



13-001-23-33-000-2012-00074-00

Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

<b>Medio de control</b>	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
<b>Radicado</b>	13-001-23-33-000-2012-00074-00
<b>Demandante</b>	SOLTING LTDA
<b>Demandado</b>	CORVIVIENDA
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Actuación</b>	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
<b>Tema</b>	CESIÓN PARCIAL DE POSICIÓN CONTRACTUAL

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse de fondo sobre la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales por la sociedad SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERIA LTDA – SOLTING LTDA, contra el FONDO DE VIVIENDA Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA.

## I.- ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

Fueron invocadas las siguientes:

#### 1.1. PRETENSIONES

*“CORVIVIENDA debe cancelar a la sociedad SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERIA LTDA.- SOLTING LTDA, sociedad que constituyó UNION TEMPORAL con CORVIVIENDA, las siguientes sumas de dinero:*

*1. Saldo de la actualización de precios de las obras de la I Etapa terminadas en el mes de noviembre del año 2008 y que asciende a la suma de \$403.838.732 de los cuales se nos abonó la suma de \$297.617.930.*

*2. Cancelación de los intereses causados sobre los valores retenidos al anticipo para pagar la interventoría de la II Etapa y que ascienden a la suma de \$34.824.071 los cuales fueron descontados el 19 de diciembre del 2008 con el anticipo y devueltos a SOLTING LTDA el 3 de septiembre de 2009.*

*3. Saldo de la actualización de precios de las obras de la II Etapa y que ascendían a la suma de \$ 497.831.547, de los cuales se nos abonó \$412.016.182 el día 5 de octubre de 2009, quedando un saldo pendiente de \$85.815.365.*





13-001-23-33-000-2012-00074-00

4. Reconocimiento de los pagos administrativos en los que había incurrido el ejecutor durante la suspensión de las obras, por total responsabilidad de Corvivienda y su permanente dilatación en la solución de los problemas mencionados anteriormente y que ascienden a la suma de \$593.177.267.

(...)"

## 1.2. HECHOS

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El 27 de diciembre del año 2007 entre la entidad CORVIVIENDA y SOLTING LTDA., se conformó una unión temporal denominada UNIÓN TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA CORVIVIENDA – SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERIA LTDA. SOLTING LTDA., PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA, cuyo objeto era la de unir esfuerzos con el propósito de llevar a cabo la construcción de hasta mil (1000) mejoramientos de vivienda y/o construcción en sitio propio para las familias que resultaren beneficiadas con el subsidio que para tal fin otorguen FONVIVIENDA Y/O CORVIVIENDA para viviendas clasificadas como tipo I en el Distrito de Cartagena y su corregimientos.

La mentada construcción se llevaría a cabo en tres (3) etapas así:

\* I Etapa 387 mejoramientos y/o construcción en sitio propio ubicados en el Barrio Olaya Herrera.

\* II Etapa conformada por 300 mejoramientos.

\* III Etapa conformada por 313 mejoramientos, en los barrios que Corvivienda señalara posteriormente, de acuerdo con el Plan de Desarrollo Local de la ciudad.

- Con base en lo anterior, SOLTING LTDA., presenta la II Etapa de 500 beneficiarios a FINDETER para su elegibilidad siendo declarado elegibles 473 beneficiarios, mediante el certificado No. BUNM-2007-0008 con fecha 10 de agosto del 2007 que fue posteriormente adjudicada por FONVIVIENDA mediante la resolución No. 529 del 28 de diciembre del 2007 y fueron beneficiados 431 postulantes por un valor global de DOS MIL CIENTO





13-001-23-33-000-2012-00074-00

CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CINCUENTA PESOS (\$2.149.634.050).

- Los subsidios solicitados fueron adjudicados el 28 de diciembre del 2007 y el día 7 de marzo de 2008 le fueron entregadas las cartas de asignación a cada uno de los 431 postulantes beneficiarios.

- Por parte de los funcionarios de la entidad se realizaron todas las actividades necesarias para dar inicio a las obras durante los meses de marzo y abril de 2008, entregando la documentación pertinente a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco el día 2 de mayo de 2008.

- En ese orden de ideas, quedaba pendiente por tanto, que CORVIVIENDA procediera a crear el encargo fiduciario para transferir los subsidios de cada uno de los beneficiarios al mencionado encargo, obligación esta que a la Gerente de CORVIVIENDA le tomó más de siete meses realizar.

- El día 25 de noviembre del 2008 con comunicación No. C811-055 enviada por SOLTING LTDA, se le reitera la preocupación a Corvivienda, toda vez que había transcurrido más de once meses desde la adjudicación de la II etapa y no se habían iniciado las obras.

- El día 23 de diciembre de 2008, la firma SOLTING LTDA., recibe el anticipo equivalente al 40% del valor del contrato, por concepto de la cuenta presentada el 28 de noviembre del 2008, en la que se realizó un descuento que correspondía al pago de anticipo del interventor, actuación esta con la que se manifiesta el desacuerdo con la entidad.

- Teniendo en cuenta que las actividades de identificación de los 431 mejoramientos fueron adelantadas en un 100% en el mes de diciembre de 2008, se encontraban algunas carencias que habían aumentado con el paso del tiempo, por lo tanto, se solicitó a la interventoría, programar comité operativo para tratar las novedades encontradas en las viviendas a mejorar.

- Por medio del oficio C-901-078 del 28 de enero de 2009, SOLTING LTDA solicita a CORVIVIENDA directrices para el inicio de las obras, toda vez que había pasado más de un mes de recibido del anticipo sin que se diera respuesta a la aprobación de las obras adicionales y actualización de precios.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

- El día 24 de febrero de 2009 se realiza un comité de obra en el que SOLTING LTDA., se comprometía a empezar las obras el día 2 de marzo del 2009, CORVIVIENDA a su vez, aceleraría la consecución de los recursos para el pago de la actualización de precios, obras adicionales de la I etapa, las cuales fueron terminadas y recibidas en el mes de noviembre del 2008 por parte de la Interventoría y FONADE, adquiriendo también el compromiso en la legalización y pago de mayores cantidades de obras y actualización de precios correspondientes a la II etapa. La empresa SOLTING cumple con su compromiso e inicia las obras el día que está programado.

- El día 14 de abril de 2009, la firma SOLTING LTDA., presenta acta de avance de obras No. 1, correspondientes a la II Etapa, por el valor de \$451.423.150 correspondiente al 35% del valor de los subsidios, es decir, se tenían 150 mejoramientos totalmente terminados y 21 en un avance de más de 60%.

- Se presentó cuenta de cobro para el segundo desembolso de cofinanciación por parte de CORVIVIENDA, ya que esta entidad, desde el inicio se opuso a entregar el 100% de esta, yendo en contravía con lo establecido en la Unión Temporal. Esta actuación trajo como consecuencia la ruptura del flujo de caja de SOLTING LTDA. Ante esta situación, se envía al interventor el día 21 de abril de 2009, comunicación No. C904-096 donde se le solicitaba que acelerara por parte de CORVIVIENDA el desembolso de la primera acta.

- El día 5 de mayo de 2009 se da el pago de la primera acta de obras, por valor de \$ 291.920.304, correspondientes al 35% de la ejecución de las obras de la II Etapa. A esta fecha, aún se está a la espera de los pagos de la primera etapa, los cuales se encontraban en encargo fiduciario, requiriendo solo de la voluntad de CORVIVIENDA para su pago y también se sigue a la espera de la legalización y pago de las obras adicionales y actualización de precios correspondientes a la II Etapa. Como consecuencia de lo anterior, el día 18 de mayo el ejecutor – SOLTING LTDA – y el interventor, toman la determinación de suspender indefinidamente las obras a partir del día 23 del mismo mes, hasta tanto no se haya definido y ejecutado los pagos adeudados al ejecutor SOLTING LTDA.

- En comité de obra realizado el día 8 de septiembre de 2009 se vuelven a tocar los temas por los cuales se tuvo paralizada la obra, sin tomar ninguna decisión. Con comunicación No. C909-136 del 17 de septiembre de 2009 se le reitera a CORVIVIENDA que además de todos los pagos pendientes, está incurriendo en

**Código: FCA - 008**

**Versión: 01**

**Fecha: 18-07-2017**





13-001-23-33-000-2012-00074-00

otros nuevos gastos como son los gastos fijos por parálisis de obra ya que el ejecutor debía mantener un staff fijo de administración y casi el 80% de la nómina de profesionales, toda vez que no se tenía la certeza de cuando se reiniciarían las obras y que muchos de los profesionales tenían contrato con un tiempo igual al de la ejecución de las obras, adicionalmente, se recibían las visitas de la supervisión de FONADE durante esta parálisis de obras.

- Una vez CORVIVIENDA se percata de que se han agotado todos sus argumentos con base en los cuales pretendía que las obras adicionales y la actualización de precios debían ser pagadas por el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial como quedó expresado en la reunión del 10 de julio de 2009, programa por fin realizar un comité técnico con fecha 17 de septiembre de 2009 en el que finalmente accede a que tiene que realizar los pagos, pero a los precios que el ingeniero Javier Orozco se le ocurrió considerar, ignorando por completo que el proyecto fue presentado con precios a la Alcaldía Mayor de Cartagena en el año 2007 y que cualquier reajuste debía tener como base estos mismos precios, actualizados al año 2009, tal decisión debió ser aceptada por la firma SOLTING LTDA, con el fin de no dilatar más el pago y la inevitable iliquidez por la que se atravesaba, igualmente proceder a dar reinicio a las obras, pues los directamente perjudicados eran, además de SOLTING LTDA, los beneficiarios, cuyas viviendas se deterioraban cada día más.

- El día 23 de septiembre de 2009 se formalizaron los acuerdos hechos en el comité operativo del 17 de septiembre del mismo año, mediante la suscripción del otro sí No. 6, aclaración del otrosí No. 6, publicación a la Gaceta Distrital y suscripción de pólizas.

- El pago de las obras adicionales y actualización de precios de la II Etapa se efectuó el 5 de octubre de 2009 y se procedió a suscribir acta de reinicio el día 13 de octubre del 2009. Con estos recursos SOLTING LTDA., acomete obras hasta llegar el 1 de diciembre de 2009 a un avance del 73% como lo certifica el informe ejecutivo de interventoría No. 6.

- Como se puede observar a través de los informes de interventoría, en los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010, el ritmo de trabajo disminuyó ostensiblemente, debido a que los recursos pagados a SOLTING LTDA., fueron invertidos en su totalidad y CORVIVIENDA no daba respuesta a lo acordado previamente, es por ello que en reunión del 17 de febrero de 2010 con la

**Código: FCA - 008**

**Versión: 01**

**Fecha: 18-07-2017**





13-001-23-33-000-2012-00074-00

participación del ingeniero Javier Orozco, supervisor de interventoría, la Licenciada Ruby Díaz, Trabajadora Social de Corvivienda, los señores Jorge Bustos y Robinson Castro en representación de la comunidad y el señor Jorge Torres Celis como representante de SOLTING LTDA, se toma la determinación de enviar nuevamente comunicación a CORVIVIENDA el día 18 de febrero, recordándole los compromisos y pagos que debía efectuar, entre ellos el reconocimiento por mayor permanencia en la obra durante la suspensión del 23 de mayo al 13 de octubre de 2009 donde se le envía cuenta de cobro por un valor de \$199.967.191 con fecha 19 de febrero de 2010. Un mes después con oficio No. UT-IIET-031-10 SOLTING LTDA solicita comité operativo para tratar el tema del reconocimiento por mayor permanencia en la obra durante la suspensión.

- Ante varias circunstancias igualmente adversas y de mensajes verbales recibidos de la entidad, el día 19 de octubre de 2010 se suscribió acta de cesión de la Unión Temporal entre CORVIVIENDA y SOLTING LTDA., pero la firma cesionaria CONSTRUCTORA C.L. & CIA. LTDA., no inició las obras adecuadamente, debido a que CORVIVIENDA accede a que termine el contrato de Complementaria II, III y IV Etapa, que aunque no tenía la experiencia para este tipo de contrato si debía tener la liquidez que no tenía SOLTING LTDA.

- La UNION TEMPORAL celebrada entre SOLTING LTDA y CORVIVIENDA, fue cedida a la CONSTRUCTORA C.L. & CIA. LTDA el 19 de octubre de 2010 y a la fecha de presentación de esta demanda, aún se encuentra en ejecución.

## **2. CONTESTACIÓN**

A través de apoderado judicial, la referida entidad se opuso a las súplicas de la demanda argumentando que ya fueron pagadas en sede administrativa.

Se opuso a las condenas solicitadas considerando que las mismas carecen de fundamento y consecuentemente solicitó la desestimación de lo pedido.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

- "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA" fundada en el hecho de que SOLTING LTDA, cedió de manera voluntaria y expresa el contrato de unión temporal a la empresa Constructora C.L. & Cia. Ltda., suscribiendo para

**Código: FCA - 008**

**Versión: 01**

**Fecha: 18-07-2017**





13-001-23-33-000-2012-00074-00

ello acta de fecha 19 de octubre de 2010 y dicha cesión fue aceptada por parte de CORVIVIENDA de manera expresa.

Agregó que el acto de cesión contractual, regulado en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, tiene una consecuencia directa en relación con la legitimación en la causa por activa, y es que releva al cedente de toda posibilidad de reacción frente a la relación jurídico negocial que existiera entre el mismo y el contratante.

Como consecuencia de la cesión del contrato de unión temporal el cesionario entra en la posición contractual del cedente Solting Ltda, unitariamente y en bloque, de manera que perfeccionado el acto de cesión con la aceptación de Corvivienda, solo el cesionario Constructora C.L. & Cia. Ltda., podría exigir o reclamar perjuicios por el contrato cedido.

- "EXCEPCIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA CESIÓN POR PARTE DE CORVIVIENDA", que se desprende del acto contractual hecho a la empresa Constructora C.L. & Cía. Ltda., realizada en fecha 19 de octubre de 2010.

### **3. MINISTERIO PÚBLICO.**

El señor Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

## **II.- CONSIDERACIONES.**

### **2.1. Competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 numeral 5 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia, por ser un asunto de carácter contractual que involucra una entidad pública.

**Código: FCA - 008**

**Versión: 01**

**Fecha: 18-07-2017**





13-001-23-33-000-2012-00074-00

## 2.2. Problema jurídico.

De hallarse la legitimación en la causa por activa – asunto que se resolverá *ab initio* junto con el otro medio exceptivo propuesto dado que se deriva del mismo argumento -, la Sala contraerá el debate a determinar si es responsable contractualmente la entidad demandada y de ser así, analizara si hay lugar a reconocimientos monetarios.

## 2.3. Tesis

Se darán argumentos para sostener que la demandada es responsable por incumplimiento al contrato de "UNION TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA – SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERÍA LTDA. SOLTING LTDA, PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA", adicionada por el OTRO SI No. 6 y su acta de aclaración.

## 2.4. Argumentación normativa y jurisprudencial.

### 2.4.1. De la cesión contractual

Al decir del ordenamiento jurídico colombiano, con el nombre de cesión del contrato, aparece regulada la institución, la cual permite a los contratantes ceder su lugar en el contrato.

Esa posibilidad para los contratantes, de hacerse reemplazar por un tercero durante la ejecución del contrato, ha sido reglamentada en el Decreto 410 de 1971 y se aplica - al decir de la doctrina<sup>1</sup> - como norma general de toda la contratación mercantil, pudiendo cederse la posición contractual sin necesidad de la autorización explícita del otro contratante, si la ley o la convención no han dicho otra cosa.

En el capítulo VI, título I del libro IV del aludido Código de Comercio se regula la cesión contractual, tal y como pasa a verse:

*"Art 887.- 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*

<sup>1</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar. CONTRATOS MERCANTILES, Teoría General del Negocio Jurídico Mercantil, Decimotercera Edición 2016. Pág. 249





13-001-23-33-000-2012-00074-00

*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 han sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido." (Negritas y subrayas puestas)*

La doctrina<sup>2</sup> advierte que la cesión de contratos es muy diferente a la cesión de créditos que regula el Código Civil, puesto que en esta se sustituye un sujeto por otro, pero únicamente en el lado activo de la relación obligacional. El crédito que se cede, puede tener origen en diversos tipos de negocios jurídicos, incluso en el mismo contrato y el lado pasivo de la relación obligacional permanece inmutado, simplemente se cumple con algunas formalidades para que le sea oponible la cesión al obligado.

La cesión de contrato en cambio – se arguye<sup>3</sup> - al permitir la sustitución de una de las partes en el contrato que se ejecuta, valida al tercero cesionario para que adquiera los derechos y las obligaciones que correspondían al contratante cedente como efectos del contrato, es decir, lo que en realidad se cede, es mucho más que las posiciones o lados activos de las relaciones obligacionales; se cede también, el lado pasivo, pues del contrato surgen como efecto obligaciones y derechos para las partes y la cesión de la posición contractual de una de ellas coloca al tercero cesionario en su lugar, en las mismas circunstancias frente al otro contratante.

También se explica la diferencia entre la cesión de posición contractual y la novación, a partir de que, esta última "siempre consistiría en la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. Se trata de una prestación que reemplaza a la antigua, por ello es una forma de extinguir las obligaciones. Así se trate de novación subjetiva, bien por el cambio de acreedor o de deudor, es diferente a la institución de la cesión de posición contractual".

"En la novación por cambio de acreedor, el deudor contrae una nueva obligación para con un tercero y el anterior acreedor lo declara libre en consecuencia; dicha novación sucede cuando un nuevo deudor sustituye al anterior, quien queda por ello liberado de la obligación".

---

<sup>2</sup> ídem

<sup>3</sup> ídem, pág. 251





13-001-23-33-000-2012-00074-00

En suma, se puede colegir entonces que la cesión de posición contractual es una figura muy distinta a la novación pues no se trata de una nueva obligación que sustituye la antigua, sino de un tercero que para ocupar en el contrato, el lugar que ocupaba el contratante cedente con los mismos derechos y obligaciones del cesionario.

Lo anterior se atempera a lo contemplado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que al respecto ha discernido (específicamente respecto a la posibilidad de ceder parcialmente el contrato)<sup>4</sup> lo siguiente (se transcribe *in extenso*):

*"(....) Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder su posición contractual en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido. Desde luego, no es cesión autónoma de créditos porque esta institución transfiere exclusivamente un crédito, esto es el aspecto activo de la relación obligatoria como derecho a exigir el cumplimiento de la prestación o de la acreencia por parte del deudor; tampoco es asunción de deudas, porque aquí se transmiten pasivos, se cede una deuda con acuerdo del acreedor cedido. **La cesión contractual es la sustitución o transmisión de parte o todo de las relaciones contractuales, tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato.** (Negrillas y subrayas puestas)*

*De ahí, la cesión contractual tiene por efecto "(...) el subingreso, por un solo acto de un nuevo sujeto en la posición jurídica activa y pasiva de uno de los originales contratantes, sin necesidad de acudir a dos actos separados de cesión en la parte activa y de asunción en la posición pasiva. Como opera una sucesión total en la relación jurídica, la cesión de contrato es un medio técnico de circulación más progresiva que la cesión de crédito y la asunción de deuda"<sup>5</sup>.*

*Se trata, en consecuencia, de la transmisión a favor de un tercero, el cesionario contractual "(...) de toda la posición contractual de uno de los contratantes originarios (cedente), como complejo de derechos y obligaciones interdependientes que existían en cabeza del contratante (...)"<sup>6</sup>. Y no simplemente de la transmisión de un bien, sino de la condición de contratante de una las partes a un tercero, como función económico social, en un contrato bilateral.*

*4.2.2.2. En materia civil, la cesión contractual, en línea general, se encuentra desprovista de regulación positiva, pues únicamente se alude a los "créditos personales", esto es, al cambio del acreedor (artículo 1959 del Código Civil), y no a las obligaciones correlativas, vale decir, a la sustitución del deudor. Esto, desde luego, no significa, en virtud del principio*

<sup>4</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, SC9680-2015, Radicación n.º 11001-31-03-027-2004-00469-01, Sentencia de veinticuatro (24) de julio de dos mil quince (2015).

<sup>5</sup> BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1970. p. 224-225. Tomo II.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 225.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

general de negociación, su inviabilidad, siempre y cuando en el reemplazo del solvens medie el consentimiento del accipiens.

En palabras de la Sala, los "(...) contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso de hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante (...) lo hubiera consentido (...). En la cesión de derechos y obligaciones procedentes de un pacto bilateral, habría no sólo una cesión de derechos sino una sustitución del deudor (Fernando Vélez, Tomo 7, página 336)"<sup>7</sup>.

Como en otra ocasión se señaló, las "(...) obligaciones, y especialmente las que se contraen intuitu personae, no pueden cederse sin el consentimiento de la parte en cuyo favor se contrajeron. Es la falta de consentimiento de esta parte lo que hace ineficaz la cesión (...)"<sup>8</sup>.

Por esto, al decir de la Corte, la "(...) cesión del contrato es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el traspaso que, con el consentimiento del otro -a menos, claro está, que exista disposición legal en contrario-, un contratante hace a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral (...)"<sup>9</sup>.

La razón de ser de lo anterior estriba en que es distinto sustituir a un acreedor que a un deudor. Respecto del primero, la posición del obligado no sufriría afectación, pues al fin de cuentas, su prestación tendría que solucionarla sin importar el nombre del titular. Con relación al segundo, la cuestión sería trascendente, en cuanto, muy seguramente, la persona del solvens, su capacidad económica, reputación, en fin, se habrían erigido en factores de confianza y de garantía al momento de otorgarse el crédito, por lo tanto, como esas condiciones bien pueden no concurrir en el deudor reemplazante, es natural entender que el consentimiento del accipiens se hace necesario.

**4.2.2.3. El Código de Comercio, en cambio, sí posibilita la sustitución parcial o total de los contratos de ejecución periódica o sucesiva, o de cumplimiento instantáneo inejecutados, salvo que la ley o las partes lo limiten o lo prohíban, sin necesidad de la aceptación expresa del contratante cedido, a no ser que se trate de una convención celebrada intuitu personae (artículo 887).** (Negrillas y subrayas puestas por la Sala)

El consentimiento dicho, sin embargo, no es un requisito de validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, pero sí para medir sus consecuencias (artículo 894 del Código de Comercio). Como tiene explicado la Corte, "una cosa es la aceptación como condición de validez (...), y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, estos sólo se producen 'desde la notificación o aceptación'"<sup>10</sup>.

4.2.2.4. En suma, relativo a la cesión de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, ya civil, sin prohibición legal para efectuarla, ora comercial, con regulación positiva, en cuanto hace a las obligaciones correlativas, la salida del contratante cedente se ejecuta

<sup>7</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 29 de mayo de 1942, LIV-114.

<sup>8</sup> CSJ. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 15 de junio de 1943, LV-718.

<sup>9</sup> Providencia de 22 de mayo de 1995, CCXXXIV-916, primer semestre.

<sup>10</sup> CSJ. Civil. Sentencia 063 de 4 de abril de 2001, expediente 5628.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

sin necesidad de aceptación expresa del extremo cedido, salvo prohibición convencional (artículo 887 del Código de Comercio).

En el punto, claro está, el cambio de posición contractual difiere sustancialmente de la cesión de una obligación -propiamente denominada, asunción de deuda-, porque en este caso, como anteladamente se advirtió, la salida del deudor cedente se supedita, so pena de inoponibilidad, a la voluntad del acreedor cedido, como mecanismo legal de protección de sus intereses. Como institución autónoma, halla antecedentes conceptuales de los parágrafos 414 a 418 del BGB<sup>11</sup>.

Si bien la declaración de voluntad en cuestión, conlleva liberar al primitivo deudor, la cesión del contrato constituye una figura autónoma, distinta de la novación subjetiva, inclusive de la delegación y de la asunción de deuda (artículo 1694 del Código Civil). En términos generales, la diferencia estriba, porque estos últimos mecanismos, por sí, implican el pago de la obligación contraída, de ahí que, una vez efectuado, nada habría que transferir; mientras la cesión comporta el tránsito de la prestación de una persona a otra, sin extinguirse. (Negritas y subrayas de la Sala).

Finalmente es importante señalar lo que al respecto esboza en su obra<sup>12</sup> el Doctor José Ignacio Narvárez García, dado que, no obstante armonizar con lo que viene de exponerse, agrega un condimento adicional y es que, producida la cesión de la posición contractual, no se extingue el vínculo contractual para crear uno nuevo, pues no se trata de una novación.

“Los artículos 887 a 896 del Código de Comercio regulan el fenómeno consistente en traspasar a un tercero los derechos y las obligaciones generadas en un contrato vigente, sin extinguir el vínculo contractual para crear otro nuevo, es decir, sin producir novación. Existe así la posibilidad para cada una de las partes del contrato de ejecución periódica o sucesiva de hacerse sustituir por otra persona en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas de aquel, sin necesidad del consentimiento expreso del contratante cedido, salvo que por la ley o por estipulación convencional se haya prohibido o limitado la sustitución. ...”

Evidentemente, aun cuando no es tema pacífico, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo ha aceptado la aplicación de la figura de la cesión contractual; sin embargo, no obstante ello, ha puesto de relieve que la misma solo puede operar cuando medie la aceptación de la entidad contratante dadas las formalidades que les son ínsitas al contrato estatal y bajo la denominación de **modificación del contrato**, en tanto supone el cambio o sustitución de una parte por otra.

<sup>11</sup> CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. Traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 120.

<sup>12</sup> Derecho Mercantil Colombiano – Obligaciones y Contratos Mercantiles. Pág.: 50





13-001-23-33-000-2012-00074-00

Es así que, armonizando la regla 887 del decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) con la 13 de la ley 80 de 1993, la jurisprudencia aceptó la aplicación de la figura, bien sea de manera total, ora parcial, como a continuación se esboza<sup>13</sup>:

*"(...) Vale la pena observar que al amparo de la legislación comercial la cesión de los derechos derivados de un contrato ha dado lugar a modalidades de la cesión parcial como por ejemplo la cesión de la posición acreedora, las acreencias contractuales, los derechos económicos, los derechos al beneficio, las ganancias o a las utilidades del contrato, soportadas todas ellas en desarrollo de la libertad negocial, por virtud de la cual las partes pueden convenir en ceder el contrato total o parcialmente, algunos o todos los derechos, lo cual da cabida a la figura de la cesión referida a los derechos resultantes en la liquidación del contrato, sin desprenderse de las obligaciones que permanecen en cabeza del contratista cedente."*

Respecto a la aceptación previa de la entidad contratante, necesaria para abrir el umbral de la cesión contractual, este último fallo indica:

*"(...)*

*La regla general de exigencia de **aceptación previa** de la entidad contratante al contratista cedido, la cual se predica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 887<sup>14</sup> del Código de Comercio, aplicable en el contrato estatal por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993<sup>15</sup>, amén de que en materia del contrato estatal, siendo el contrato configurado mediante escrito, sólo puede modificarse por el mismo medio, es decir a través de escrito firmado por las dos partes.*

*En lo que se refiere a la cesión del contrato estatal o a la de una parte del mismo, la Sala advierte que se trata de un **evento de modificación del contrato**, en tanto supone el cambio o sustitución de una parte por otra, respecto de lo cual se regresa a la exigencia de **aceptación previa** de la parte contratante por cuanto el contrato estatal es de*

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Sentencia de primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 85001-23-31-000-2001-00308-01(35998).

<sup>14</sup> "Artículo 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."

<sup>15</sup> De la normatividad aplicable a los contratos estatales.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

carácter personal, celebrado en atención a la condición de las partes, amén de que se accede a él mediante el procedimiento previo y reglado de la contratación estatal que no podría verse vulnerado mediante la figura de la cesión a un tercero escogido a través de un acuerdo contractual directo entre cedente y cesionario, por fuera de las normas que se aplicaron en la formación del contrato respectivo.

Se agrega a ello que la aceptación a la cesión del contrato genera importantes efectos sobre los derechos y obligaciones, las acciones y garantías del contrato, por manera que no podría ser impuesta sin el consentimiento de las partes.

En tratándose de la observancia y aplicación de las normas del Código de Comercio, respecto de la cesión del contrato estatal y sus efectos sobre los derechos y obligaciones de las partes, la aludida jurisprudencia, evocando precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha destacado que:

*"La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula "a la orden" u otra equivalente, en el que sólo bastará el endoso del documento (art. 894 e inc. 3 art. 888 C. Co.). **Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido;** pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.)"<sup>16</sup>.*

Por demás, se precisa que la cesión contractual deviene en un fenómeno limitado por el principio de selección objetiva desarrollado en la ley 80 de 1993, y de ahí la importancia de la aceptación de la misma por la entidad contratante:

"(...)

**La Sala no puede dejar de observar que la cesión del contrato estatal encuentra sus límites en el principio de la selección objetiva del contratista por lo cual no constituye una potestad abierta o derecho alguno a negociar la posición contractual y entrar a determinar al respectivo cesionario del contrato a través de una decisión del contratista.**

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 28 de septiembre de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), actor: Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A.-Confianza, demandado: Telecaté Ltda., referencia: asuntos contractuales- apelación sentencia.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

A su vez, se desprende del deber de la selección objetiva que la autorización de la entidad contratante para la cesión del contrato se exige por virtud de la ley, debe obedecer a una situación excepcional prevista en la misma o enmarcada dentro de un supuesto de orden legal, sin duda razonado y expresado en forma previa a la cesión, en respeto de los principios de la contratación estatal, observados de la misma manera en que haya tenido lugar para la adjudicación del contrato correspondiente.

Por ejemplo, existen algunos eventos previstos en la Ley 80 expedida en 1993 en los cuales se puede acudir a la cesión contractual, como son la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente del contratista<sup>17</sup> y la cesión que se podría derivar por razón del contrato de seguro, con el propósito de que la compañía aseguradora cumpla con el objeto garantizado en los eventos de la terminación unilateral del contrato o de la caducidad decretada al mismo<sup>18</sup>.

**Se concluye de todo lo anterior que la cesión total o parcial del contrato estatal, en principio está prohibida y sólo podría tener lugar por la vía de una modificación del contrato debidamente aceptada por la entidad contratante, sobre la base de un evento legal que la permita.**

En el mismo orden de ideas, el cesionario del contrato estatal llega a constituirse en parte contractual en la medida en que sea aceptado por la entidad contratante y aún más, se advierte que el acuerdo entre las partes (cedente y cesionario) no puede colocar a un tercero en la posición de contratista y generar efectos frente a la entidad contratante hasta tanto no se produzca su aceptación, amén de que podría negarse tal autorización a la cesión, si diera lugar a configurar como parte contractual a quien debe acudir al procedimiento de contratación legalmente establecido o carece de las condiciones para acceder a la respectiva posición contractual, como en el caso de la cesión del convenio interadministrativo a favor de un tercero que no reúne la calidad de entidad estatal, necesaria para ser parte del mismo."

En punto a lo discernido, huelga traer a colación para ahondar en argumentos otra destacada *ratio decidendi* del Honorable Tribunal de Cierre de nuestra jurisdicción<sup>19</sup>, que fija el alcance de la "cesión de contrato" o "cesión de posición contractual", para diferenciarla de otras figuras como la cesión de créditos, o la sunción de deudas.

Sobre el particular, con especial *sindéresis* informó el alto tribunal:

"(...)

**1.3.** Los negocios jurídicos son instrumentos que permiten que las personas regulen o dispongan de los intereses radicados en su cabeza, exceptuados por supuesto aquellos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico prohíba su regulación o disposición, y dentro de ellos se distinguen los contratos que no son otra cosa que negocios jurídicos que

<sup>17</sup> Artículo 9. De la Ley 80 de 1993.

<sup>18</sup> Artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia de veintiséis (26) marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03763-01(22831)





13-001-23-33-000-2012-00074-00

se caracterizan por requerir de la presencia de dos o más partes para hacer la regulación o disposición y que lo regulado o dispuesto tiene un contenido económico.

Ahora, los contratos persiguen crear, regular o extinguir relaciones jurídicas económicas, tal como se lee en el artículo 864 del Código de Comercio, y por ende específicamente se puede afirmar que el contrato puede ser fuente de obligaciones, las que pueden surgir a cargo de una de las partes o de todas ellas, caso éste último en que el contrato se califica como sinalagmático o de obligaciones recíprocas.

Por su parte la obligación, como suficientemente se sabe, consiste en un vínculo jurídico en que una parte asume el deber de satisfacer una prestación en favor de la otra.

Con otras palabras, de la relación obligatoria surge un derecho personal para el acreedor que tiene por objeto una conducta o prestación del deudor, conducta que sólo puede ser exigida de éste.

El derecho personal del acreedor se denomina crédito y puede ser transferido a terceros mediante el negocio jurídico que la ley y la doctrina comúnmente llaman cesión del crédito y cuya regulación se encuentra en los artículos 1959 del Código Civil.

La "adpromisión" y la "expromisión" son formas de asunción de la deuda y en esencia persiguen, en el primer caso, que un tercero asuma la posición del deudor junto con éste o, en el segundo, que simplemente lo sustituya en ella.

Luego, como puede advertirse tanto en la cesión del crédito como en la asunción de deuda se trata de ocupar el lugar del acreedor o del deudor inicial pero considerando aislada o individualmente el crédito o la deuda.

Por su parte un tercero puede ocupar la posición de uno de los contratantes iniciales mediante la denominada "cesión de la posición contractual", o más escuetamente cesión de contrato," que consiste fundamentalmente en que se trasladan al tercero el conjunto de derechos y obligaciones que estaban a favor y a cargo de la parte contractual que es sustituida.

Por consiguiente la cesión de la posición contractual es un fenómeno propio de los contratos sinalagmáticos o de prestaciones correlativas ya que si se trata de un contrato unilateral bien puede encausarse el asunto por la vía de la cesión del crédito o de la asunción de la deuda, según sea el caso.

En este sentido la doctrina precisa que "en cambio, cuando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora-deudora)"<sup>20</sup>

A no dudarlo, de lo que viene de citarse se extrae que cuando se cede la posición contractual en la relación negocial, el resultado no puede ser otro

<sup>20</sup> F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 526.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

que la sustitución de una parte en el contrato y la operación genera el traspaso simultáneo de los créditos y obligaciones recíprocas como unidad jurídica.

#### 2.4.2. Del medio de control de controversias contractuales.

A propósito del medio de control de controversias contractuales, el artículo 141 de la ley 1437 de 2011, establece:

*"Cualquiera de las **partes** de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de actos los administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.*

*El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en el hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."*

Ahora bien, dentro de la reconfiguración dogmática del medio de control previsto en la precitada ley, se conservaron los rasgos característicos que fueron previstos en el decreto 01 de 1984, admitiendo además la posibilidad de ejercer pretensiones reparadoras o indemnizatorias diferentes a las derivadas de la declaratoria de existencia o de incumplimiento del contrato, pero siempre y cuando estén vinculadas al contrato.

Así lo expone el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia:<sup>21</sup>

*"(...)*

*En vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el legislador conservó las notas características del medio de control de controversias contractuales, permitiendo que a través de su ejercicio se pueda discutir*

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia de dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00186-01 (57177). Actor: ALBERTO GUENALDO AYALDE GONZÁLEZ, EDUARDO AYALDE GONZÁLEZ. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y EL INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL-INCODER.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

*ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que puedan originarse en una relación contractual. En efecto, el artículo 87 del C.C.A. ahora previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. al establecer que en ejercicio de la acción de controversias contractuales también se puede pretender que "se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes", otorga la posibilidad de que los administrados en ejercicio de esa acción puedan elevar pretensiones diferentes a las expresamente tipificadas en la norma. Con otras palabras, la redacción de la norma le otorga la posibilidad a los administrados para que en ejercicio de la acción de controversias contractuales puedan elevar pretensiones reparadoras o indemnizatorias diferentes a las derivadas de la declaratoria de existencia del contrato o a la declaratoria de incumplimiento de éste, siempre y cuando, desde luego, que estén vinculadas con un contrato."*

La más avezada doctrina,<sup>22</sup> sostiene que la acción referente a controversias contractuales, por regla general, es de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia 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 las demás declaraciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones y operaciones propias de la ejecución del contrato.

Arguye además que excepcionalmente y conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, el medio de control contractual puede revestir las características de objetivo, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es de nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general.

#### **2.4.3. Declaratoria de incumplimiento, terminación o resolución del contrato.**

El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tacita prevista en el artículo 1546 del C.C., según la cual, "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado". Puede en estos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir solicitar

<sup>22</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo). Universidad Externado de Colombia Tomo III Pág. 229.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento.

En lo que hace relación al incumplimiento contractual, debe destacarse que se trata de una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Ello implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consecuencial de la indemnización correspondiente de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada con ocasión al presunto incumplimiento de la otra.

Aunque el legislador admite que la administración actúe procesalmente como demandante o demandada, en estas hipótesis, por regla general, no puede actuar como demandante, en la medida en que cuenta con poderes excepcionales como el de caducidad que le permite declarar administrativamente esta situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4º y 14º de la ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hubieren sido pactadas. Así mismo, el contratista no podría constreñir judicialmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo a lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 141 de la ley 1437 de 2011.

#### **2.4.4. Pretensión de cumplimiento e indemnización de perjuicios.**

En palabras de la obra traída a cita<sup>23</sup>, en materia contenciosa administrativa contractual, el componente del precitado artículo 1546 del C.C., relativo a la pretensión de cumplimiento del contrato, esto es, la posible pretensión de que se cumpla lo pactado cuando existe incumplimiento de una de las partes, ha sido puesto en duda por nuestra jurisprudencia. Para la Corporación, en los litigios relativos a la contratación estatal no está prevista la acción de cumplimiento, "entendida como aquella orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírsele que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del

<sup>23</sup> ídem





13-001-23-33-000-2012-00074-00

contrato, como tampoco cabe exigir el cumplimiento judicial del contratista si fue este el que incumplió el contrato".<sup>24</sup>

Lo procedente frente a la primera hipótesis sería un típico pronunciamiento de la justicia sobre responsabilidad contractual de la administración que debe concretarse en una solicitud al juez para que, previa declaratoria de responsabilidad por incumplimiento, ordene reconocer y pagar los perjuicios que con su conducta causó al contratista, esto, como consecuencia previa, obvia y necesaria, se insiste, de una declaración de incumplimiento. Por otra parte, si el incumplido es el contratista, existen las medidas correctivas y las potestades sancionadoras atribuidas a la administración por la ley para asegurar la ejecución del objeto contractual, mediante declaratoria de incumplimiento que puede conducir a la imposición de multas e inclusive a la declaratoria de caducidad. A estas conclusiones llega la incorporación de la aplicación preferencial de la norma especial del artículo 87 del CCA (hoy 141 del CPACA), sobre el texto del artículo 1546 del C.C. que es norma general.

En virtud del principio de especialidad se deduce este criterio restrictivo de la pretensión de incumplimiento. La tesis se construye a partir del texto claro del artículo 87 del C.C.A. (Hoy 141 CPACA) que determina como una de las pretensiones básicas del contencioso contractual del Estado la de que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios. Esto significa que la aplicación del artículo 1546 del C.C. , que consigna la llamada condición resolutoria tácita, en relación con los contratos estatales presenta algunas variaciones sustanciales respecto de lo dispuesto en el Código Contencioso, de aquí que la pretensión consecuencial de simple indemnización sea principal en materia administrativa, previa la determinación de responsabilidad por incumplimiento.

#### **2.4.5. La declaratoria del incumplimiento contractual desde la perspectiva actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado y su incidencia en la carga de la prueba.**

Por demás, el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo ha declarado que es fundamental, cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad contractual por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en virtud del

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2000, Exp. 13530. CP. Ricardo Hoyos Duque.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

contrato estatal, que la parte actora demuestre: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-contratante y; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio<sup>25</sup>.

Pero además, en tratándose de contratos sinalagmáticos, reiteró la regla jurisprudencial trazada de antaño, según la cual al actor le incumbe doble carga, cual es: acreditar que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, para después abrir la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga.

Así se expuso<sup>26</sup>:

"(...)

#### **5. De la declaratoria de incumplimiento contractual**

*En atención a que el argumento de alzada, en esencia, se centra en obtener la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, es de fundamental importancia tener en consideración que cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato, a la parte actora le asiste el deber de demostrar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-contratante; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio<sup>27</sup>.*

*También se insiste en que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos<sup>28</sup> tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección<sup>29</sup>.*

**En efecto, los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de los dictados del artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado.**

**En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que ejerce la acción con esa finalidad acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus**

<sup>25</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Sentencia del trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00025-01(43458). Actor: AESCA S.A.. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

<sup>27</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>28</sup> Artículo 1498 del C.C.: "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...".

<sup>29</sup> Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 26 de agosto de 2015, Expediente No. 43.227, C.P (E) Hernán Andrade Rincón.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

obligaciones, pues solo así se abrirá la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga. (Negritas puestas por la Sala).

#### 2.4.6. Ruptura del equilibrio económico del contrato y principio de oportunidad.

La jurisprudencia se ha encargado de definir en qué momento debe o es posible restablecerse el equilibrio económico del contrato, ante circunstancias que denotan mayor onerosidad para el contratista, y con ello, ha planteado los requisitos inherentes al deber probatorio cuando se alegan circunstancias imprevisibles generadoras de ese desequilibrio.

Sobre el particular, se ha esbozado<sup>30</sup>:

"Así las cosas, para la Sala es claro que las circunstancias alegadas por el consorcio contratista como constitutivas de fuerza mayor y generadoras de un desequilibrio económico del contrato no cumplen con los requisitos de ser de carácter imprevisible e irresistible o inevitable, (...) También se encuentra demostrado que las circunstancias referidas se habían presentado antes de la suscripción de los otrosíes. (...) Pero además, dichas circunstancias fueron las que dieron lugar al acta de suspensión que suscribieron las partes (...) oportunidad en la cual el consorcio contratista tampoco formuló ningún tipo de salvedad o reclamo de carácter económico. (...) **Ahora, con independencia de que se haya generado o no un desequilibrio económico del contrato con ocasión de las alegadas circunstancias, para la Sala es claro que para que sea procedente su restablecimiento, se encuentra en cabeza de quien lo pretende la carga de demostrar que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista. (...) [Y también] debe cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. (...) [Así, p]úes (...) esto es lo que acontece en el asunto que ahora se somete a decisión, pues es evidente (...) que el consorcio demandante procedió a convenir suspensiones y prórrogas en el plazo inicialmente pactado, sin que en ninguno de ellos consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de carácter económico por las alegadas circunstancias sobrevinientes, razón por la cual se considera que al momento de la suscripción de los documentos que contiene cada uno de esos actos se restableció el equilibrio económico que pudiera estar alterado precedentemente, pues nada se dijo en contrario. (...) [En consecuencia, se encuentra] que la razones expuestas por la entidad contratante y que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento por parte del contratista se encuentran directamente relacionadas**

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Sentencia de ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614). Actor: CONSORCIO POZOS DE BOGOTA. Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)





13-001-23-33-000-2012-00074-00

con hechos o circunstancias que eran razonablemente previsibles para el consorcio contratista para la fecha en la que celebró el contrato y frente a las cuales debió adoptar las medidas necesarias para mitigar su impacto. (...) En cuanto a la carga de la prueba en cabeza del consorcio accionante, (...) éste no allegó ninguna prueba tendiente a demostrar que las circunstancias sobrevinientes alegadas no se ocasionaron por alguna culpa imputable a él, (...) [además,] la accionada dio respuesta a todas y cada una de las comunicaciones y derechos de petición remitidos por el consorcio contratista. [Y sus actos tampoco fueron expedidos con falsa motivación (...)]. [Por lo anterior,] no encontrando acreditados ninguno de los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda. (...) [Tal y como] lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia[, por lo que] la sentencia apelada deberá ser confirmada negando las pretensiones de la demanda y [se] manten[drá] incólume la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidas las Resoluciones Nos. 00028 del 18 de enero de 2012, la No. 330 del 7 de mayo de 2012 y la No. 01038 del 19 de julio de 2013, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró el incumplimiento del contrato de obra pública No. 1442 de 2010, se resolvió el correspondiente recurso de reposición interpuesto y se ordenó su liquidación. **NOTA DE RELATORÍA:** Problema jurídico 1: ¿Es procedente reclamar indemnización por supuesta ruptura del equilibrio contractual con posterioridad a que las partes hayan suscrito adición o prórroga del contrato en ejecución?"

Huelga colegir entonces que quien pretenda el restablecimiento del equilibrio contractual, tiene la obligación, no solo de pedirlo en la oportunidad establecida para ello, cual es, según la regla transcrita, en "**las suspensiones, adiciones o prórrogas del contrato**", haciendo las salvedades pertinentes, sino además de comprobar que la alteración económica del contrato es **grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista.**

En sentencia de más actualidad<sup>31</sup> se sostuvo la tesis que viene de analizarse, con el ingrediente adicional de la buena fe como principio rector de la relaciones contractuales, que presupone la comunicación de toda circunstancia imprevista y no imputable a las partes en las oportunidades dispuestas para ello y en aras de evitar sorpresas ulteriores.

Así se expuso:

"Es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente. En efecto, tanto el

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Sentencia de veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00118-01(52666), Actor: ARGOZ CONSTRUCCIÓN OBRAS CIVILES S.A Y OTROS, Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS





13-001-23-33-000-2012-00074-00

artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..." (...) Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes (...) De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia (...) Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

## 2.5. Argumentación fáctica – probatoria

En punto a lo tocante con la falta de legitimación en la causa por activa invocada por el extremo pasivo de la litis, fuerza concluir que la misma no está llamada a prosperar dado que se acreditó, no solo el convenio en el que se decantó la cesión contractual (**parcial**), sino la aceptación de la administración (CORVIVIENDA) respecto al cambio de la persona llamada a cumplir el resto del contrato. Aunado a ello, también se tiene el contrato per se, a que accede la mentada cesión (véase folio 12 a 14 Cdno. No. 1.)

Y es que, la cesión contractual encuentra respaldo y soporte en el documento que milita a folio 149 y 150 del cuaderno principal No. 1, y de él deviene la intención clara de transferir de manera **parcial** a la firma cesionaria los derechos y obligaciones que a partir de la fecha del acuerdo (27 de octubre del 2010) y en adelante le correspondían al actor en aras del cumplimiento total del contrato de "unión temporal". De ahí también se desprende la aceptación expresa por parte del cedido (CORVIVIENDA) y la entrega de lo hasta ese momento ejecutado por la parte accionante.

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





13-001-23-33-000-2012-00074-00

El texto del citado documento (aun cuando el mismo no fue titulado propiamente como una cesión de contrato), permite definir esa intención, pues debe tenerse presente que el acto no se desnaturaliza por la denominación que se le dé, y debe en cambio estarse a lo que su contenido revela.

De entre sus líneas se lee:

"Entre el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL CORVIVIENDA....., y para los efectos del presente acta de cesión de la Unión Temporal se denominara EL OFERENTE y por la otra, JORGE TORRES CELIS, igualmente mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado....., y en calidad de representante legal del establecimiento de comercio denominado SOLUCIONES TECNICAS DE INGENIERIA LTDA – SOLTING LTDA identificado con Nit. No. 806.016.556-7, a quien se conoce como el EJECUTOR, hemos convenido celebrar de mutuo acuerdo a través de un acta de cesión de obras ejecutadas y por ejecutar del contrato de Unión Temporal suscrito entre el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Corvivienda – Soluciones Técnicas de Ingeniería Ltda. – Solting Ltda. y el ingeniero CESAR CANABAL BABILONIA, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía ..... y en calidad de representante legal de la firma CONSTRUCTORA C.L & CIA LTDA identificada con NIT 800255602-0, a quien se conocerá como el Cesionario, para llevar a cabo al realización y terminación de los mejoramientos de viviendas en diferentes barrios del Distrito de Cartagena de Indias, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

(...)

c) Que al momento de hacer la cesión de los derechos y obligaciones que tiene SOLUCIONES TECNICAS DE INGENIERIA LTDA – SOLTING LTDA, en la presente Unión Temporal, la misma hace entrega y deja constancia de lo siguiente:

1. Especificaciones técnicas del proyecto.
2. Estados de las viviendas intervenidas y porcentaje d avances.
3. Listados de viviendas faltantes sin intervenir.
4. Cuadros de análisis de precios unitarios presentado según estudio inicial.
5. Cuadro de presupuesto por viviendas según estudio inicial y lo proyectado en obras mayores cantidades y obras adicionales aprobado por interventoría.
6. Acta de comité con los acuerdos entre Solting Ltda. y CORVIVIENDA, para la actualización de precios unitarios, mayores cantidades de obras y obras adicionales realizadas en septiembre del año 2009.

Que en virtud de las anteriores consideraciones, las partes de común acuerdo y expresando su libre consentimiento resuelven:

PRIMERO: Que el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL CORVIVIENDA, como entidad OFERENTE acepta y autoriza la cesión del contrato en mención previa revisión de la idoneidad, calidad y condiciones del cesionario especialmente a lo que atiende a su experiencia.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

SEGUNDO: Que se determina como obligación de la cesión lo siguiente: El Cedente (SOLTING LTDA) se obliga A): entregar ejecutada en un 100% la Etapa I de la presente Unión Temporal que equivale a 297 mejoramientos terminados y recibidos por CORVIVIENDA a la fecha (los cuales fueron ejecutados hasta septiembre del 2008); B): entregar la Etapa II, 297 mejoramientos terminados y recibidos por CORVIVIENDA en un 100% y 10 mejoramientos en un 20% (materiales).

TERCERO: El Cesionario CONSTRUCTORA C.L. & CIA LTDA representada legalmente por el ingeniero Cesar Canabal Babilonia se obliga A) a terminar el 80% de los 10 mejoramientos iniciados por el cedente en el Etapa II; B) ejecutar los 124 mejoramientos faltantes en un 100% para completar 431 mejoramientos de la Etapa II; C) ejecutar la Etapa III equivalente a 196 mejoramientos en un 100%; D) ejecutar la Etapa IV equivalente a 77 mejoramientos en un 100%; E) el cesionario manifiesta conocer las actuales condiciones técnicas y financieras con las cuales se viene ejecutando el proyecto.

Para constancia se suscribe por los que en ella han intervenido a los veintisiete (27) días del mes de octubre del año Dos Mil Diez (2010)  
(...)"

Por la fuerza de lo que expresa el documento que viene de transliterarse, en armonía con lo que demuestra aquel que obra a folio 145 y 146 ídem (aceptación de la cesión), con todo y la aparente confusión respecto al contenido y alcance del acto contractual per se, deviene palmario que el actor cedió su posición contractual y que a partir del 27 de octubre del 2010 (fecha en que se extendió el acta de la cesión y se consolidó la aceptación del cedido) la Constructora C.L. & CIA LTDA tomó su lugar en la relación contractual, adquiriendo las obligaciones de ejecución del contrato hacia el futuro y en la forma en que se expuso en el acta que consolidó el acuerdo de cesión ( tal y como se expuso), así como los derechos correlativos.

Con todo, por tratarse de una cesión de posición contractual respecto a una parte del compendio obligacional y de derechos de quien cedió su posición (el actor), le asiste el derecho al demandante para reclamar por la vía jurisdiccional, aquello que se derive del incumplimiento en lo no cedido y ya ejecutado, es decir, sobre aquello que entregó materialmente a CORVIENDA en el acto de cesión y que no involucra desde luego la prestaciones debidas y encomendadas al cesionario en ese momento.

Es decir, tiene el derecho el actor a perseguir todo aquello relacionado con el incumplimiento de la administración respecto al contrato de unión temporal en la medida de lo descrito en el numeral segundo de la citada "acta de cesión", pues esto se erige como aquello que ejecutó y entregó efectivamente.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

**En razón a lo dicho impera colegir que no se acreditó la falta de legitimación en la causa por activa y de contera, cualquier otra que pretenda aprovechar dicho argumento, como lo es, la denominada por la demandada "excepción de aceptación de la cesión".**

Ahora bien, en lo atañadero a la carga de la prueba y la aplicación de la sub regla analizada ya en el acápite normativo, asociada al deber de acreditar el cumplimiento o la intención de cumplir para luego habilitar la posibilidad de estudio del incumplimiento de la administración, debe ponerse de relieve que el hecho de que en el mes de octubre del año 2010 (día 27) se haya cedido parcialmente el contrato y hecho entrega real y material de lo que hasta ese momento se había ejecutado por parte del contratista sin reproche alguno de la administración, tal y como permite verlo el propio texto del acuerdo de cesión, ostensiblemente refleja el cumplimiento o la intención de cumplir por parte del demandante; aunado a ello, el hecho de que en el mes de septiembre del año 2009 (fecha anterior a aquella en que se cedió parcialmente el contrato) se haya adicionado el contrato a través de **otro si**<sup>32</sup>, precisamente por razón de la necesidad de atención de circunstancias imprevisibles respecto al objeto contractual, definitivamente trae la convicción plena de que en el asunto, además de lo anterior también se acreditó el desquicio el equilibrio contractual en perjuicio del contratista.

Y es que, en la adición u **otro si** fueron plasmadas indubitadamente las razones que conllevaron a la adición contractual, entre las que se cuentan, además de las circunstancias imprevisibles asociadas al objeto contractual propiamente tal, todas aquellas vicisitudes y aleas anormales presentadas en el devenir de la ejecución del convenio imputables a la Administración y que fueron puestas de presente incluso por el propio interventor del contrato.

Para ahondar en argumentos véanse las siguientes líneas extractadas del OTROS SI No. 6 (fls. 120 a 122 y 123 Cdo: No. 1):

*"(...) 3) Que el proyecto Corvivienda Complementaria Etapa II, fue presentado y aprobado por el MAVDT en el año 2007, los recursos fueron consignados por el MAVDT a la Fiducia en diciembre del 2008, es decir, finalizado el año, por lo que todo el proceso de trámite administrativo para desembolso de los mismos, al oferente del proyecto, y el reconocimiento de obras en campo, conllevó a que las obras se iniciaran en marzo del 2009, y se encontró que las condiciones estructurales y físicas de las viviendas habían*

<sup>32</sup> Véase: "OTRO SI NO. 6 DE LA UNIÓN TEMPORAL ENTRE EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVENDA Y SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERÍA – SOLTING LTDA PAA LA EJECUCIÓN DEL MEJORAMIENTO DE VIVIENDAS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA"





13-001-23-33-000-2012-00074-00

variado causando un aumento en las cantidades de las obras a ejecutar y que no estaban contempladas en el estudio inicial. 4) Que dentro del proyecto presentado y aprobado por el MAVDT en el año 2007, no se contempló la construcción de la viga cinta en las zonas intervenidas, elemento estructural requerido por la NSR-98, lo que obliga adicionalmente a la prolongación de las columnetas hasta la altura de la viga cinta, ya que inicialmente estaban contempladas hasta la altura de viga de amarre superior. 5) Que por la construcción de estas vigas cinta es necesario desmontar y montar nuevamente la cubierta lo que ocasiona un aumento en las cantidades de obra de este ÍTEM, e igualmente esta exigencia fue requerida por FONADE, como Supervisores del Proyecto ante el MAVDT. 6) Que el unido temporal SOLTING LTDA, solicitó suspensión de las obras, lo cual fue avalado por el interventor, con el propósito de revisar la desfinanciación en algunos ítems del proyecto y además una actualización de precios unitarios con base en el año 2007. 7) Que para proceder a la ejecución de estas obras se convino entre la Dirección Técnica de Corvivienda, el contratista SOLTING LTDA y el interventor del proyecto, ajuste y actualización de precios al año 2009, lo cual esta soportado en el Acta que se adjunta a la presente. 8) Que a través del Acta de fijación de precios unitarios no previstos, avalada y suscrita por el interventor del proyecto, la Directora Técnica de Corvivienda y el Unido Temporal Solting Ltda, se acordaron los precios unitarios de las obras y las obras adicionales y mayores cantidades a realizar, a fecha del año 2009. 9) Que teniendo en cuenta que las obras a ejecutar han aumentado en cantidades y que se ha realizado un análisis de los precios para llevarlos a un ajuste al año 2009, la Oficina Técnica, presentó el informe técnico que da como resultado un aumento del 15.85%, es decir, por la suma de CUATROCIENTOS DOCE MILLONES DIECISEIS MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS, MCTE (\$412.016.182). 10) Que las mayores y adicionales cantidades de obras ejecutadas y proyectadas que se han presentado en las viviendas a intervenir, han elevado el valor del presupuesto inicial en 12,92%, es decir, la suma de TRECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS, MCTE (\$349.214.182) 11) Que la gerencia de Corvivienda autorizó la elaboración de un Otro si para la ampliación del valor del contrato de Unión Temporal, suscrito entre Solting LTDA, por la suma de SETECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS, MCTE (\$761.257.365).

El otro si fue aclarado por medio del oficio que milita a folio 123 ejusdem, pero respecto a cifras numéricas, y en todo caso, no está de más comentar que a la adición contractual le precedieron sendos comunicados en los que puso el actor de presente al ente demandado la problemática asociada a la repercusión económica por la mora en la gestión y administración de los recursos económicos, así como la intención de cumplir el objeto contractual por parte del contratista. Como soporte de esto se tiene la misiva que milita a folio 31 ídem, que incluso da cuenta de la entrega de la primera etapa del proyecto; el acta de 1 de diciembre de 2008 (fls. 36 a 37 ibídem); los oficios recibidos el 6 y 29 de enero del 2009 por la demandada (fl. 42 y 44 ibídem) y el de 9 de febrero del 2009 (fl.s. 54 a 55 ibídem), entre otros.

Con todo, precisase que aun cuando se acreditó plenamente el desbalance en la ecuación contractual en desmedro del contratista, en la medida de lo

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





13-001-23-33-000-2012-00074-00

contemplado por la propia administración en la adición contractual, dicha situación fue conjurada precisamente a través del OTRO SI No. 6 en donde se equilibró nuevamente la relación, ajustando incluso el precio del contrato; esto informa que no es este uno de aquellos asuntos que deba decantarse por declaratoria del desequilibrio contractual, pues el mismo, se itera fue restablecido así fuera solo formalmente. Lo que quedaría entonces es indagar por incumplimiento de la administración, tomando como punto de referencia que la obligación de pago se extiende hasta concurrencia de lo verdaderamente ejecutado y entregado por el contratista, esto es, aquello descrito en el numeral segundo del documento acta de cesión previamente analizado, como se subraya a continuación.

*"SEGUNDO: Que se determina como obligación de la cesión lo siguiente: El Cedente (SOLTING LTDA) se obliga A): entregar ejecutada en un 100% la Etapa I de la presente Unión Temporal que equivale a 297 mejoramientos terminados y recibidos por CORVIVIENDA a la fecha (los cuales fueron ejecutados hasta septiembre del 2008); B): entregar la Etapa II, 297 mejoramientos terminados y recibidos por CORVIVIENDA en un 100% y 10 mejoramientos en un 20% (materiales)."*

El expediente no enseña en todo caso que CORVIENDA haya atendido sus obligaciones correlativas de pago en proporción justa a lo recibió realmente como prestación ejecutada por la actora en la tan citada cesión contractual. De ello solo hay razón del certificado de registro presupuestal asociado al OTRO SI NO. 6 por reajuste de precios al año 2009 (fl. 126 ídem); certificado de registro presupuestal por mayores cantidades y obras adicionales (fl. 128 ídem); certificado de disponibilidad presupuestal por aporte de CORVIVIENDA como contrapartida para obtener de FINDETER elegibilidad del proyecto 300 mejoramientos de vivienda (fl.1311 cuaderno anexo No. 5), pero dichos documentos no conducen al pago efectivo, luego deviene evidente el incumplimiento por parte de CORVIVIENDA a la obligación derivada de la cláusula tercera del contrato de "UNION TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA – SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERÍA LTDA. SOLTING LTDA, PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA", adicionada por el OTRO SI No. 6 y su acta de aclaración.

Finalmente y ante el incumplimiento debe colegirse que por razón del no pago, a no dudarlo, emerge el deber indemnizatorio, pues deviene acreditada una afectación en la esfera patrimonial de la parte demandante. El punto álgido es que, si bien la Sala aprecia la afectación patrimonial, no tiene una imagen nítida de su longitud o medida, pues dadas las

**Código: FCA - 008**

**Versión: 01**

**Fecha: 18-07-2017**





13-001-23-33-000-2012-00074-00

circunstancias y en atención al contexto probatorio se torna imposible determinar su cuantía, pues ni siquiera la pericia ofrece claridad al respecto y es que, además de lo dicho, debe tenerse en cuenta que la misma no puede ir más allá de lo que proporcionalmente le correspondería pagar a la administración, advertida de las consecuencia y efectos de la cesión de posición contractual que operó y de contera, de lo que como prestación correlativa correspondió ejecutar a la parte accionante.

A manera de corolario y para recapitular se reitera que, por tratarse de una cesión de posición contractual respecto **a una parte del compendio obligacional y de derechos** de quien cedió su posición (el actor), se legitima en la causa para reclamar por la vía jurisdiccional, aquello que se derivó del incumplimiento en lo que no cedió pero si ejecutó de antes de ceder su posición, lo que desde luego no involucra la prestaciones debidas y encomendadas al cesionario. Esta lectura comulga incluso con el propio pronunciamiento que el Consejo de Estado ya tuvo oportunidad de realizar en este contencioso contractual<sup>33</sup>, de la cual devine que en el *sub lite* hubo una división de obligaciones entre el cedente y el cesionario, luego la tesis de la **cesión parcial** y los efectos jurídicos que necesariamente deben irradiar en las partes está claramente decantada y es acorde a la que se prohija en este fallo.

Lo anterior presupone entonces que tiene el derecho el actor a perseguir todo aquello relacionado con el incumplimiento de la administración respecto al contrato de unión temporal pero solo en la medida de lo descrito en el numeral segundo de la citada "acta de cesión", pues es esto lo que se erige como aquello que ejecutó y entregó efectivamente.

Por esas razones, previa declaratoria de responsabilidad y entendiendo acreditada la afectación patrimonial (con los límites fijados en la pretensión en cuanto a la tipología del perjuicio), lo que impera es condenar en abstracto, dada la imposibilidad de cuantificación.

Además, se declararan no probadas – en le medida de los argumentado *ut supra* -, las excepciones de mérito invocadas.

#### 6. Condena en costas.

<sup>33</sup> Véanse los folios 284 a 300 del cuaderno No. 2





13-001-23-33-000-2012-00074-00

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido adelante en sus pretensiones y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte demandada al pago de las costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.,

Ahora bien, respecto a agencias en derecho, el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Sin embargo, ante la imposibilidad de establecer el quantum de la condena, la Sala se abstendrá de imponer agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRANSE** no probadas las excepciones de "falta de legitimación en la causa por activa" y "aceptación de la cesión por parte de Corvivienda" invocadas por la parte demandada.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** que el **FONDO DE VIVIENDA Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA** es responsable por el incumplimiento del contrato de "UNION TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA – SOLUCIONES TÉCNICAS DE INGENIERÍA LTDA. SOLTING LTDA, PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA", adicionado por el OTRO SI No. 6 y su acta de aclaración, por las razones expuestas en la parte motiva.





13-001-23-33-000-2012-00074-00

**TERCERO:** En consecuencia, **CONDÉNASE** en abstracto por las razones que se dieron en la parte considerativa. Líquidese mediante el respectivo incidente.

**CUARTO: CONDÉNASE** en costas a la parte demandada. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. No se reconocen agencias en derecho por lo expuesto.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta sentencia, hágase devolución del remanente de gastos del proceso si lo hubiere y se solicitare, y archívese el expediente, previa las anotaciones correspondientes.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL





13001-23-33-000-2012-00074-00

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de Febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13001-23-33-000-2012-00074-00
Demandante	SOLTING LTDA
Demandado	CORVIVIENDA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

### SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, con fundamento en los siguientes argumentos:

#### **SOBRE LA CESION DEL CONTRATO**

Sobre esta figura en el derecho contractual, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha manifestado lo siguiente:

“Por lo anterior, la cesión del contrato implica la transferencia de la posición contractual a un tercero, que por esa vía se convierte en parte del contrato. Dada la naturaleza del contrato estatal, es preciso de un lado que la cesión del contrato se eleve a escrito, la entidad contratante sea notificada de la misma y que esta manifieste su aceptación o autorización, con la facultad de reserva frente a las obligaciones que permanecen en cabeza del cedente y las que se transfieren al cesionario, en tanto la cesión del contrato solamente resulta oponible y exigible desde su aceptación por parte de la entidad contratante.

Las particularidades de la cesión de contrato se han descrito por la doctrina nacional<sup>1</sup>, en oposición de la cesión de créditos, así:

*“(...) La cesión de un contrato es un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, ni es una simple adición de crédito más deuda. Es una modificación de la posición contractual, que va del originario contratante a un tercero<sup>2</sup>.*

<sup>1</sup> BORDA, Alejandro. *Contratos, Reflexiones sobre cuestiones particulares*, Grupo Editorial Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana., Bogotá, 2012, p.p. 179 y 180.

<sup>2</sup> Nota original: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas”. En: Revista La Ley, t.1990-D, punto IV. Buenos Aires. La Ley, p.327.





13001-23-33-000-2012-00074-00

*Es, entonces, un negocio jurídico por el cual se transmite a un tercero el conjunto de derechos y obligaciones que están adheridos a la calidad de parte y que se encuentran unidos a la posición contractual<sup>3</sup>. Pero, al igual que las mencionadas cesiones, es necesario notificar al cedido a los fines de la oponibilidad de la cesión a los terceros<sup>4</sup>.*

*Afirmar que se transmite un conjunto de derechos y obligaciones implica poner en evidencia que existen deberes recíprocos pendientes. Este es un requisito imprescindible para que pueda cederse la posición contractual, pues, de lo contrario, estaríamos frente a una simple cesión de crédito o deuda. Además, debe tenerse presente que no se pueden ceder posiciones contractuales en los que la obligación asumida sea intuitae personae, o cuando las partes han pactado la incesibilidad del contrato.<sup>5</sup>*

Como se deja leer en lo ya citado, en caso de cesión del contrato el cesionario pasa a ocupar la parte o rol que venía ocupando el CEDENTE en el contrato, lo que per se implica que el cedente se despoja del rol de parte en el negocio contractual.

Bajo esa lógica, en virtud de la cesión celebrada el 27 de octubre de 2010 entre SOLTING (Cedente) y CONSTRUCTORA C.L. & CIA LTDA (Cesionario), el primero cede su lugar en la relación contractual, es decir, a partir de allí no se le puede tener como contratista o parte en el negocio denominado UNION TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA CORVIVIENDA-SOLUCIONES TECNICAS DE INGENIERIA LTDA SOLTING LTDA PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA.

Por su parte la Sala entendió, que a pesar de la cesión del contrato SOLTING (Cedente) seguía haciendo parte del negocio, eso sí solo en lo ocurrido antes de la cesión, frente a ello, disiento, en tanto que, aquí estamos frente a un solo negocio o contrato, el denominado UNION TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA CORVIVIENDA-SOLUCIONES TECNICAS DE INGENIERIA LTDA SOLTING LTDA PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA, que jurídicamente es una unidad que no permite ser dividida en dos contratos, y por su puesto el contrato de cesión no tiene la fuerza jurídica para escindirlo. En ese orden de ideas, existiendo un solo contrato, SOLTING al celebrar la cesión ya no es parte del contrato, se convirtió en un tercero, de manera que las únicas partes pasaron a ser CORVIVIENDA y CONSTRUCTORA C.L. & CIA LTDA.

En ese orden de ideas, SOLTING LTDA ya no podría acudir al medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA, por cuanto ese medio está reservado solo para las partes del contrato estatal. En mi consideración, era dable declarar la falta de legitimación por

<sup>3</sup> Nota original: LORENZZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Santa fé: Rubinzal- Culzoni, 2000, t.II, p.90.

<sup>4</sup> Nota original: LORENZZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Santa fé: Rubinzal- Culzoni, 2000, t.II, p.96.

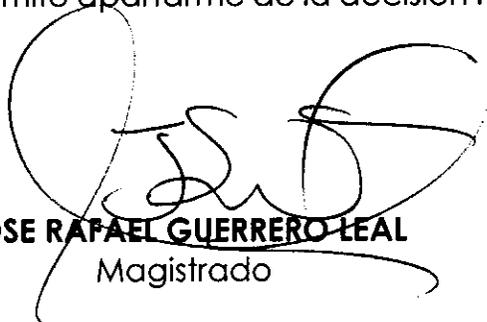




13001-23-33-000-2012-00074-00

activa de SOLTING LTDA., por cuanto reitero, con ocasión de la cesión paso a ser un tercero en el negocio denominado UNION TEMPORAL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA CORVIVIENDA-SOLUCIONES TECNICAS DE INGENIERIA LTDA SOLTING LTDA PARA MEJORAMIENTO DE VIVIENDA.

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión.

  
**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**  
Magistrado



JRL