “Comentarios sobre algunos aspectos de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”, cit., 649-650.

90 En este sentido, Mejía Martínez, C., “Seguro de cumplimiento de contratos estatales”, cit., 295.

91 Santofimio Gamboa, J. O., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 374.

92 Galindo Vácha, J. C., *Lecciones de derecho procesal administrativo*, vol. 1, 2.ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, 306: “La competencia *ratione temporis* será el marco cronológico o temporal, fijado entre un inicio y un fin, dentro del cual la autoridad administrativa deberá ejecutar los actos o ejercitar sus actividades”.

93 Betancur Jaramillo, C., *Derecho procesal administrativo. Ley 1437 de 2011*, 8.ª ed., Medellín, Señal, 2013, 291.

como apoyo de su petición”⁹⁴⁻⁹⁵. Estimamos que la solución a este interrogante pasa por comprender, como bien lo afirma Hinestrosa, que

dentro del sistema normativo universal el transcurso del tiempo sin su aducción o reconocimiento, por sí solo, no implica la pérdida (o el desfallecimiento) del derecho. De la inercia del titular de la pretensión surge para la otra parte (deudor) el derecho de negar la obligación y rehusarse al deber de prestación, o sin más rodeos, de invocar la prescripción extintiva. Según esta postura, al cumplimiento del término no se daría la prescripción, sino apenas la “prescriptibilidad” o “idoneidad de la relación para experimentar la vicisitud extintiva sólo cuando se oponga la correspondiente excepción” [...] Ahora bien, esos efectos extintivos se retrodatan al momento en que se cumplió el término respectivo. O sea que no se remiten a la iniciación del cómputo, como tampoco se retrasan hasta la alegación de la prescripción y menos se posponen hasta su declaración judicial⁹⁶.

Si la prescripción únicamente produce sus efectos extintivos retroactivos cuando es alegada y acogida por el juez —es decir, cuando es oportunamente invocada en un proceso “por vía de acción o por vía de excepción” y declarada por el juez, en los términos del artículo 2513 del Código Civil—, ello implica, en criterio de quien escribe, que, una vez declarada la extinción por prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP, desaparece una de las circunstancias jurídicas que da lugar a hacer efectivo el seguro, con lo que se afecta el elemento causal del acto administrativo⁹⁷ y se configura el vicio de nulidad de expedición mediante falsa motivación⁹⁸. Por

94 En idéntico sentido, Palacio Hincapié, J. A., *Derecho procesal administrativo*, 11.ª ed., Medellín, Sánchez R., 2021, 362-363.

95 Entre muchas otras decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, véanse las sentencia del 11 de mayo de 1999, rad. 10.196; del 29 de agosto de 2007, rad. 15.324; de la Subsección B del 20 de febrero de 2014, rad. 28.206, y de la Subsección C del 28 de junio de 2019, rad. 42.326.

96 Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, cit., 98-99 y 201.

97 Galindo Vácha, J. C., *Lecciones de derecho procesal administrativo*, cit., 320: “la causa de los actos administrativos está constituida por las circunstancias de hecho y de derecho que conducen a la administración pública a determinada actuación, esto es su motivación, que se expresará, en el cuerpo mismo de los actos administrativos, en las ocasiones previstas por la ley. Se trata, entonces, de las razones por las cuales la autoridad administrativa actúa, por las que en determinado caso dicta un acto administrativo, siendo ellas tanto de índole fáctico como jurídico [sic]”.

98 Santofimio Gamboa, J. O., *Tratado de derecho administrativo*, cit., 400-401: “La falsa motivación o falsedad en la causa del acto administrativo [...] se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública”. Y véase, asimismo, Palacio Hincapié, J. A., *Derecho procesal administrativo*, cit., 365-366: “[La falsa motivación es] un vicio que invalida el acto administrativo cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que en el acto se aducen como

consiguiente, puede afirmarse que un acto administrativo que haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP por fuera de los términos de prescripción previstos en el artículo 1081 c. co. estaría incurso en el vicio de nulidad de expedición mediante falsa motivación.

Conclusiones

A la luz de lo expuesto en esta investigación, es posible extraer varias conclusiones:

- I. En lo atinente a la aplicabilidad de la prescripción extintiva en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP pudo evidenciarse lo siguiente:
 - a) El Código Civil –y, por contera, el derecho privado colombiano– incurre en un pleonasma cuando indica que la prescripción es un modo de extinción de “acciones y derechos ajenos”, lo que quiere decir que el objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co. son, en realidad, los derechos subjetivos “que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”.
 - b) El derecho a la prestación asegurada es, efectivamente, como su nombre mismo lo indica, un derecho subjetivo; más específicamente, un tipo de derecho subjetivo que se denomina crédito.
 - c) El derecho subjetivo a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP es distinto de la facultad unilateral de las entidades estatales de hacerlo efectivo mediante el procedimiento administrativo contractual desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 pues, mientras que aquel corresponde a un derecho subjetivo en sentido estricto, esta consiste en lo que la doctrina ha convenido en llamar *potestad* o *poder*.
 - d) El derecho a la prestación asegurada es un derecho subjetivo objeto de la prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 c. co., conclusión que no varía en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, en la medida en que no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano que convierta en un derecho imprescriptible el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP.

fundamento de la decisión [...] Los motivos son los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del acto, por lo cual podemos decir que los motivos están constituidos por todas las circunstancias que llevan a la Administración a expresar su voluntad y, por tanto, que la existencia real de esos motivos fundamenta la legalidad de la misma; habrá falsa motivación cuando hay ausencia real de los motivos expresados”.

II. Por otro lado, en lo que tiene que ver con el funcionamiento de la prescripción en relación con el derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP, se estableció que:

- a) En el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP el siniestro consiste en el incumplimiento imputable al contratista afianzado —más exactamente, en el incumplimiento que causa perjuicios o da lugar a la efectividad de las multas o la cláusula penal pactadas en el contrato— y, por consiguiente, la ocurrencia del incumplimiento, por un lado, y su conocimiento o el momento en que dicho incumplimiento debió haberse conocido por la entidad estatal asegurada, por otro, son los puntos de partida de los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada.
- b) En la medida en que no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano que así lo establezca, y que según el régimen de prescripción extintiva del derecho privado colombiano la prescripción no se suspende en favor de las entidades estatales, mientras que se adelanta el procedimiento administrativo contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP siguen corriendo.
- c) Los términos de prescripción del derecho a la prestación asegurada en el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP son susceptibles de ser interrumpidos, natural o civilmente.
- d) La citación a que hace referencia la letra a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no tiene la virtualidad de interrumpir civilmente los términos de prescripción, pues no corresponde a un requerimiento en los términos del inciso final del artículo 94 CGP, como sí puede entenderse, en cambio, la firmeza de la “resolución motivada” referida en la letra c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- e) En el seguro de cumplimiento de contratos estatales sometidos al EGCAP la prescripción extintiva del derecho a la prestación asegurada también es susceptible de ser renunciada (expresa o tácitamente) hasta tanto no haya sido declarada por una autoridad jurisdiccional la extinción por prescripción del derecho.
- f) El no haberse alegado la prescripción extintiva en el marco del procedimiento administrativo contractual desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, o la realización del pago ordenado mediante un acto administrativo que haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP, son hechos que, *per se*, no pueden ser considerados como formas de renunciar tácitamente a la prescripción extintiva.

- g) Al no existir ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano que restrinja la legitimación ampliada para alegar la prescripción, inclusive habiendo la compañía de seguros renunciado a la prescripción extintiva, el afianzado podría alegarla.
- h) Un acto administrativo que haya hecho efectivo el seguro de cumplimiento de un contrato estatal sometido al EGCAP por fuera de los términos de prescripción previstos en el artículo 1081 c. co. estaría incurso en el vicio de nulidad de expedición mediante falsa motivación.

Finalmente, en un estudio sobre la prescripción extintiva no pueden pasarse por alto las palabras de Hinestrosa⁹⁹, quien con bastante razón afirmó:

Muy lejos está la figura de haber alcanzado explicación, definición y tratamiento consolidados, definitivos –análogamente a lo que acontece con las más del derecho, en particular del privado, dada su mayor antigüedad y su modificación incesante, lo cual, por lo demás, fuera de ser un hecho demostrativo de la vitalidad y movilidad del derecho, justifica y alienta la reiteración del tratamiento de temas que pudieran considerarse agotados, y la búsqueda de nuevos aspectos y aristas, antiguos y modernos–.

La invitación, entonces, es a considerar la prescripción extintiva, no como un tema “clásico” o “agotado” sino, más bien, como la enseña Carnelutti¹⁰⁰, como “una especie de milagro por el cual el derecho se convierte en no derecho y viceversa”.

Referencias

Doctrina

- Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, t. II, 5.^a ed., Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2008.
- Álvarez Gómez, Marco Antonio, *Ensayos sobre el código general del proceso*, vol. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2014.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Las acciones en el derecho privado romano*, F. Gutiérrez-Alviz (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945.
- Asociación Henri Capitant, *Vocabulario jurídico*, J. Restrepo y J. Guerrero (trads.), Bogotá, Temis, 1995.
- Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal*, t. 1, *Teoría general del proceso*, 10.^a ed., Bogotá, Temis, 2010.
- Bandrac, Monique, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, París, Economica, 1986.

99 Hinestrosa, F., *La prescripción extintiva*, cit., 18.

100 Carnelutti, F., “Appunti sulla prescrizione”, *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, vol. 1, n.º 10, 1933, 32 (trad. libre).

- Bedoya Chavarriaga, Juan Camilo, “La prescripción extintiva en el contrato de seguro: una aproximación a su incidencia y configuración en el ordenamiento jurídico colombiano” [en línea], *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 29, n.º 53, 2020, 182-222, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberosseguros/article/view/32300> [consultado el 20 de marzo 2024].
- Bello, Andrés, *Instituciones de derecho romano*, 2.ª ed., Santiago de Chile, Librería Central de Augusto Raymond, 1871.
- Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho procesal administrativo. Ley 1437 de 2011*, 8.ª ed., Medellín, Señal, 2013.
- Bonivento Jiménez, José Armando, *Obligaciones*, Bogotá, Legis, 2017.
- Breccia, Umberto; Bigliazzi Geri, Lina; Natoli, Ugo y Busnelli, Francesco D., *Derecho civil*, vol. I, t. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*, F. Hinestrosa (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.
- Carnelutti, Francesco, “Appunti sulla prescrizione”, *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, vol. 1, n.º 10, 1933, 32-49.
- Castro de Cifuentes, Marcela, “La prescripción extintiva (liberatoria)”, en Castro de Cifuentes, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones*, vol. II, t. II, Bogotá, Universidad de los Andes–Temis, 2010, 319-357.
- Cohecha León, César Antonio, *Teoría general del contrato estatal y régimen de declaración de siniestros*, Bogotá, Ibáñez, 2016.
- Couture, Edurado J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958.
- Cubides Camacho, Jorge, *Obligaciones*, 7.ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2012.
- Demolombe, Charles, *Cours de Code Napoléon*, IX, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, 4.ª ed., París, Auguste Durand Libraire y L. Hachette et Cie. Libraires, 1870.
- Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2009.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3.ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997.
- Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel, *Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa*, Bogotá, Colombo, 1995.
- Escobar Rozas, Freddy, “El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura”, *Ius et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 9, n.º 16, 1998, 280-298.
- Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda), *Estadísticas del ramo* [en línea], disponible en: <https://fasecolda.com/ramos/cumplimiento/estadisticas-del-ramo/> [consultado el 30 de octubre de 2023].
- Galindo Cubides, Hernando, *El seguro de fianza. Garantía única de cumplimiento*, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2011.

- Galindo Vácha, Juan Carlos, *Lecciones de derecho procesal administrativo*, vol. I, 2.^a ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- González de Cancino, Emilssen (comp.), *Derecho romano II. Obligaciones – fuentes. Recopilación*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- González Gómez, Eudoro, *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1981.
- Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Á. Núñez Vaquero (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Gueter, Ingrid (coord.), *50 años del código de comercio*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá–Tirant lo Blanch, 2021.
- Hinestrosa, Fernando, *La prescripción extintiva*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, t. I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, G. R. Carrió (trad.), Buenos Aires, Fontamara, 1991.
- Jaramillo J., Carlos Ignacio, “La prescripción en el contrato de seguro. Tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal”, en *Derecho de seguros. Estudios y escritos jurídicos*, t. IV, *Teoría general del contrato y análisis de algunos seguros en particular*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana–Temis, 2013, 4-248.
- Larenz, Karl, *Derecho civil. Parte general*, M. Izquierdo y Macías-Picavea (trad.), Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- López Blanco, Hernán Fabio, *Código general del proceso. Parte general*, Bogotá, Dupré, 2016.
- López Blanco, Hernán Fabio, *Comentarios al contrato de seguro*, 5.^a ed., Bogotá, Dupré, 2010.
- Mejía Martínez, Carmenza, “Seguro de cumplimiento de contratos estatales: reflexiones sobre el tratamiento legal y jurisprudencial”, en Araújo Oñate, Rocío (ed. acad.), *Estudios de derecho público. Liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, t. II, Bogotá, Universidad del Rosario, 2020, 263-308.
- Mejía Martínez, Carmenza, “Vicisitudes del seguro de cumplimiento”, en Aramburo Calle, Maximiliano (coord. acad.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, t. II, Medellín, Díké, 2011, 1039-1076.
- Mendoza Vargas, Janne Karime y García Echeverri, Claudia, *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*, Bogotá, Leyer, 2009.
- Narváez Bonnet, Jorge Eduardo, *El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana–Ibáñez, 2011.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés E., *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés E., *Lecciones de derecho de seguros*, n.º 2, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

- Ordóñez Ordóñez, Andrés E., *Lecciones de derecho de seguros*, n.º 3, *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 2014.
- Ossa G., J. Efrén, *Teoría general del seguro*, t. II, *El contrato*, Bogotá, Temis, 1984.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel, *Derecho procesal administrativo*, 11.ª ed., Medellín, Sánchez R., 2021.
- Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, t. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, revisado y actualizado por A. Tamayo Lombana, 4.ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2012.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría general del derecho procesal*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2008.
- Ramírez Arcila, Carlos, *Teoría de la acción*, Bogotá, Temis, 1969.
- Robledo Vallejo, Laura, “La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia” [en línea], *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 24, n.º 42, 2015, 91-109, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/13307> [consultado el 20 de marzo de 2024].
- Sanabria Santos, Henry, *Derecho procesal civil general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Savigny, Friedrich Carl v., *Traité de droit romain*, t. V, M. Ch. Guenoux (trad.), 2.ª ed., París, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie., 1858.
- Suescún Melo, Jorge, “Comentarios sobre algunos aspectos de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”, en *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2003, 605-651.
- Velásquez Gómez, Hernán Darío, *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2013.
- Zornoza Prieto, Hilda Esperanza, “Comentarios a la garantía única de cumplimiento y al régimen de los intermediarios de seguros en las nuevas normas sobre contratación estatal”, en Benavides, José Luis y Santofimio, Jaime Orlando (comps.), *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 364-406.

Jurisprudencia

- Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de mayo de 1991, rad. R-087.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 1999, rad. 10.196.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2000, rad. 12.723.

- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, rad. 15.324.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, rad. 14.667.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2012, rad. 19.519.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, rad. 28.206.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 32.301.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de julio de 2015, rad. 38.602.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2019, rad. 42.326.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de agosto de 2019, rad. 44.170.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de abril de 2020, rad. 64.154.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, rad. 47.166.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1.º de marzo de 2023, rad. 57.276.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1.º de marzo de 2023, rad. 67.240.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de marzo de 2023, rad. 57.101.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de enero de 2024, rad. 53.674.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 1935, XLII, 610-626.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1952, LXXII, 468-474.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de febrero de 1955, LXXIX, 519-527.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de marzo de 1957, LXXXIV, 378-395.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de julio de 1977, CLV, 139-154.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de junio de 2007, rad. 11001-31-03-009-1998-04690-01.