**ACTOS ADMINISTRATIVOS – Presunción de legalidad - Obligación pura y simples es ejecutable de inmediato – Características del proceso ejecutivo**

Los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico y son ejecutables en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal. Es evidente que la inconformidad del administrado con este tipo de decisiones unilaterales de la administración debe plantearla ante el juez competente, para que se pronuncie sobre su legalidad o no y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio. Como consecuencia de dicho carácter, todo acto administrativo que imponga una obligación pura y simple es ejecutable en forma inmediata, lo que implica que la misma administración puede coercitivamente exigir el pago mediante un proceso de jurisdicción coactiva, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de acudir ante el juez (…) Es necesario distinguir las particularidades del proceso de ejecución, para no caer en confusión con los asuntos de conocimiento de los jueces: Los primeros solo están llamados a permitir, con garantía del derecho de defensa del deudor, la satisfacción de un derecho cierto y reconocido generalmente en un documento que proviene del deudor o, como en el presente caso, de una decisión ejecutoriada de la administración, de modo tal que en ellos no está en debate el derecho reclamado, sino la satisfacción de una obligación cierta y exigible. En los segundos, por su parte, los intervinientes se disputan un derecho sustancial o piden al juez que lo declare a favor de uno u otro, por lo que el código de procedimiento civil los ha recogido precisamente bajo el título de “procesos declarativos”, siendo que en estos sí existe propiamente un litigio, de modo tal que será por virtud de la sentencia que se reconozca o no lo pretendido y a quién (…) Esa diferenciación resulta fundamental en el caso que se define, en el que evidentemente no existió claridad frente a ese concepto, aún desde el momento mismo del decreto de una prueba manifiestamente impertinente, cual fue el dictamen pericial relativo a establecer si hubo o no incumplimiento, cuando el acto que así lo declaró no estaba en debate en este proceso, por tratarse precisamente de uno de ejecución.

**PLEITO PENDIENTE – Excepción – Improcedente – Proceso ejecutivo**

L]a excepción de pleito pendiente tampoco tiene vocación de prosperar, pues el proceso ordinario tenía sin duda un objeto diferente al que ahora se decide, por lo que nada impide que pudieran promoverse en forma simultánea, aunque las partes sean las mismas, siendo claro que no se trataba de la decisión del mismo asunto. Tal como quedó regulado en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, el hecho en el que puede fundarse dicha excepción, corresponde a la existencia de un litigio entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, siendo claro que en el asunto declarativo, se ventilaba la legalidad o no del título, cosa bien distinta al recaudo de la obligación que se pretende ahora sea satisfecha, de modo tal que no puede entenderse que los dos procesos versaban sobre idéntico objeto. Cosa distinta es que la decisión del proceso ejecutivo dependía de lo resuelto en el ordinario, lo que a voces del artículo 170 ibídem daba lugar a la suspensión del primero mientras se resolvía el segundo, tal como se hizo, pero no a la prosperidad de la excepción (…) lo cierto es que culminó con decisión adversa a las pretensiones del ejecutado, por lo que en nada afectó el proceso de ejecución, ni hay fundamento para la prosperidad de la referida excepción. Por ende, las excepciones propuestas no tienen vocación de prosperar, razón por la cual fue acertada la decisión impugnada al disponer seguir adelante con la ejecución como lo prevé el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, razón que impone su confirmación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13702-01(28885)**

**Actor: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA**

**Demandado: FINTRAD LIMITADA**

**Referencia: EJECUTIVO CONTRACTUAL**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra la sentencia de 10 de junio de 2004, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, ordenó seguir adelante con la ejecución.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La actora, fungiendo como entidad pública contratante, mediante acto administrativo, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en contra de su contratista. Ahora persigue el pago correspondiente.

1. **ANTECEDENTES**
2. **La demanda**

Mediante escrito presentado el 13 de marzo de 1997 ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Nación, representada por el Ministerio de Defensa Nacional, promovió demanda ejecutiva en contra de la firma Fintrad Ltda., con el fin de obtener que:

*Se libre mandamiento de pago, a favor de mi representado y en contra de FINTRAD LIMITADA, por las siguientes sumas de dinero:*

*1. Por la suma de NOVENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS ($98.276.850) MONEDA CORRIENTE, valor equivalente al diez por ciento (10%) del total del contrato No. 69 – CEITE/93, por los hechos expuestos por la parte motiva de las resoluciones administrativas No. 0580 de enero 27 de 1995 y 03075 de marzo 24 de 1995, proferidas por el señor Ministro de Defensa Nacional y de acuerdo a lo estipulado en el contrato administrativo No. 069-CEITE-93, suscrito el 02 de septiembre de 1993.*

*2. Por el valor de los intereses comerciales y moratorios que estimo de conformidad con el artículo 884 del C. de Co. vigentes desde el momento de ejecutoria de la resolución No. 03075 de marzo 24 de 1995, proferidas por el señor Ministro de Defensa Nacional y de acuerdo a lo estipulado en el contrato administrativo No. 069-CEITE-93, suscrito el 02 de septiembre de 1993.*

*3. Por el valor de las costas del respectivo proceso.*

Como fundamento de hecho de la demanda indicó que suscribió un contrato con la firma Fintrad Ltda., cuyo objeto fue la adquisición, por parte de la entidad pública, de 30.553 sacos de campaña para el Ejército Nacional y 947 unidades del mismo producto con destino a la Armada, por un valor total de $982.768.500. La contratista incumplió los compromisos relativos al suministro de los bienes adquiridos, pues no los entregó a satisfacción de la entidad, por lo cual, mediante resolución No. 0580 de 27 de enero de 1995, el Ministerio de Defensa declaró el incumplimiento del contrato y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en el equivalente al 10% del valor total del contrato.

El contratista interpuso recurso de reposición en contra de la referida resolución y fue resuelto por la entidad mediante la Resolución No. 03075 de 24 de marzo de 1995, en la que dispuso no reponer la decisión impugnada.

Las decisiones administrativas fueron notificadas al contratista, quien pese a ello no ha pagado el valor de la cláusula penal, por lo que se ejecuta la suma correspondiente al valor de la cláusula penal, al igual que los intereses causados a partir de su exigibilidad.

**2. Mandamiento de pago**

El 24 de abril de 1997 (fl. 19, c. 1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró mandamiento de pago a favor de la entidad pública ejecutante y en contra de Fintrad Ltda. en los siguientes términos:

*PRIMERO. Líbrase mandamiento de pago a favor del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, y en contra de la sociedad FINTRAD LTDA, por la suma de NOVENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS ($98.276.850). Se reconocen además los intereses causados desde la fecha en que la obligación se hace exigible, hasta el momento del pago, liquidados conforme lo dispone el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993.*

*SEGUNDO. La suma anterior deberá ser cancelada, por sociedad FINTRAD LTDA., dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia.*

**3. Oposición**

La sociedad Fintrad Ltda. contestó la demanda[[1]](#footnote-1) y negó haber incumplido sus obligaciones adquiridas en virtud el contrato No. 069-CEITE-93 y afirmó que impugnó las resoluciones que declararon el incumplimiento contractual ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Formuló las siguientes excepciones:

Inexistencia de la obligación. Por considerar que el contrato estatal que previó las presuntas obligaciones incumplidas 069-CEITE-93 no se perfeccionó y, en todo caso, el contratista cumplió con en tiempo con la entrega de los elementos vendidos.

Nulidad de la resoluciones 0580 y 03075. Dichos actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder.

Inaplicabilidad de la Ley 80 de 1993. El contrato suscrito entre las partes se rige por el Decreto 222 de 1983.

Pleito pendiente. Por razón de la demanda contractual por medio de la cual la firma FINTRAD pretende la anulación de las decisiones administrativas que sirven de título ejecutivo.

Nulidad del contrato 069-CEITE-93. Por cuanto contiene cláusulas excepcionales (caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral) que no podían establecerse en ese tipo de contrato, por lo que este es nulo.

Cobro de lo no debido. La aplicación de la cláusula penal pecuniaria carece de fundamento, por lo cual la ejecutada no debe al ejecutante las sumas reclamadas.

Por último, solicitó la suspensión del proceso ejecutivo mientras la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad de los actos administrativos esgrimidos como título ejecutivo en el presente caso.

**4. Pronunciamiento de la ejecutante frente a las excepciones**

En el término legal (fl. 62, c. 1), la ejecutante se pronunció sobre las excepciones formuladas por la ejecutada y cuestionó, por considerarla contradictoria, la afirmación de esta última de acuerdo con la cual aunque el contrato no se perfeccionó, sí entregó los elementos que constituían su objeto.

Indicó que sí existió el incumplimiento del contrato, por cuanto los elementos entregados no cumplían con las especificaciones necesarias de peso y resistencia y eran de inferior calidad a la muestra entregada con la oferta realizada por el contratista, tal como se demostró con la inspección pericial de los elementos por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje.

En cuanto a la presunta nulidad del título ejecutivo afirmó que este es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, por lo que no puede controvertirse dentro del proceso de ejecución. Agregó que el perfeccionamiento del contrato tampoco puede ser materia de debate en el presente asunto.

Por último, dijo que una vez notificado el acto que declaró el incumplimiento contractual, este es exigible y ejecutorio, por lo que la ejecutada sí adeuda las sumas cuyo pago se persigue.

**5. Trámite procesal ante el *a quo***

A instancia de la ejecutada, el Tribunal decretó la práctica de una prueba pericial tendiente a verificar las especificaciones de los elementos entregados por el contratista a la entidad. El resultado de la prueba pericial fue objetado por la ejecutante y la objeción resuelta en la sentencia, a favor del objetante.

**6. La sentencia apelada**

El 10 de junio de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B (fl. 201, c. ppal) declaró próspera la objeción al dictamen pericial presentado, desestimó las excepciones propuestas por el ejecutado y ordenó seguir adelante con la ejecución. Así lo dispuso:

*PRIMERO. Declárase la prosperidad de la objeción al dictamen pericial rendido por las peritos Natalia Díaz Quiros* (sic) *y Alexandra Sánchez Contreras.*

*SEGUNDO. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado de la parte ejecutada.*

*TERCERO. Siga adelante la ejecución contra el demandado.*

*CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, el ejecutante deberá presentar la liquidación específica del capital y de los intereses de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento de pago, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios (artículo 521 del C. de P.C.).*

*QUINTO. Se condena en costas a la parte demandada. Por la Secretaría de la Sección, tásense.*

En primer lugar, la sentencia se pronunció sobre la objeción al dictamen pericial de acuerdo con el cual los sacos de campaña entregados por la ejecutada cumplían con las especificaciones y requisitos del Ejército, según lo pactado en el contrato y *“están en buen estado y son aptos en todo sentido para ser utilizados por parte de los soldados”.*

La objeción por error grave se soportó en una prueba técnica a cargo de un laboratorio de pruebas y ensayos denominado Centro Tecnológico para las Industrias del Calzado, Cuero y Afines – CEINNOVA, que concluyó, luego de examinar los sacos de campaña, que estos tenían evidentes fallas en sus costuras y alta probabilidad de deterioro en el corto plazo.

Con fundamento en esta última prueba, el *a quo* consideró acreditado que los sacos de campaña entregados a la administración no cumplían con los estándares de calidad y confección requeridos en ese tipo de prendas, por lo cual declaró próspera la objeción del dictamen.

Seguidamente se pronunció sobre las excepciones formuladas y las desestimó, luego de considerar que no hubo prueba sobre la falta de perfeccionamiento del contrato y que de acuerdo a la evidencia técnica recaudada se demostró que la ejecutada incumplió sus obligaciones contractuales.

Indicó que los motivos expresados por la administración para declarar el incumplimiento contractual sí existieron y correspondían a la mala calidad de los elementos que le fueron entregados, por lo cual se imponía hacer efectiva la cláusula penal pactada. Agregó que no se demostró la desviación de poder, esto es, que la administración hubiera perseguido una finalidad distinta a la satisfacción del interés general.

Dijo que la excepción de pleito pendiente no podía prosperar, por cuanto el proceso ordinario que cursaba entre las parte fue decidido en forma desfavorable al ejecutado, según dijo haberlo verificado internamente el Tribunal.

Indicó que el Decreto 222 de 1983 era la norma aplicable al contrato y que este previó la posibilidad de incluir cláusulas como la de caducidad y la penal pecuniaria. Como le fue impuesta esta última, es claro que el ejecutado sí debe lo reclamado por el ejecutante.

**7. El recurso**

Dentro del término legal, la ejecutada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó el 9 de noviembre de 2004 (fl. 224, c. ppal), así:

Insistió en que entregó a la contratante los productos objeto del contrato, según las cantidades contratadas. Por su parte, los pliegos de condiciones no preveían las pruebas a las que serían sometidas las prendas, ni la resistencia exigida para las telas, ni existía una norma técnica para los sacos de campaña, al tiempo que a la oferta fueron acompañadas las muestras del producto ofrecido, que pudieron ser verificadas por la entidad contratante.

Luego de la adjudicación tampoco se le informó al contratista que los productos debían tener determinadas especificaciones de resistencia, ni se previó en el contrato que su aceptación quedaba condicionada a determinados ensayos o pruebas.

Afirmó que los sacos de campaña materia del contrato fueron embarcados a nombre del Ministerio ejecutante con más de dos meses de anticipación al vencimiento del plazo de entrega y puestos a su disposición el día 16 de junio de 1994, siendo la entidad la que se abstuvo de recibirlos por cuanto presuntamente presentaban una resistencia menor a la requerida, afirmación frente a la que no tuvo oportunidad de defenderse la contratista.

En efecto, lo que ocurrió fue que el Ministerio demandado exigió condiciones que no se habían pactado previamente, ni estaban contenidas en la oferta, ni menos aún en el contrato. Además, los sacos entregados cumplieron con todas las características técnicas estipuladas en el contrato.

Indicó que el Ministerio de Defensa le adeuda la suma de $491.384.250, correspondientes al 50% del valor del contrato 069, con sus correspondientes intereses y que esa firma nada adeuda al ente público.

Cuestionó la forma en que fue resuelta la objeción contra el dictamen pericial practicado en el curso del proceso, por cuanto consideró que se trató de un trabajo serio, profesional y realizado sobre muestras aleatorias de los sacos entregados; pese a ello, la prueba fue desconocida por el Tribunal.

**8. Alegatos de conclusión**

En la oportunidad procesal prevista para el efecto, la ejecutada (fl. 243, c. ppal) solicitó que se tenga en cuenta lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

La ejecutante, por su parte (fl. 244 y s.s. c. ppal), insistió en la idoneidad de la prueba técnica practicada por CEINNOVA para establecer las imperfecciones de los sacos de campaña entregados y el incumplimiento de las especificaciones de la norma técnica militar. Por último, reiteró su pronunciamiento sobre las excepciones de mérito formuladas por la ejecutada.

El Ministerio Público guardó silencio.

**9. Trámite procesal en segunda instancia**

Estando el expediente para decidir de fondo sobre el recurso de apelación, mediante auto de 3 de agosto de 2006 se dispuso la suspensión del presente proceso hasta tanto se definiera el proceso ordinario en el que se demandó la nulidad de las resoluciones que sirven de título a la ejecución (fl. 259, c. ppal). Luego de ello, nada informaron las partes sobre la decisión de dicho asunto; sin embargo, verificado el sistema de información de procesos de la Rama Judicial (Siglo XXI), se encontró que dicho asunto fue resuelto en forma definitiva mediante sentencia de 24 de marzo de 2011, por medio de la cual se confirmó la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda[[2]](#footnote-2).

1. **CONSIDERACIONES**

**1. Jurisidcción y competencia**

El asunto corresponde a esta jurisdicción por virtud de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que le asignó la atirbución para conocer, entre otros asuntos, de los procesos de ejecución derivados de contratos estatales.

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la naturaleza del asunto y su cuantía, por cuanto se trata de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal Administrativo; a su vez, el Tribunal era competente para conocer del asunto en primera instancia, pues la demanda se presentó antes de la expedición de las Leyes 446 de 1998 y 954 de 2005. Así, la vocación de doble instancia del asunto deviene de su cuantía, que en vigencia del Decreto 597 de 1988, norma aplicable al caso, asignaba en primera instancia a los tribunales los asuntos relativos a contratos[[3]](#footnote-3) cuya cuantía excedía la suma de $13.460.000[[4]](#footnote-4), mientras que el monto de la ejecución asciende a $98.276.850.

**2. Acción procedente y título ejecutivo**

La acción, tal como fue ejercida, es la procedente para exigir el pago de la suma que la ejecutada adeuda a la ejecutante por virtud de lo dispuesto en las Resoluciones Nos. 0580 y 03075 (fl. 11, c. 2) que sirven de título a la ejecución, junto con el contrato estatal en el que se pactó la cláusula penal pecuniaria cuyo pago se exige (fl. 2, c. 2). La primera de ellas dispuso:

*ARTÍCULO 1. Declarar como en efecto se decreta el incumplimiento del contrato de compraventa No. 069-CEITE/93, celebrado entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y la firma FINTRAD LIMITADA, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*ARTÍCULO 2. Imponer al contratista, como efecto del incumplimiento que se declara y como pena pecuniaria prevista en la cláusula décima tercera del contrato citado en el artículo anterior a título de resarcimiento de perjucios, la obligación de pagar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, la suma de NOVENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS ($98.276.850).*

Por su parte, la resolución No. 0375 dispuso no reponer la referida decisión impugnada, con lo que quedó en firme la imposición de la cláusula penal a partir de su notificación, que se surtió mediante edicto desfijado el 20 de abril de 1995 (fl. 19, c. 2). Como la decisión administrativa no estableció plazo o condición para su exigibilidad y por el contrario se previó que esta “rige a partir de su expedición”, no le merece duda a la Sala que se trata de una obligación que se hizo exigible a partir del día siguiente, está prevista en forma inteligible en el título, al igual que debidamente determinada, así como especificados sus extremos (deudor y acreedor).

**3. Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos**

Para la Sala es claro que los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico[[5]](#footnote-5) y son ejecutables[[6]](#footnote-6) en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal.

Es evidente que la inconformidad del administrado con este tipo de decisiones unilaterales de la administración debe plantearla ante el juez competente, para que se pronuncie sobre su legalidad o no y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio.

Como consecuencia de dicho carácter, todo acto administrativo que imponga una obligación pura y simple es ejecutable en forma inmediata[[7]](#footnote-7), lo que implica que la misma administración puede coercitivamente exigir el pago mediante un proceso de jurisdicción coactiva, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de acudir ante el juez.

Por supuesto, es necesario distinguir las particularidades del proceso de ejecución, para no caer en confusión con los asuntos de conocimiento de los jueces:

Los primeros solo están llamados a permitir, con garantía del derecho de defensa del deudor, la satisfacción de un derecho cierto y reconocido generalmente en un documento que proviene del deudor o, como en el presente caso, de una decisión ejecutoriada de la administración, de modo tal que en ellos no está en debate el derecho reclamado, sino la satisfacción de una obligación cierta y exigible.

En los segundos, por su parte, los intervinientes se disputan un derecho sustancial o piden al juez que lo declare a favor de uno u otro, por lo que el código de procedimiento civil los ha recogido precisamente bajo el título de “procesos declarativos”, siendo que en estos sí existe propiamente un litigio, de modo tal que será por virtud de la sentencia que se reconozca o no lo pretendido y a quién.

Aunque elemental, esa diferenciación resulta fundamental en el caso que se define, en el que evidentemente no existió claridad frente a ese concepto, aún desde el momento mismo del decreto de una prueba manifiestmente impertinente, cual fue el dictamen pericial relativo a establecer si hubo o no incumplimiento, cuando el acto que así lo declaró no estaba en debate en este proceso, por tratarse precisamente de uno de ejecución.

Dicho yerro condujo a que, también de manera contraria a la finalidad del proceso, la sentencia apelada se ocupara de verificar si se acreditó o no el incumplimiento o una causal de nulidad del título ejecutivo, materias totalmente ajenas a la naturaleza del asunto y que no podían ser estudiadas sin que mediara una pretensión expresa de nulidad de dichos actos administrativos, a través de la acción judicial procedente para ello.

Desde el año 2005 la Sección Tercera[[8]](#footnote-8) ha negado en forma consistente la posibilidad de cuestionar la legalidad del acto – título en el proceso de ejecución, al considerar:

*Al permitirse el cuestionamiento de legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo, a través de la proposición de excepciones dentro del proceso ejecutivo, fundadas en hechos sucedidos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, se está desconociendo de un lado la naturaleza de providencia que conlleva ejecución que el artículo 64 del C. C. Administrativo, le otorga al acto administrativo, y de otro, se vulnera el debido proceso, como quiera que se surte la revisión de legalidad del acto administrativo ante un juez diferente a aquel establecido por el Legislador para el efecto, esto es ante el juez de la ejecución y no ante el ordinario que fue al que se atribuyó competencia por el Legislador para realizar tal enjuiciamiento, además de que se le da a la revisión de legalidad un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, y se desconocen los términos que también el legislador previó para la formulación del juicio de legalidad. Igualmente el trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que sólo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título.*

No es por otra razón que el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil permite la suspensión del proceso cuando esté pendiente la sentencia que deba dictarse en un proceso sobre la nulidad o no de un acto administrativo de carácter particular, de donde resulta evidente que la imposibilidad de alegar los vicios de validez de esa clase de títulos en el proceso de ejecución no es óbice para hacerlo ante el juez de conocimiento y para hacer valer lo resuelto por este, ante aquel.

En efecto, así ocurrió en el presente caso en el que en el curso de la segunda instancia se advirtió que se configuraba la causal referida para decretar la prejudicialidad en el proceso ejecutivo, amén de que el ejecutado promovió acción de controversias contractuales en la que cuestionó la legalidad de las decisiones que impusieron en su contra la obligación de pagar la cláusula penal pecuniaria.

Empero, dicho proceso ordinario no prospero, pues en sentencia de 24 de marzo de 2011, la Sección Tercera, Subsección C, confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que el 13 de febrero de 2001 negó las súplicas de la demanda[[9]](#footnote-9), esto es, se mantuvo la presunción de legalidad que ampara los actos que se constituyen en el título en la presente ejecución.

Del tenor de la decisión de segunda instancia resulta evidente que el objeto de las demandas decididas, ambas presentadas el 21 de marzo de 1997, fue el de obtener la nulidad de las resoluciones que declararon el incumplimiento contractual y dispusieron hacer efectiva la cláusula penal pecuniara dentro del contrato estatal No. 069-CEITE/93. El estudio de fondo que realizó el Tribunal lo llevó a concluir acerca de la existencia de un verdadero incumplimiento imputable al demandante (ahora ejecutado), lo que determinó un fallo adverso a sus pretensiones, previo análisis de los cargos planteados, que incluían aquellos también presentados a título de excepciones en este proceso, tendientes a desvirtur la legalidad del título.

En esas condiciones es evidente para la Sala que todas las excepciones de mérito por medio de las cuales se pretendió atacar la legalidad de las resoluciones que sirven de base al recaudo (i) no eran susceptibles de ser estudiadas en el proceso de ejecución y que (ii) sus fundamentos quedaron desvirtuados en virtud del proceso declarativo idóneo para ello.

Por su parte, la excepción de pleito pendiente tampoco tiene vocación de prosperar, pues el proceso ordinario tenía sin duda un objeto diferente al que ahora se decide, por lo que nada impide que pudieran promoverse en forma simultánea, aunque las partes sean las mismas, siendo claro que no se trataba de la decisión del mismo asunto[[10]](#footnote-10).

Tal como quedó regulado en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, el hecho en el que puede fundarse dicha excepción, corresponde a la existencia de un litigio entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, siendo claro que en el asunto declarativo, se ventilaba la legalidad o no del título, cosa bien distitnta al recaudo de la obligación que se pretende ahora sea satisfecha, de modo tal que no puede entenderse que los dos procesos versaban sobre idéntico objeto. Cosa distinta es que la decisión del proceso ejecutivo dependía de lo resuelto en el ordinario, lo que a voces del artículo 170 *ibídem* daba lugar a la suspensión del primero mientras se resolvía el segundo, tal como se hizo, pero no a la prosperidad de la excepción.

En todo caso, el proceso ordinario ya fue decidido y, si bien lo allí resuelto podía tener incidencia en el presente asunto, por cuanto versaba sobre la legalidad del título que sustenta esta ejecución, lo cierto es que culminó con decisión adversa a las pretensiones del ejecutado, por lo que en nada afectó el proceso de ejecución, ni hay fundamento para la prosperidad de la referida excepción.

Por ende, las excepciones propuestas no tienen vocación de prosperar, razón por la cual fue acertada la decisión impugnada al disponer seguir adelante con la ejecución como lo prevé el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, razón que impone su confirmación.

Por último, debe advertir la Sala que aunque en el recurso de apelación se hizo mención a la suma que presuntamente adeuda el ejecutante a la ejecutada, no se formuló la excepción de compensación ni se puso de presente tal hecho, ni se acreditó en legal forma, de modo tal que ese solo argumento no tiene la virtualidad de impedir que continúe la ejecución de que trata este asunto.

**5. Costas**

Para disponer lo relativo a la condena en costas tiene en cuenta la Sala que por expresa remisión del Código Contencioso Administrativo, en los asuntos ejecutivos contractuales se aplica en forma íntegra la regulación prevista en el Código de Procedimiento Civil para el proceso de ejecución de mayor cuantía, del que hace parte la disposición sobre costas prevista en el artículo 510 que dispone: *“c. Si las excepciones no prosperan, o prosperaren parcialmente, la sentencia ordenará llevar adelante la ejecución en la forma en que corresponda, condenará al ejecutado en las costas del proceso y ordenará que se liquiden”.*

Dicha disposición debe interpretarse en forma integral con la contenida en el numeral 9 del artículo 392 del mismo código que dispone: *“9. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

Así lo ha entendido de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sección al señalar[[11]](#footnote-11):

*La institución de la condena en costas es una figura de derecho procesal que busca sancionar a la parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso[[12]](#footnote-12), teniendo ésta que efectuar erogaciones económicas a cargo de la parte vencedora, correspondientes a las expensas y las agencias en derecho.*

*Los procesos ejecutivos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según disposición expresa del artículo 87 del C.C.A., están sometidos a las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan el proceso ejecutivo de mayor cuantía, por lo que en materia de costas deberá aplicarse lo preceptuado por el artículo 510 del C.P.C., modificado por el artículo 51 de la Ley 794 de 2003.*

*En atención a lo anteriormente mencionado cabe concluir que no deberá aplicarse en este evento el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, ni los parágrafos 2 y 3 del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 por existir norma especial y posterior que regula la materia de las costas en los procesos ejecutivos, como lo es la normatividad del estatuto procedimental civil.*

*Ahora bien, dicho estatuto procesal es claro en señalar que procederá la condena en costas a favor del demandado y en contra del demandante cuando el juez considere que las excepciones propuestas prosperaron - según lo establecido por el literal d[[13]](#footnote-13) y e[[14]](#footnote-14) del artículo 510 del C.P.C.- e, igualmente, cuando se compruebe la causación de las costas dentro del proceso -según lo establecido por el numeral 9[[15]](#footnote-15) del artículo 392 del C.P.C.- (Destaca la Sala).*

*Significa lo anterior que en materia de costas se aplica un régimen objetivo para determinar su procedencia, por lo que, con la simple comprobación de que se procedió o no a la ejecución y que se demuestre su causación de las costas dentro del juicio, el operador judicial deberá proceder a decretarlas, no como pasa en el proceso declarativo en el cual el juez debe verificar la buena o mala fe desplegada por la parte vencida. Así lo tiene entendido la Sección Tercera de esta Corporación, la cual en un caso semejante al que ahora se decide razonó como sigue:*

*‘A diferencia de lo dispuesto sobre la materia respecto del proceso declarativo sometido al Código Contencioso Administrativo, en el proceso ejecutivo no es dable realizar consideraciones subjetivas respecto de la posición asumida por la parte vencida en el desarrollo del mismo, para determinar la procedencia de la condena en costas”[[16]](#footnote-16).”[[17]](#footnote-17)*

En este caso no se cumplen los presupuestos objetivos previstos en el artículo 392, pues aunque se comprobó la causación de costas procesales, correspondientes a los gastos de pericia y horarios correspondientes, también se probó que estos fueron asumidos en su totalidad por la ejecutada, por lo que no hay razón para imponer cosas a favor del ejecutante. En ese sentido, se modificará la decisión recurrida a favor del apelante. En lo demás se mantendrá.

**III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la constitución y la ley,

**FALLA**

**MODIFICAR** la sentencia de 10 de junio de 2004, cuya parte resolutiva quedará así:

**PRIMERO.** Seguir adelante con la ejecución promovida por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contra la firma Fintrad Ltda. para la satisfacción de las obligaciones determinadas en el mandamiento de pago.

**SEGUNDO.** Sin costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia devuélvase el expediente a la Corporación de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Presidenta Magistrado

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado Ponente

1. Antes de ser notificada en legal forma, presentó escrito de contestación de la demanda, con lo que quedó notificada por conducta concluyente (fl. 43, c. 1). [↑](#footnote-ref-1)
2. Radicación 20.343. [↑](#footnote-ref-2)
3. En aquel entonces la norma de competencia no se refería por separado a los asuntos ejecutivos, sino que regía, en los términos de la Ley 80, tanto los procesos de conocimiento como los de ejecución. [↑](#footnote-ref-3)
4. Para el año 1997. [↑](#footnote-ref-4)
5. Código Contencioso Administrativo, artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibídem,* artículo 64. Salvo norma expresa legal en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibídem,* artículo  68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley. [↑](#footnote-ref-7)
8. En efecto, desde el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de julio de 2005, exp. 23.565, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. Aunque no se allegó al plenario copia de las mencionadas sentencias, su existencia y el contenido de la de segunda instancia pudo verificarse a través del sistema de información de procesos de la Rama Judicial denominado Siglo XXI y puede ser verificado en el siguiente enlace: <http://190.24.134.67/sentproc/F25000232600019970372601S3ADJUNTASENTENCIA20110324103506.doc>. [↑](#footnote-ref-9)
10. Código de Procedimiento Civil, artículo 97, numeral 10. [↑](#footnote-ref-10)
11. Citado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de septiembre de 2015, exp. 42294, M.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-11)
12. Cita original de la sentencia: *“Sentencia de 5 de octubre de 2001. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. No. 12425.”* [↑](#footnote-ref-12)
13. Cita original de la sentencia transcrita:

 *“d) La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso. La liquidación de los perjuicios se hará como dispone el inciso final del artículo 307”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. *“e) si las excepciones no prosperan,* ***o prosperen parcialmente****, la sentencia ordenará llevar adelante la ejecución en la forma que corresponda, condenará al ejecutado en las costas del proceso y ordenará que se liquiden” (Se destaca en negrilla para efectos del presente caso)* [↑](#footnote-ref-14)
15. *“9)* ***Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación****”.* (Se destaca en negrilla para efectos del presente caso). [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia de 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. No. 26767. Reiterada por sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 da abril de 2015, radicación 250002326000200600087, expediente 35545, demandante: Bogotá Distrito Capital - Secretaria de Salud, Fondo Financiero Distrital de Salud, demandado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, acción: ejecutiva. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia 25 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1996-02052-03(39030), actor: ECOSALUD, demandado: Sociedad Inversiones Keno S.A. y otros, referencia: proceso ejecutivo. [↑](#footnote-ref-17)