

PAGO DERIVADO DE UNA CESION DE CREDITO - Naturaleza jurídica de la acción que procede para su reclamo / ACCION CONTRACTUAL - Sólo las partes del contrato pueden ejercerla. Regla general

La Sala advierte que la acción ejercida -y tramitada por el a quo- fue la de controversias contractuales, pero no es claro que sea el instrumento procesal adecuado para hacerlo, teniendo en cuenta que quien reclama el pago parcial del Acta de Obra No. 011 de 1992 no es la parte del contrato estatal suscrito con el HIMAT, sino un tercero -la sociedad Diamante Compañía de Financiamiento Comercial SA.-, que asegura en la demanda ser la cesionaria del crédito de quien sí es contratista del Estado. (...) La regla general que rige el análisis de este tema parte de la literalidad del art. 87 del CCA., que dispone que la acción contractual sólo la pueden ejercer las partes del contrato. (...) nadie más podía ejercer esta acción, y que sólo los suscribientes del negocio podían reclamarse los daños que se produjeran con ocasión de la existencia de esta relación. Esta norma, sin embargo, se conserva en la actualidad, pues tanto con la reforma que introdujo el art. 17 del decreto 2304 de 1989, como la ley 446 de 1998, continúa siendo requisito de procedibilidad de esta acción que la ejerza cualquiera de las partes.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 17

ACCION CONTRACTUAL - Sólo las partes del contrato pueden ejercerla. Excepciones a la regla general / EXCEPCION DE ORIGEN LEGAL - Nulidad absoluta del contrato. Puede pedirse por el Ministerio Público y por quién demuestre interés directo en el contrato

Excepción de origen legal: la nulidad absoluta la puede pedir un tercero que tenga interés. No obstante lo expresado, la misma norma contempla una excepción: tratándose de la pretensión de nulidad absoluta del contrato un tercero puede ejercer la acción contractual: "La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato". Este mismo inciso se conservó en los arts. 17 del decreto 2304 de 1989 y en la ley 446 de 1998, de manera que, salvo esta circunstancia, la acción contractual sólo la pueden ejercer las partes del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 17

ACCION CONTRACTUAL - Sólo las partes del contrato pueden ejercerla. Excepciones a la regla general / EXCEPCION DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL - Las compañías de seguros pueden ejercer esta acción / ACCION CONTRACTUAL - Caducidad de la acción. Cómputo. Término

Excepción de origen jurisprudencial: las compañías de seguros pueden ejercer esta acción. Pero la jurisprudencia de la Sala ha precisado, en relación con los actos expedidos por la administración, cuando ha terminado el contrato -y concretamente aquellos mediante los cuales se declara el siniestro, para que el contratista responda por los vicios y defectos de la obra, o por la calidad del servicio prestado-, que participan de la naturaleza contractual, por haberse expedido como consecuencia de la ejecución del contrato (...) Esta tesis, además, fue reiterada en la sentencia del 15 de abril de 2010 -exp. 18.292-, confirmando las razones expuestas hasta ahora, de manera que al amparo de ellas la Sala ha llegado a las siguientes conclusiones: i) Que bien sea que el acto administrativo que declara el siniestro se expida durante la ejecución del contrato o después de

ella, en ambos eventos la decisión tiene naturaleza contractual, porque se expide con ocasión de esa actividad. Esto ratifica, además, que la culminación de la fase de ejecución del contrato no lo extingue por sí mismo, pues garantías como la de estabilidad o la de buen funcionamiento de equipos, entre otras –casi todas-, se prolongan en el tiempo, después de la entrega de los bienes, obras o servicios - incluso durante muchos años-, y por esta circunstancia el poder extraordinario de declarar el siniestro, en manos de la administración, se proyecta como una continuación de algunas cláusulas del contrato que no desaparecieron con la ejecución de los trabajos. ii) Que a la garantía de seriedad de la oferta no le aplica el anterior razonamiento, porque la declaración del siniestro se hace cuando aún no existe contrato estatal, de allí que la acción propia de los negocios jurídicos no puede surgir. En ese caso, el mecanismo procesal adecuado es el de los actos precontractuales, es decir, la nulidad y restablecimiento del derecho. iii) Que la acción contractual no sólo la ejercen las partes del contrato –como literalmente lo indica el art. 87 de CCA.- sino extraordinariamente la compañía de seguros, pese a que no es parte del contrato. La razón procede de otro lugar del ordenamiento: de la naturaleza del acto administrativo, que sin duda es contractual, porque se expide con ocasión del contrato, aunque no sea en la fase de ejecución, de ahí que la acción para atacarlo, independientemente del sujeto que pretenda hacerlo es la misma, la contractual. De conformidad con esta lógica, se infiere -de manera necesaria- que la caducidad de la acción para demandar la validez de estos actos administrativos es la propia de la acción contractual, toda vez que si el acto tiene esa naturaleza mal podría emplearse otra para cuestionar su validez. Por eso, los dos años de caducidad se cuentan a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo con el cual adquiere firmeza la decisión, tanto para el contratista como para la compañía de seguros, pues ambos ejercen la misma acción judicial.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

NOTA DE RELATORIA: Sobre excepción de origen jurisprudencial, consultar sentencia del 10 de julio de 1997, exp. 9286; sentencia del 10 de mayo de 2001, exp. 13347; auto del 18 de julio de 2007, exp. 33476; auto del 9 de marzo de 1971 y sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 18292

CESION DE CREDITO CONTRACTUAL - Acción procedente para reclamar. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

La acción que puede ejercer el cesionario de un crédito contractual no es la de controversias contractuales sino la de nulidad y restablecimiento del derecho. En el caso concreto es claro que no se está ante alguna de las dos excepciones mencionadas, de manera que la Sala entiende que la acción que podía ejercer la parte actora no era la de controversias contractuales. Y se concluye esto porque, contrario a lo que ésta sostiene en su escrito de demanda -y también en los alegatos de conclusión-, la cesión que se pudo producir es la de un crédito y no la del contrato. Se dice que “pudo” porque este aspecto fue puesto en discusión, y hace parte del debate de fondo del proceso, pero la Sala ni siquiera podrá abordarlo más adelante por la suerte que correrá el proceso antes de llegar a esas cuestiones. En efecto, pese a que la posición del actor es ambigua, porque afirma que la cesión que se produjo se rige por los arts. 897 y ss. del Co de Co., que regula la cesión de los contratos de tracto sucesivo, para la Sala no puede ser así, sencillamente porque la parte actora y el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda –contratista del HIMAT- lo que pretendieron ceder fue un crédito, hasta por \$40'000.000 -que presumiblemente constaba en un Acta de Obra-, pero de

ninguna manera es admisible que su propósito fuera ceder la posición que como parte en el contrato ostentaba éste frente al HIMAT.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 897 Y S. S

CESION DE CONTRATO Y CESION DE CREDITO - Diferencias

La diferencia entre la cesión de un contrato y la cesión de un crédito es bastante considerable, aunque tengan algunas semejanzas. Entre las últimas basta mencionar que en ambos casos se modifica el titular del crédito y el del contrato, es decir, se presenta una mutación de la posición, de manera que en adelante la relación habrá de desarrollarse con el nuevo sujeto. Sin embargo, las diferencias son demasiado profundas, y con efectos jurídicos así mismo importantes. Por ejemplo, en la cesión del contrato el cedente deja de ser contratante o contratista –según la posición que ocupa en el negocio jurídico-, mientras que en la cesión de crédito derivado de un contrato el contratista cedente sigue siendo contratista del Estado, y sólo el derecho al pago es el que se traslada a otra persona, que sin duda es un tercero en la relación negocial. Por la misma razón, cuando se cede el contrato, en adelante el obligado con el contratante será el cesionario, quien ocupará la posición contractual que tenía el cedente; mientras que la cesión de un crédito contractual no modifica la relación contractual, sino al titular del derecho al pago. En el mismo sentido, en la cesión de contrato el cedente –contratista- se libera del cumplimiento de las obligaciones pendientes, las que asume en adelante el cesionario; mientras que en la cesión de crédito derivado de un contrato el contratista continúa siendo el mismo, y por tanto conserva las obligaciones del contrato, que continúa, sin reserva alguna. En estos términos, la cesión de contrato es más compleja y profunda en sus implicaciones jurídicas, porque traslada de una persona a otra la posición que tiene en el negocio, con sus derechos y obligaciones –salvo acuerdo en contrario-; mientras que la cesión de crédito sólo trasfiere al cesionario el derecho al pago de un crédito, y no se asumen cargas u obligaciones derivadas de la relación contractual de donde proviene la deuda. En el caso concreto no cabe la menor duda que lo que intentaron hacer las partes fue una cesión de crédito, hasta por \$40'000.000

CESION DE CREDITO - Acción procedente para reclamar. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

La acción que debió ejercer la parte actora no era la de controversias contractuales, porque la cesión de crédito no altera los sujetos del contrato de obra del cual proviene el crédito cedido, es decir, que si se perfeccionó la cesión – asunto sometido a debate por las partes, y también por el tribunal a quo- el contratante –es decir, el HIMAT- y el contratista –es decir, el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda- continuaron siendo los mismos y por eso Diamante Compañía de Financiamiento Comercial era un tercero, no parte del negocio de obra, porque tan sólo podía aspirar a ser titular del derecho a cobrar de una fracción del acta de obra que le cedió el contratista. (...) Para la Sala debió ejercerse la de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta la negativa expresa del HIMAT de pagarle la suma de dinero restante al actor –cerca de 25 millones de pesos-, y que consta en los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre de 1992 y el 6 de enero de 1993. En efecto, si se tiene en cuenta que el contrato administrativo era el que habían suscrito el HIMAT y el señor Carlo Alberto Gómez Arboleda, y que este tenía otro contrato comercial con Diamante Compañía de Financiamiento Comercial, entonces la diferencia entre los negocios es evidente. Ahora, que el señor Carlos Alberto cediera un crédito a la compañía de financiamiento lo único

que hace es convertirlo en su titular, pero no en parte de ese contrato que dio lugar a la cesión, así que si quien se cree acreedor pretende el pago, debe reclamárselo a la entidad, para agotar la vía gubernativa, y en caso de que no acceda a la solicitud debe demandar la decisión. Por tanto, la posición jurídica que tiene el cesionario de un crédito contractual –y quizá de cualquier otro crédito– donde el deudor es el Estado, es la común de los administrados, y por tanto tiene el deber de permitir que aquél decida de manera previa sus controversias potenciales –conocida como la potestad de decisión previa o también autotutela declarativa–, para que produzca el acto administrativo, que, en caso de ser desfavorable, sea sometido a la justicia administrativa para su control. Y el actor, que se cree cesionario, en el caso concreto, tuvo precisamente esta misma convicción, tanto así que en dos ocasiones le pidió al HIMAT que le pagara el dinero que estima de su patrimonio. Y la entidad le contestó, en ambos casos decidiéndole de fondo y negando el pago, actos que por su contenido y características tienen la naturaleza de administrativos, y se encuentran en el expediente –según se destacaron en el acápite de las pruebas del proceso–. Por esta razón, al actor le correspondía iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para desvirtuar su presunción de legalidad, pero no lo hizo.

READECUACION DE LA ACCION - Prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. No se aplica / NO APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCEDIMENTAL - Pretensiones no se ajustan para dictar sentencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Solicitud de nulidad de actos administrativos

En obediencia al art. 228 de la CP., la Sala podría darle aplicación al principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, teniendo en cuenta que el trámite procesal de la acción de controversias contractuales es el ordinario -previsto en el CCA.-, y que el de la nulidad y restablecimiento del derecho es el mismo, además de que la causa petendi de la demanda es clara en su exposición de los hechos, de los que se pudieron defender los demandados. Sin embargo, el problema consiste en que las pretensiones formuladas no se ajustan a la posibilidad de dictar sentencia en la acción que correspondía ejercer, pues si bien se pidió que se declare que se cedió un crédito, que no se pagó totalmente, que se cancele la diferencia y que se paguen intereses y actualización, faltó lo más importante, en términos de la acción de nulidad y restablecimiento: que se anulen los actos administrativos, por estar afectados de determinados vicios, de los cuales se hubiera podido defender la parte demandada. Como no lo hizo, y este aspecto no lo puede suplir el juez, so pena de violar el derecho de defensa de la parte contraria, resulta imposible darle el trámite de la acción correcta.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Cómputo. Término. Cuatro meses / CADUCIDAD DE LA ACCION - Configuración

La Sala deja claro que bajo esta nueva lectura caducó la acción que debió ejercerse, porque la demanda se presentó el 24 de marzo de 1994 y los actos administrativos que debieron demandarse se expidieron el 9 de diciembre de 1992 y el 6 de enero de 1993, y que se entiende los conoció la parte actora, porque en su propio escrito de demanda los relata como hechos de la misma, ocurridos esos

días. De allí que si en gracia de discusión se computa la caducidad desde la última fecha, no se habría presentado en tiempo, toda vez que los cuatro meses con que contaba para ello vencieron el 7 de mayo de 1993.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2.012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817)

Actor: SOCIEDAD DIAMANTE COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS HIMAT (HOY INAT EN LIQUIDACION)

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de abril de 2.001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -fls. 195 a 206, cdno. ppal.-, en la que resolvió:

“1. Niéganse las pretensiones de la demanda.

“2. Abstenerse de condenar en costas a la parte actora.”

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

Carlos Alberto Gómez Arboleda, contratista del HIMAT, solicitó un crédito a Diamante Compañía de Financiamiento Comercial, por valor de \$25'000.000, para refinanciar las obligaciones contractuales adquiridas por su firma Construcciones y Adecuaciones SA. con esta entidad estatal, y así liberar su línea de crédito para acceder a la materia prima que le permitiera continuar la ejecución de otros contratos.

Por esta razón, la entidad financiera le exigió, en respaldo de esa obligación, un pagaré de contragarantía, y la cesión de un crédito a su favor, contenido en la cuenta de cobro No. 011-RO, previa aceptación expresa del HIMAT, sin ninguna reserva o condición, por un valor de hasta \$40'000.000, como consta en el documento de endoso con sello de aceptado y firma de la tesorera del HIMAT.

Presentada la contragarantía exigida, la Compañía de Financiamiento efectuó el desembolso a favor del contratista del HIMAT, señor Carlos Alberto Gómez Arboleda. Sin embargo, una vez realizada esta transacción, el ingeniero solicitó a la Tesorería del HIMAT que solamente girara a Diamante CFC, en relación con el endoso realizado, la suma de \$15'000.000, porque había suscrito un pagaré por \$25'000.000, a su propio cargo.

La decisión de reversar parcialmente la cesión de este crédito no se le informó a Diamante CFC, ni el HIMAT exigió su autorización para disminuir el monto de la cesión, argumentando que procedió de acuerdo a la voluntad del titular de la acreencia, y que en el documento de endoso no se registró la aceptación de la Compañía de Financiamiento Comercial, situación que los hubiese obligado a solicitar consentimiento del cesionario.

Agregó, apoyado en el artículo 894 del Código de Comercio, que la cesión produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, una vez se notifique al contratante cedido, o cuando éste la acepte. En tal sentido, afirmó que está demostrada la aceptación del HIMAT, y además el pago parcial por \$15.309.128 –fl. 25, cdno. 3-, lo que por demás constituiría una aceptación tácita.

Por lo expresado, el HIMAT transgredió la disposición comentada, porque recibió instrucciones del cedente, en menoscabo del derecho adquirido por Diamante CFC, sin solicitar la autorización correspondiente para efectuar la instrucción de quien ya había cedido su derecho.

Agregó que los arts. 887 y 892 del Co. de Co. autorizan la cesión total o parcial de los contratos de tracto sucesivo, y luego de analizar estas disposiciones concluyó que se cumplieron sus requisitos para hacerlo, y por eso el titular de la acreencia era la parte actora, de manera que el contratante cedido no podía cumplir sus

obligaciones –en este caso el pago- en relación con el cedente –fls. 28 a 30, cdno. 3-.

2. La contestación de la demandada por parte del HIMAT

Contestó la demanda extemporáneamente, y por eso no se tendrá en cuenta su escrito.

3. La contestación de de la demandada por parte del litisconsorte, señor Carlos Alberto Gómez Arboleda

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 17 de abril de 1997, vinculó al proceso al señor Carlos Alberto Gómez Arboleda, en calidad de litisconsorte necesario de la parte demandada.

Al contestar la demanda aceptó que “endosó” o cedió un crédito que tenía con el HIMAT –derivado de un contrato de obra- a favor de Diamante Compañía de Financiamiento Comercial, hasta por la suma de \$40'000.000 –fl. 102, cdno. 3-, pero que también suscribió, luego, un pagaré a favor de la misma compañía por la suma de \$25'000.000, de manera que, a continuación, en virtud del cambio de garantía, limitó la cesión del crédito a la suma de \$15'000.000, teniendo en cuenta, sobre todo, que para esa fecha Diamante CFC no había aceptado la cesión -lo que por cierto nunca hizo-.

Agregó que su comportamiento constituyó una revocatoria parcial de la cesión del derecho de crédito, que –insiste- aún no había aceptada la compañía Diamante CFC, lo que tuvo como fundamento el hecho de que entre ellos mismos se sustituyó la garantía de pago de la cesión del crédito por el pagaré, que firmó a favor de Diamante CFC, de manera que se configuró una novación de la obligación, esta sí aceptada por Diamante CFC S.A.

Afirmó que al HIMAT le asiste razón en alegar que no se trató de una cesión, y que de haberlo sido necesariamente hubiese mediado aceptación de parte de la cesionaria, de allí que se haya aceptado la revocatoria parcial sin la pretendida consulta a Diamante CFC.

De otro lado, sostuvo que la notificación de la cesión al HIMAT tampoco se realizó, pues tratándose de las personas jurídicas esta gestión se debe cumplir con su representante legal, y en el caso concreto se hizo con la Tesorera, quien suscribió la cesión en señal de “aceptación”, pero es claro que sólo podía hacerlo el representante legal.

Agregó que el HIMAT tampoco aceptó la cesión tácitamente, porque la instrucción de pago impartida por el ingeniero Gómez Arboleda se cumplió con posterioridad a la revocatoria parcial del pago que él mismo realizó, lo que indicaría que de haberse configurado una cesión solo se habría perfeccionado con la aceptación tácita del deudor, es decir el HIMAT, frente a la indicación de pago modificada por el cedente, lo cual también daría validez a dicha revocatoria.

4. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público no participó en esta instancia del proceso.

5. Alegatos de conclusión

5.1. *Parte demandante*: Puso de presente que la sociedad Orión Compañía de Financiamiento Comercial, antes denominada Diamante CFC S.A., realizó cesión de sus derechos litigiosos, relativos al presente proceso, a la sociedad Cementos Diamante de Ibagué S.A., y la misma fue aceptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 9 de marzo de 2000.

En primer lugar, habida cuenta de la contestación extemporánea de la demanda, pidió –en los términos del artículo 95 del CPC.- que se tenga por no contestada, y considerar este hecho como indicio grave en contra del HIMAT.

Ratificó el interés para obrar y la legitimación en la causa de Diamante CFC para ejercer la acción, debido al interés jurídico sustancial, particular y concreto que le asiste en las pretensiones, e igualmente evidencia la integración correcta del extremo pasivo, ya que en virtud del fuero de atracción, y en calidad de litisconsorte necesario, se vinculó al proceso al ingeniero Carlos Alberto Gómez Arboleda.

Argumentó que según el art. 887 del Co. de Co., no se requiere la aceptación expresa del contratante cedido para que se perfeccione, y que tan pronto se realiza, el efecto que surge es irrefutable. Considera que si se produjo la aceptación de la cesión por parte del HIMAT, no solo por su Tesorera, sino que también la refrendó el jefe de la División Financiera de la misma entidad.

Sostuvo que, acorde a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se trató de una cesión convencional, donde la aceptación del contratante cedido solo es necesaria para producir efectos ante terceros, pero no para que los surta entre cedente y cesionario, ya que su voluntad no desempeña ningún papel en el contrato. No obstante, una vez notificado, el pago válido solo se realiza con el cesionario.

De otro lado, afirma que de acuerdo con el art. 842 del C.C., la parte demandada expresó motivos suficientes para confiar en la aceptación de la cesión, obligándola en los términos pactados.

Afirma que a la fecha en que se suscribió la cesión aún no existía título, por lo cual no se exhibió, pero que conforme al artículo 1.959 del CC. se elaboró un documento en el que constaba el negocio, y fue presentado al contratante cedido y aceptado por el funcionario competente, de donde resulta evidente que la cesión no solo produjo efectos entre Diamante CFC y Carlos Alberto Gómez Arboleda, a partir del 26 de marzo de 1992, sino que también lo hizo frente al HIMAT.

Por lo anterior, considera que el pago que hizo el HIMAT al contratista no fue válido, y por eso no extinguió la obligación, toda vez que la cesión se había perfeccionado y el titular del crédito ya era Diamante CFC.

5.2. *Parte demandada.* Reiteró que no existió la cesión del crédito, y por eso no puede responder por una obligación que no contrajo con la demandante.

En efecto, la cesión de la que habla la demandante nunca se perfeccionó, de allí que se trató de una simple autorización de endoso, y así se verifica en el pago que se efectuó, según el procedimiento aplicado a cualquier cuenta de cobro, donde el titular dispone la manera de realizarlo. En igual sentido, echó de menos dos requisitos indispensables para que se perfeccionara la cesión: el cesionario no la

aceptó; ni el deudor se notificó de ella, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.959 del CC.

Finalmente, reiteró que para crear cualquier obligación a cargo de una persona jurídica debe hacerlo, indefectiblemente, su representante legal o quien tenga facultades expresas para comprometer la responsabilidad del ente, lo cual no sucedió en este caso, pues fue la Tesorera quien suscribió el documento en señal de aceptación.

6. Sentencia de primera instancia

El tribunal consideró que la norma aplicable al caso es el Código Civil y no el de Comercio, porque la litis versa sobre la cesión de una obligación derivada de un contrato de obra pública, de naturaleza civil y no mercantil –fl. 204, cdno. ppal.-.

Sostuvo que la cesión de un crédito, negocio jurídico mediante el cual se traspa un derecho personal, consta de dos etapas, desarrollada la primera entre el cedente y el cesionario, y la otra entre cedente y deudor. En primer lugar, no existiendo título, como fue el caso concreto, se requiere la entrega al cesionario de un documento en el que el cedente exprese claramente el traspaso del derecho. La segunda etapa exige que se notifique la obligación al deudor, poniéndole en conocimiento que el acreedor ha cambiado, lo que no afecta la validez de la tradición entre cedente y cesionario, pero tampoco permite que se considere al cesionario dueño del derecho personal respecto del deudor y de terceros.

Así las cosas, el Tribunal concluyó que la cesión no se perfeccionó, porque para la fecha en que se radicó ante el HIMAT el documento de cesión -26 de marzo de 1992-, el crédito ni siquiera constaba en un título, porque el acta de Recibo de Obra No. 011-RO no existía –sólo se suscribió cuatro días después, es decir, el 31 de marzo-, y la “aceptación” que hizo la Tesorera tampoco contenía los requisitos propios del negocio jurídico pretendido, y el papel que cumplió fue informar al deudor sobre el endoso parcial del crédito, lo cual define que el pago realizado por el HIMAT al ingeniero Gómez Arboleda extinguió su responsabilidad frente a tal obligación –fl. 205, cdno. ppal.-.

Finalmente, entendió que la aceptación que hizo la tesorera no es más que un simple asentimiento de la información allí contenida, pero no perfeccionó el negocio pretendido.

7. La apelación

Afirma la parte actora que es cierto que para la fecha de la cesión aún no existía el título que representara el crédito –es decir, no se había firmado el Acta de Recibo de Obra No. 011, cuyo valor parcial se cedía-, y que fue por eso -de acuerdo con el art. 1.959 del CC.- que entre el cedente y el cesionario elaboraron el documento del 26 de marzo de 1992 que representaría el crédito, y esto es lo que desconoció el tribunal, de manera que la cesión si se realizó. Fue allí donde se hizo constar la cesión, con la firma del cedente, e incluso la aceptación expresa de la Tesorera del HIMAT –fls. 219 a 221, cdno. ppal.-, actuación que, en gracia de discusión, también se deduce del pago parcial que hizo esta entidad al actor, el 2 de junio de 1992, por al suma de \$15'309.218 –fl. 223-

De esta manera concluye que la cesión se perfeccionó, lo que se demuestra con el pago parcial del crédito, y por eso es ilegal la revocación de la cesión que hizo el contratista, de allí que el pago del dinero restante efectuado a su nombre, no libera al HIMAT de la obligación de pagarle al actor

Finalmente, puso en discusión si la cesión efectuada es una cesión de crédito o de contrato, para señalar que la aplicación de las normas del código civil, como lo hizo el a quo, no es procedente, pero que en todo caso cualquiera sea la norma que rija el asunto la conclusión es la misma: que la cesión se produjo, fue notificada y aceptada –fl. 226, cdno. ppal.-

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

8.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

8.2. La parte demandada guardó silencio.

8.3. El Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia. Considera que la disposición aplicable al caso concreto es el Código Civil, y que si en la

fecha en que se cedió el crédito no existía el título que lo contenía, debió elaborarse uno por el cedente y el cesionario, y posteriormente exhibirlo ante el deudor. Sin embargo, encontró acreditado que en la fecha no existía el crédito, a lo sumo había una mera expectativa o una simple obligación genérica. De allí concluyó que no es posible ceder un crédito que no existe, porque el artículo 1.959 del CC. alude a la falta de incorporación del mismo en un documento, no a su inexistencia, entonces lo correcto fue esperar a que surgiera el crédito.

Sin embargo, agregó que una vez se elaboró el documento que se exhibió a la Tesorera del HIMAT, tampoco fue suscrito por el cesionario, y por eso no es posible admitirlo como la cesión del contrato, porque su clausulado lo impedía.

Así las cosas, constituido el título y aceptado por el deudor, con la disposición de cesión por un valor de \$15'000.000, luego de efectuarse el pago, se entiende consolidada la cesión de crédito en los nuevos términos. En cualquier caso, queda abierta la posibilidad del demandante de obtener de su deudor la obligación derivada del pagaré firmado.

CONSIDERACIONES

El debate –según el recurso de apelación- se circunscribe a establecer si entre el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda y Diamante CFC se perfeccionó la cesión de un crédito que éste afirma tener frente al HIMAT –hoy INAT en liquidación-, hasta por un valor de \$40'000.000, de los cuales la entidad le canceló \$15'309.218, pero se abstuvo de pagar la diferencia, que le entregó a su contratista, porque éste revocó parcialmente dicha cesión. Advierte la Sala que la sentencia se modificará.

Para resolver este litigio se analizará: i) lo probado en el proceso y ii) la competencia y la naturaleza jurídica de la acción que procede para reclamar el pago derivado de una cesión de crédito.

1. Lo probado en el proceso

La Sala encuentra demostrado -entre otros aspectos que no son relevantes para decidir el recurso de apelación-, que el 8 de enero de 1991 el HIMAT y el consorcio ALFACRUZ suscribieron el contrato No. 007, cuyo objeto fue la

construcción de la conducción Corea-Jardín del K16+161 al K17+378.18 y la conducción Jardín-Guaduas del K0+000 al K0+400, carretable de mantenimiento y sus obras complementarias en el Distrito de Coello, Regional No. 12, Tolima.” – fl. 13, cdno. 2-

Este contrato fue cedido por el consorcio Alfacruz, el 17 de septiembre de 1991, al señor Carlos Alberto Gómez Arboleda, previa autorización del HIMAT –fls. 19 a 22, cdno. 2-.

El 26 de marzo de 1992 el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda envió una comunicación a la Tesorera del HIMAT, informándole que *endosaba* a favor de Diamante Compañía de Financiamiento Comercial “... la cuenta de cobro correspondiente al Acta de Recibo de Obra No. 011 R.O del contrato No. 007/91... hasta por la suma de cuarenta millones de pesos...” Esta comunicación, sin embargo, fue “aceptada” por la Tesorera de la entidad en la misma comunicación, y firmó a continuación del contratista –fl. 23, cdno. 2-.

Así mismo se aportó el *Acta de Recibo de Obra No. 011 R.O.*, de marzo 31 de 1992, suscrita por el contratista y varios funcionarios del HIMAT –fls. 48 a 49, cdno. 2- y el *comprobante de egreso*, de marzo 31 de 1992, correspondiente al acta de obra No. 011 R.O del contrato No. 007 de 1991, suscrita por funcionarios de la entidad, por valor de \$53'704.748,79 –fl. 22, cdno. 2-.

No obstante, también se acreditó que el 1 de abril de 1.992 el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda envió otra comunicación a la Tesorera del HIMAT, informándole que el *endoso* firmado el 26 de marzo, a favor de Diamante Compañía de Financiamiento Comercial, hasta por la suma de cuarenta millones de pesos, debía reducirse a la suma de \$15'000.000 –fl. 24, cdno. 2-.

Adicionalmente, se aportó el *Acta de Entrega y Recibo Final* de la obra, de junio 8 de 1992, suscrita por el contratista y la interventoría del HIMAT –fl. 50, cdno. 2-.

El contratista igualmente afirma, y el HIMAT lo aceptó -además de que obran los documentos correspondientes que lo acreditan-, que él le envió una petición al HIMAT solicitándole “... certificar el estado y situación del giro del Acta de Obra de la Referencia la cual fue cedida a favor de DIAMANTE COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL SA. el 26 de marzo de 1992, hasta por la suma

de... (40.000.000)...". Agregó que de ese valor la entidad ya le pagó \$15'309.128, pero no se explica qué pasó con la suma restante –fl. 7, cdno. 2-.

La anterior petición fue respondida el 9 de diciembre de 1992. El HIMAT le informó a Diamante SA. que "... el Endoso del 26 de marzo/92... fue aclarado por el Dr. CARLOS ALBERTO GÓMEZ ARBOLEDA, según oficio del 1 de abril/92 en el sentido de que sólo se girara la suma de \$15'000.000..." –fl. 8, cdno. 2-.

El 28 de diciembre de 1992, el actor insistió en el tema, y en esta ocasión formuló una petición al HIMAT, previo recuento de la historia narrada, donde le manifestó: "... comedidamente solicitamos se ordene a quien corresponda, la cancelación inmediata del saldo pendiente del endoso de la referencia, girando el cheque a nombre de DIAMANTE COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL SA." – fls. 27 a 28, cdno. 2-.

El HIMAT respondió mediante comunicación del 6 de enero de 1993 –radicado No. 000138-. Le manifestó que el 9 de diciembre ya le había informado "... cuál era la nueva situación surgida por el oficio aclaratorio del ingeniero CARLOS ALBERTO GÓMEZ..." y que "El HIMAT no puede acceder a la petición presentada el pasado 28 de diciembre, toda vez que su proceder ha sido conforme a la voluntad del titular de la acreencia..." –fls. 29 a 30, cdno. 2-.

En los términos de las pruebas relacionadas, queda demostrado que el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda, contratista del HIMAT, pretendió cederle a Diamante Compañía de Financiamiento Comercial parte del crédito que tendría en el Acta de Obra No. 011 R.O, para lo cual remitió a la entidad una comunicación, el 26 de marzo de 1992, informándole que la "endosaba" hasta \$40'000.000 de ella, lo que suponía que su crédito era superior a esa cifra. Esta comunicación, incluso, la suscribió la tesorera de la entidad declarando que la *aceptaba*.

Sin embargo, es claro que el Acta de Obra No. 011 R.O. sólo se elaboró el 31 de marzo, es decir, 5 días después de la comunicación anterior, y que al día siguiente –primero de abril- el contratista remitió otro escrito reduciendo el endoso de \$40'000.000 a \$15'000.000, aduciendo que había firmado un pagaré a favor de Diamante Compañía de Financiamiento Comercial, por \$25'000.000.

No obstante, la entidad le pagó al actor, luego, \$15'309,128, pero no la diferencia hasta completar \$40'000.000, lo que dio lugar a que el cesionario del crédito le presentara dos derechos de petición reclamando ese valor, pero en ambos casos el HIMAT le respondió negando el pago, mediante los actos administrativos relacionadas antes.

2. La competencia y la naturaleza jurídica de la acción que procede para reclamar el pago derivado de una cesión de crédito.

2.1. Competencia

La Sala es competente para conocer de este proceso, por tratarse de un asunto contractual de doble instancia, según lo definió el auto del 6 de septiembre de 2001 –fl. 229, cdno. ppal.-

2.2. Naturaleza jurídica de la acción que procede para reclamar el pago derivado de una cesión de crédito.

De otro lado, la Sala advierte que la acción ejercida -y tramitada por el *a quo*- fue la de controversias contractuales, pero no es claro que sea el instrumento procesal adecuado para hacerlo, teniendo en cuenta que quien reclama el pago parcial del Acta de Obra No. 011 de 1992 no es la parte del contrato estatal suscrito con el HIMAT, sino un tercero -la sociedad Diamante Compañía de Financiamiento Comercial SA.-, que asegura en la demanda ser la cesionaria del crédito de quien sí es contratista del Estado.

2.2.1. Como regla general sólo las partes del contrato pueden ejercer la acción contractual.

La regla general que rige el análisis de este tema parte de la literalidad del art. 87 del CCA., que dispone que la acción contractual sólo la pueden ejercer las partes del contrato. Señalaba, en este sentido, el inciso primero del dispositivo en cuestión, vigente al momento de presentarse la demanda que dio origen a este proceso:

“Art. 87. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir

un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.” (Resalto fuera de texto)

Esto significa, sin mayor dubitación ni disquisición conceptual, que nadie más podía ejercer esta acción, y que sólo los suscribientes del negocio podían reclamarse los daños que se produjeran con ocasión de la existencia de esta relación.

Esta norma, sin embargo, se conserva en la actualidad, pues tanto con la reforma que introdujo el art. 17 del decreto 2304 de 1989¹, como la ley 446 de 1998², continúa siendo requisito de procedibilidad de esta acción que la ejerza cualquiera de las partes.

2.2.2. Excepcionalmente puede ejercer la acción contractual quien no es parte del contrato.

a) Excepción de origen legal: la nulidad absoluta la puede pedir un tercero que tenga interés. No obstante lo expresado, la misma norma contempla una excepción: tratándose de la pretensión de nulidad absoluta del contrato un tercero puede ejercer la acción contractual: “La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato” (Resalto fuera de texto).

Este mismo inciso se conservó en los arts. 17 del decreto 2304 de 1989 y en la ley 446 de 1998, de manera que, salvo esta circunstancia, la acción contractual sólo la pueden ejercer las partes del contrato.

b) Excepción de origen jurisprudencial: las compañías de seguros pueden ejercer esta acción. Pero la jurisprudencia de la Sala ha precisado, en relación con los actos expedidos por la administración, cuando ha terminado el contrato -y

¹ “Art. 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.” (Resalto fuera de texto)

² “Art. 87. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.” (Resalto fuera de texto)

concretamente aquellos mediante los cuales se declara el siniestro, para que el contratista responda por los vicios y defectos de la obra, o por la calidad del servicio prestado-, que participan de la naturaleza contractual, por haberse expedido como consecuencia de la ejecución del contrato. A continuación se resaltan los argumentos y sentencias pertinentes que defienden esta posición:

“[E]l acto que declaró la ocurrencia del siniestro tenía un destinatario que podría calificarse como principal, cual es la aseguradora que otorgó la garantía; y otro, también interesado en su cuestionamiento, o sea el contratista de la administración que celebró con aquella el contrato de seguro. Aseguradora y contratista que fueron debida y oportunamente notificados del acto que declaró la ocurrencia del siniestro.

“Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c. de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116).”³

Luego se precisó que:

“A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993). La Administración tiene la potestad de hacer efectiva las garantías correspondientes en el evento que se configure cualquiera de los anteriores riesgos. Ocurrido el siniestro la administración puede declararlo mediante acto administrativo debidamente motivado, que podrán impugnar judicialmente dentro de los dos años siguientes quienes se sientan afectados con la decisión de la administración, esto es, el contratista de la obra y la compañía de seguros. En el presente caso, se trataría de un acto que es necesario expedir como consecuencia de la ejecución de un contrato y el cual tendría igual tratamiento y discusión judicial que los actos dictados durante el desarrollo del contrato⁴. (Negrilla y subrayado no es del original)

³ Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, CP. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴ Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 13347. CP. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 14.582.

En el mismo sentido, en el auto del 18 de julio de 2007 la Sala expresó:

“Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

“Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.

“Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

“Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones.”⁵

Más recientemente indicó la misma Sección –sentencia del 22 de abril de 2009⁶-, cita que se hará *in extenso* por la pertinencia para el caso concreto-, cerrando una línea jurisprudencial uniforme, que:

“Conviene precisar, en el presente asunto, la clase de acción que fue incoada toda vez que el debate gira en torno a la legalidad de dos actos administrativos, expedidos después de terminado el contrato y de haberse efectuado su liquidación en relación con los trabajos

⁵ Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33.476, C.P. Enrique Gil Botero.

⁶ Consejera Ponente Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 14.667.

realizados, puesto que el contratista no efectuó la totalidad de las reparaciones contenidas en el objeto contractual; aspecto que tiene fundamental importancia toda vez que la ley ha determinado términos de caducidad diferentes para cada clase de acción.

“2.1.1 Naturaleza del acto impugnado. Acto post-contractual.

“El tema, sobre los actos administrativos previos a la celebración del contrato y aquellos expedidos con posterioridad a su suscripción, ha sido materia de interesantes debates a nivel doctrinal y jurisprudencial que dieron lugar a desarrollar la teoría de los actos previos o separables del contrato y los actos derivados del contrato o propiamente contractuales, según que su expedición hubiere ocurrido antes de la celebración del contrato o durante su ejecución, en liquidación, o con posterioridad a ésta. Así, se determinó que los actos previos serían impugnables mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho y los actos contractuales a través de la acción contractual.

(...)

“Hechas estas precisiones sobre la evolución legislativa y jurisprudencial en torno a los actos precontractuales, separables del contrato, y aquellos expedidos después de su celebración o propiamente contractuales, conviene ahora precisar cuál es la naturaleza de aquellos actos que son expedidos por la Administración con posterioridad a la terminación del contrato.

(...)

“Este concepto relativo al objeto o contenido del acto administrativo, aplicado al caso sub lite, determina sin lugar a duda que la decisión adoptada por la entidad pública, después de terminado el contrato, con el fin de crear, modificar o extinguir una relación jurídica proveniente del mismo, consistente en declarar que se presentaron circunstancias posteriores a su terminación [deterioro prematuro de la obra o mal funcionamiento de los equipos reparados que se traducen en vicios ocultos de la cosa objeto del contrato], que determinan el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas, son manifestaciones que surgen o tienen su origen directamente en el contrato celebrado y ejecutado.

“En otras palabras, el contenido de dicho acto tiene su razón de ser en el contrato mismo y, en tal sentido, debe concebirse como un acto contractual no separable del negocio jurídico que le dio origen, así haya sido expedido después de terminado el contrato, toda vez que carecería de todo fundamento fáctico y jurídico que la Administración expidiera un acto administrativo declarando la ocurrencia del incumplimiento de las obligaciones -declaratoria del siniestro-, de un contrato que no ha sido celebrado, es decir, que el acto administrativo y el contrato se tornan inescindibles y, por tal razón, el acto no puede subsistir autónomamente como un acto separable del contrato.

Ahora bien, si se examina otro de los elementos del acto administrativo, el relacionado con la causa o motivo, definido por la jurisprudencia de la Corporación como *“las circunstancias de hecho o*

*de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo,*⁷ se tiene, a la luz de este concepto, que la causa o motivo del acto administrativo que se impugna en este proceso (el por qué se expidió el acto), lo constituye el presunto incumplimiento de un contrato celebrado entre la Administración y un particular, es decir, que el acto administrativo se produjo con ocasión de la actividad contractual desplegada por la celebración y ejecución de un contrato estatal que en criterio de la Administración, no fue cumplido por su co-contratante, circunstancias que se convierten en los antecedentes de hecho y de derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo.

Lo anterior ratifica una vez más que el acto demandado no puede separarse del contrato que motivó su expedición y, en consecuencia, dicho acto administrativo debe tenerse propiamente como un acto de contenido contractual, el cual no es susceptible de enjuiciarse mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, sino mediante la acción contractual.

(...)

“Si se examina la finalidad del acto administrativo impugnado, se observa que con su expedición se pretende hacer efectiva la garantía constituida para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la calidad del servicio prestado y el buen funcionamiento de los equipos, objeto del contrato de mantenimiento celebrado y de esta manera obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, en protección del patrimonio público, el cual se vio afectado por no contar con los equipos y maquinaria objeto del contrato en perfectas condiciones de funcionamiento, hecho que también incidió negativamente en el cumplimiento de los cometidos estatales buscados con la contratación, que no son otros que el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

“Con esto se evidencia que el acto administrativo expedido se encuentra directamente vinculado al contrato y su existencia se justifica en la existencia misma del negocio jurídico celebrado, lo cual confirma, sin lugar a duda, que dicho acto es de naturaleza contractual así haya sido expedido después de la terminación del contrato.

(...)

“Con apoyo en los razonamientos expuestos y en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, se impone concluir que los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, auto de 9 de marzo de 1971, M.P. Lucrecia Jaramillo Vélez.

Esta tesis, además, fue reiterada en la sentencia del 15 de abril de 2010 –exp. 18.292⁸-, confirmando las razones expuestas hasta ahora, de manera que al amparo de ellas la Sala ha llegado a las siguientes conclusiones:

i) Que bien sea que el acto administrativo que declara el siniestro se expida durante la ejecución del contrato o después de ella, en ambos eventos la decisión tiene naturaleza contractual, porque se expide con ocasión de esa actividad.

Esto ratifica, además, que la culminación de la fase de ejecución del contrato no lo extingue por sí mismo, pues garantías como la de estabilidad o la de buen funcionamiento de equipos, entre otras –casi todas-, se prolongan en el tiempo, después de la entrega de los bienes, obras o servicios -incluso durante muchos años-, y por esta circunstancia el poder extraordinario de declarar el siniestro, en manos de la administración, se proyecta como una continuación de algunas cláusulas del contrato que no desaparecieron con la ejecución de los trabajos.

ii) Que a la garantía de seriedad de la oferta no le aplica el anterior razonamiento, porque la declaración del siniestro se hace cuando aún no existe contrato estatal, de allí que la acción propia de los negocios jurídicos no puede surgir. En ese caso, el mecanismo procesal adecuado es el de los actos precontractuales, es decir, la nulidad y restablecimiento del derecho.

iii) Que la acción contractual no sólo la ejercen las partes del contrato –como literalmente lo indica el art. 87 de CCA.- sino extraordinariamente la compañía de seguros, pese a que no es parte del contrato. La razón procede de otro lugar del ordenamiento: de la naturaleza del acto administrativo, que sin duda es contractual, porque se expide con ocasión del contrato, aunque no sea en la fase de ejecución, de ahí que la acción para atacarlo, independientemente del sujeto que pretenda hacerlo es la misma, la contractual

De conformidad con esta lógica, se infiere -de manera necesaria- que la caducidad de la acción para demandar la validez de estos actos administrativos es la propia de la acción contractual, toda vez que si el acto tiene esa naturaleza mal podría emplearse otra para cuestionar su validez. Por eso, los dos años de caducidad se cuentan a partir del día siguiente a la notificación del acto

⁸ Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

administrativo con el cual adquiere firmeza la decisión, tanto para el contratista como para la compañía de seguros, pues ambos ejercen la misma acción judicial.

2.2.3. *La acción que puede ejercer el cesionario de un crédito contractual no es la de controversias contractuales sino la de nulidad y restablecimiento del derecho.*

En el caso concreto es claro que no se está ante alguna de las dos excepciones mencionadas, de manera que la Sala entiende que la acción que podía ejercer la parte actora no era la de controversias contractuales. Y se concluye esto porque, contrario a lo que ésta sostiene en su escrito de demanda -y también en los alegatos de conclusión-, la cesión que se pudo producir es la de un *crédito* y no la del *contrato*. Se dice que “*pudo*” porque este aspecto fue puesto en discusión, y hace parte del debate de fondo del proceso, pero la Sala ni siquiera podrá abordarlo más adelante por la suerte que correrá el proceso antes de llegar a esas cuestiones.

En efecto, pese a que la posición del actor es ambigua, porque afirma que la cesión que se produjo se rige por los arts. 897 y ss. del Co de Co., que regula la cesión de los contratos de tracto sucesivo⁹, para la Sala no puede ser así, sencillamente porque la parte actora y el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda – contratista del HIMAT- lo que pretendieron ceder fue un crédito, hasta por \$40'000.000 -que presumiblemente constaba en un Acta de Obra-, pero de ninguna manera es admisible que su propósito fuera ceder la posición que como parte en el contrato ostentaba éste frente al HIMAT.

Es que la diferencia entre la *cesión de un contrato* y la *cesión de un crédito* es bastante considerable, aunque tengan algunas semejanzas. Entre las últimas basta mencionar que en ambos casos se modifica el titular del crédito y el del contrato, es decir, se presenta una mutación de la posición, de manera que en

⁹ “Art. 887. CESIÓN DE CONTRATOS. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

“La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

adelante la relación habrá de desarrollarse con el nuevo sujeto. Sin embargo, las diferencias son demasiado profundas, y con efectos jurídicos así mismo importantes.

Por ejemplo, en la *cesión del contrato* el cedente deja de ser contratante o contratista –según la posición que ocupa en el negocio jurídico-, mientras que en la *cesión de crédito* derivado de un contrato el contratista cedente sigue siendo contratista del Estado, y sólo el derecho al pago es el que se traslada a otra persona, que sin duda es un tercero en la relación negocial.

Por la misma razón, cuando se *cede el contrato*, en adelante el obligado con el contratante será el cesionario, quien ocupará la posición contractual que tenía el cedente; mientras que la *cesión de un crédito* contractual no modifica la relación contractual, sino al titular del derecho al pago.

En el mismo sentido, en la *cesión de contrato* el cedente –contratista- se libera del cumplimiento de las obligaciones pendientes, las que asume en adelante el cesionario; mientras que en la *cesión de crédito* derivado de un contrato el contratista continúa siendo el mismo, y por tanto conserva las obligaciones del contrato, que continúa, sin reserva alguna.

En estos términos, la *cesión de contrato* es más compleja y profunda en sus implicaciones jurídicas, porque traslada de una persona a otra la posición que tiene en el negocio, con sus derechos y obligaciones –salvo acuerdo en contrario-; mientras que la *cesión de crédito* sólo transfiere al cesionario el derecho al pago de un crédito, y no se asumen cargas u obligaciones derivadas de la relación contractual de donde proviene la deuda.

En el caso concreto no cabe la menor duda que lo que intentaron hacer las partes fue una *cesión de crédito*, hasta por \$40'000.000 –al margen de si efectivamente lo lograron-, nunca una cesión del contrato de obra, entre otras cosas porque ni siquiera el objeto de Diamante Compañía de Financiamiento Comercial le habría permitido asumir obligaciones propias de un contrato de construcción de infraestructura; pero, sobre todo, porque el documento que se aportó como prueba de la cesión no tiene ese alcance, pues de lo contrario habría sido necesaria, además, contar con la autorización, en tal sentido, de la entidad estatal. En estos

términos, la relación jurídica debe estudiarse a la luz de los requisitos de la cesión de crédito, para determinar si se configuraron.

Por esta misma razón, la acción que debió ejercer la parte actora no era la de controversias contractuales, porque la cesión de crédito no altera los sujetos del contrato de obra del cual proviene el crédito cedido, es decir, que si se perfeccionó la cesión –asunto sometido a debate por las partes, y también por el tribunal a quo- el contratante –es decir, el HIMAT- y el contratista –es decir, el señor Carlos Alberto Gómez Arboleda- continuaron siendo los mismos y por eso Diamante Compañía de Financiamiento Comercial era un tercero, no parte del negocio de obra, porque tan sólo podía aspirar a ser titular del derecho a cobrar de una fracción del acta de obra que le cedió el contratista. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

“7. (...) Para que la cesión produzca efectos respecto de éste [deudor] y de terceros, requiérese, según el artículo 1960 ibídem, que el deudor la conozca o la acepte, pero nada más. Su voluntad no desempeña papel alguno en el contrato que originó la cesión, el cual se ajusta únicamente entre cedente y cesionario; para él dicho contrato es *res inter alios*, pues tanto le da satisfacer la prestación o las prestaciones a su cargo a su antiguo deudor o al cesionario, con el fin entendido de que cuando la cesión se le haya notificado o la haya aceptado, el pago válido sólo podrá hacerlo a este último (artículo 1634) si fuere capaz para recibirlo (artículo 1636). – (...). ‘La cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido. Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Respecto a la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión’ (LX, página 611)” (sentencia de 24 de febrero de 1975, G.J. n° 2392 pág. 49).

Entre otras cosas, en virtud de la posible cesión del crédito, el HIMAT tampoco se hizo parte en ese negocio, porque sólo el señor Carlos Alberto y Diamante SA. fueron sus posibles suscriptores. De manera que el deudor, en este contrato comercial, no se integra a dicha relación jurídica, sólo que la ley ordena que se le notifique la cesión para que ante él quede claro con quien cumplirá válidamente el pago, que lo liberará de su obligación.

Que la cesión de crédito constituya un contrato autónomo, donde sus partes son el cedente y el cesionario, no el deudor, lo confirma la doctrina colombiana, que expresa al respecto: “A diferencia de su modelo francés, que concibe la cesión de crédito como una modalidad de contrato de compraventa, nuestro código tipifica

dicha cesión de créditos como una garantía contractual independiente que puede estar mezclada a otras... lo que determina que, además de las regulaciones propias de la cesión, al conjunto del acto también le sean aplicables las reglas pertinentes a estas otras figuras contractuales.” Y luego agrega, sobre los efectos de la cesión, que no se producen frente a terceros “... entre los cuales se cuenta el deudor, que también es un tercero frente a la convención entre el cedente y el cesionario.”¹⁰

Esta conclusión exige definir, ahora, cuál era la acción que podía intentar la parte actora, puesto que la de controversias contractuales no procedía.

Para la Sala debió ejercerse la de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta la negativa expresa del HIMAT de pagarle la suma de dinero restante al actor –cerca de 25 millones de pesos-, y que consta en los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre de 1992 y el 6 de enero de 1993.

En efecto, si se tiene en cuenta que el contrato administrativo era el que habían suscrito el HIMAT y el señor Carlo Alberto Gómez Arboleda, y que este tenía otro contrato comercial con Diamante Compañía de Financiamiento Comercial, entonces la diferencia entre los negocios es evidente. Ahora, que el señor Carlos Alberto cediera un crédito a la compañía de financiamiento lo único que hace es convertirlo en su titular, pero no en parte de ese contrato que dio lugar a la cesión, así que si quien se cree acreedor pretende el pago, debe reclamárselo a la entidad, para agotar la vía gubernativa, y en caso de que no acceda a la solicitud debe demandar la decisión.

Por tanto, la posición jurídica que tiene el cesionario de un crédito contractual –y quizá de cualquier otro crédito- donde el deudor es el Estado, es la común de los administrados, y por tanto tiene el deber de permitir que aquél decida de manera previa sus controversias potenciales –conocida como la *potestad de decisión previa* o también *autotutela declarativa*-, para que produzca el acto administrativo, que, en caso de ser desfavorable, sea sometido a la justicia administrativa para su control.

¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Quinta edición. Ed. Temis. Bogotá. 1994 pág. 290.

Y el actor, que se cree cesionario, en el caso concreto, tuvo precisamente esta misma convicción, tanto así que en dos ocasiones le pidió al HIMAT que le pagara el dinero que estima de su patrimonio. Y la entidad le contestó, en ambos casos decidiéndole de fondo y negando el pago, actos que por su contenido y características tienen la naturaleza de administrativos, y se encuentran en el expediente –según se destacaron en el acápite de las pruebas del proceso (fls. 25 a 30, cdno. 2)-. Por esta razón, al actor le correspondía iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para desvirtuar su presunción de legalidad, pero no lo hizo.

No obstante este defecto procesal, y en obediencia al art. 228 de la CP., la Sala podría darle aplicación al principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, teniendo en cuenta que el trámite procesal de la acción de controversias contractuales es el ordinario -previsto en el CCA.-, y que el de la nulidad y restablecimiento del derecho es el mismo, además de que la *causa petendi* de la demanda es clara en su exposición de los hechos, de los que se pudieron defender los demandados. Sin embargo, el problema consiste en que las pretensiones formuladas no se ajustan a la posibilidad de dictar sentencia en la acción que correspondía ejercer, pues si bien se pidió que se declare que se cedió un crédito, que no se pagó totalmente, que se cancele la diferencia y que se paguen intereses y actualización, faltó lo más importante, en términos de la acción de nulidad y restablecimiento: que se anulen los actos administrativos, por estar afectados de determinados vicios, de los cuales se hubiera podido defender la parte demandada. Como no lo hizo, y este aspecto no lo puede suplir el juez, so pena de violar el derecho de defensa de la parte contraria, resulta imposible darle el trámite de la acción correcta.

Pero más importante que lo anterior, por lo menos para los solos efectos de la decisión que habrá de adoptarse en esta providencia, la Sala deja claro que bajo esta nueva lectura caducó la acción que debió ejercerse, porque la demanda se presentó el 24 de marzo de 1994 y los actos administrativos que debieron demandarse se expidieron el 9 de diciembre de 1992 y el 6 de enero de 1993, y que se entiende los conoció la parte actora, porque en su propio escrito de demanda los relata como hechos de la misma, ocurridos esos días. De allí que si en gracia de discusión se computa la caducidad desde la última fecha, no se habría presentado en tiempo, toda vez que los cuatro meses con que contaba para ello vencieron el 7 de mayo de 1993.

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

FALLA

Modifícase la sentencia proferida el 19 de abril de 2.001, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

Primero. Declárase la caducidad de la acción.

Segundo. Abstenerse de condenar en costas a la parte actora.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.