**CESIÓN DE DERECHOS ‒ Cesión de créditos – Naturaleza jurídica**

Para referirse a la naturaleza jurídica y a los efectos de la cesión de créditos, es conveniente empezar por recordar lo que la ley entiende por “créditos”. Dentro de las distintas clasificaciones que la ley hace de las cosas o los bienes, el artículo 653 del Código Civil contiene una clasificación inicial, entre cosas corporales o tangibles y cosas incorporales o intangibles. (…) Para referirse a la naturaleza jurídica y a los efectos de la cesión de créditos, es conveniente empezar por recordar lo que la ley entiende por “créditos”. Dentro de las distintas clasificaciones que la ley hace de las cosas o los bienes, el artículo 653 del Código Civil contiene una clasificación inicial, entre cosas corporales o tangibles y cosas incorporales o intangibles.

**BIENES – Clasificación – Derechos personales – Derechos de crédito ‒ Bienes incorporales ‒ bienes intangibles**

Dentro de las distintas clasificaciones que la ley hace de las cosas o los bienes, el artículo 653 del Código Civil contiene una clasificación inicial, entre cosas corporales o tangibles y cosas incorporales o intangibles. Tenemos, entonces, que la ley colombiana concibe los derechos personales o créditos, llamados también por la jurisprudencia y la doctrina “acreencias”, “derechos crediticios”, “derechos subjetivos” o “derechos de crédito”, como aquellos bienes incorporales o intangibles que consisten en el derecho que la ley (directa o indirectamente) reconoce a una persona para exigir de otra una determinada conducta o prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

**BIENES – Clasificación – Derecho personales – Derecho subjetivo – Derecho de propiedad**

Como las demás cosas o bienes, los derechos personales y, en general, las cosas incorporales pueden ser objeto de apropiación o dominio, lo cual es reconocido expresamente por el artículo 670 del Código Civil, cuando dispone: “Artículo 670. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”. Al ser objeto de propiedad, los créditos o derechos personales pueden ser, también, objeto de enajenación y de otros actos jurídicos de disposición del derecho de dominio.

**BIENES – Transferencia ‒ Enajenación ‒ Cosas corporales ‒ Título y modo ‒ Cosas incorporales ‒ Cesión de derechos**

Sin embargo, la ley no ha regulado de la misma forma la transferencia o enajenación de las cosas corporales y la enajenación o transferencia de las cosas incorporales. Para las primeras, como es sabido, el ordenamiento jurídico colombiano acogió el sistema del “título y el modo”, es decir, de un acto jurídico antecedente en virtud del cual una persona se obliga a transferir la propiedad sobre una cosa (compraventa, donación, fiducia, permuta etc.) y un segundo acto o hecho en virtud del cual se transfiere efectivamente el dominio sobre dicho bien (tradición, accesión, ocupación, usucapión etc.). Para la enajenación de las cosas incorporales, en cambio, el ordenamiento jurídico diseñó un mecanismo especial, denominado “cesión de derechos”, del cual se ocupa específicamente el título XXV del libro IV del Código Civil, el cual se subdivide en tres capítulos, a saber: capítulo I: “De los créditos personales”; capítulo II: “Del derecho de herencia”, y capítulo III: “De los derechos litigiosos”.

**CESIÓN DE DERECHOS – Cesión de créditos ‒ Cesión de derechos personales ‒ Partes**

En punto a la cesión de los créditos o derechos personales, es menester señalar, en primer lugar, que la ley no define dicho acto jurídico, sino que entra a regular directamente sus efectos, tanto en relación con las partes involucradas en la transferencia, es decir, cedente y cesionario, como en relación con el deudor de la respectiva deuda u obligación (desde el punto de vista pasivo), que la doctrina ha dado en llamar “deudor cedido”, y con los terceros (por ejemplo los acreedores del cedente o del cesionario).

**CESIÓN DE CRÉDITOS – Derechos personales ‒ Pago de sumas de dinero ‒ Límites ‒ Derechos personalísimos**

Es importante aclarar, en todo caso, que la cesión de créditos puede recaer sobre todo tipo de derechos personales, incluyendo, además de aquellos que tienen por objeto exigir el pago de una suma de dinero, los que facultan al acreedor para exigir del deudor cualquier otra clase de conducta o prestación, como dar otro tipo de bienes, hacer o no hacer algo. Lo anterior no significa, sin embargo, que todo tipo de créditos o derechos personales puedan ser objeto de cesión, pues la ley, por consideraciones de orden público, prohíbe la enajenación o la disposición de cierta clase de derechos, como ocurre con los denominados “*derechos personalísimos*” (el nombre, etc.) y con otros que la ley prohíbe expresamente ceder (entre ellos, los derechos morales de autor o los derechos laborales y prestacionales que la Constitución Política y la ley califican como “irrenunciables”).

**CESIÓN DE CREDITOS – Formas ‒ Cesión directa ‒ Cesión indirecta ‒ Cesión de contratos**

También es relevante comentar que la cesión de créditos puede darse en forma directa, es decir, cuando los derechos crediticios son el objeto directo de la cesión, o indirectamente, esto es, como consecuencia de ciertos actos (ejemplo: el pago con subrogación) que, en ocasiones, entrañan la transferencia o enajenación de otros bienes (corporales o incorporales) de los cuales forman parte los referidos créditos, tal como ocurre con la enajenación de los establecimientos de comercio, la cesión de los contratos, la fusión, la escisión y la liquidación de las sociedades, la sucesión por causa de muerte o la negociación o transferencia de títulos valores, entre otros. El Código Civil, en las normas citadas, se ocupa de regular la primera forma de cesión, pues la transferencia indirecta de las acreencias, se encuentra regulada en disposiciones especiales.

**CESIÓN DE CRÉDITOS – Partes – Cedente – Cesionario – Efectos – Pago – Validez**

(…) entre cedente y cesionario, exclusivamente, los efectos jurídicos de la cesión se producen con la simple entrega, por parte del cedente al cesionario, del “título” o documento en donde conste el derecho o los derechos que se transfieren. Desde luego que el efecto principal de dicho acto consiste en la transferencia o enajenación de la propiedad sobre los créditos, que dejan de estar en el patrimonio del cedente e ingresan al patrimonio del cesionario. Lo anterior ocurre, incluso, sin el conocimiento del deudor cedido, caso en el cual el cedente sigue actuando como acreedor, para todos los efectos distintos de su relación jurídico-patrimonial con el cesionario. En esa medida, los pagos que realice el deudor al cedente continúan siendo válidos y eficaces para liberarlo de su obligación, solo que el dinero, los bienes o, en general, los beneficios percibidos por el acreedor-cedente se entienden recibidos por cuenta del cesionario y están sujetos, en consecuencia, al tratamiento que las partes hayan estipulado en el acuerdo de cesión, sin que ello involucre o afecte en nada al deudor cedido ni a los terceros.

**CESIÓN DE CRÉDITOS – Requisitos ‒ Existencia – Validez – Efectos – Notificación al deudor ‒ Aceptación**

(…) la cesión de créditos puede existir y ser válida entre el cedente y el cesionario, inicialmente, si reúne los requisitos exigidos en el artículo 1959 del Código Civil, y solo después, producir efectos frente al deudor y terceros, cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 1960 del mismo código, o puede ocurrir también que nunca produzca efectos frente a tales personas, si no es notificada jamás al deudor ni aceptada por este. Es importante recalcar que la notificación de la cesión al deudor, o la aceptación por parte de este, no solamente hace que la cesión de créditos produzca efectos jurídicos para él, sino también para todos los terceros, incluyendo a los acreedores del cedente y a los acreedores del cesionario, pero sin limitarse a estos. Por tal razón, una vez generados dichos efectos, los acreedores del cedente no pueden embargar ya los créditos que antes se encontraban en su patrimonio y, por el contrario, los acreedores del cesionario pueden embargar tales derechos, pues ahora le pertenecen. Del mismo modo, una vez notificada o aceptada la cesión, el cedente no puede transferir ni gravar (mediante prenda, fiducia en garantía o de otra forma) los mismos derechos crediticios a ninguna otra persona, porque ya no tiene la propiedad sobre los mismos, y tales actos jurídicos, entre otros, pueden ser celebrados por el cesionario, a menos que convencionalmente se le haya impuesto alguna restricción o prohibición para ello.

**CESIÓN DE CRÉDITOS – Código General del Proceso – Embargo**

(…) las normas de procedimiento vigentes antes y después de la expedición de la Ley 1564 de 2012 (C.G.P.), han preceptuado que si bien las acreencias o derechos personales son activos que pueden ser objeto de embargo, tal medida cautelar no procede contra el cedente, cuando los créditos respectivos han sido cedidos previamente, a partir del momento en que se ha notificado la cesión al deudor o ha sido aceptada por este, siguiendo en esta materia lo dispuesto por las reglas generales del Código Civil sobre la cesión de créditos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS**

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00066-00(2337)**

**Actor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN**

El Director General del Departamento Nacional de Planeación formula a la Sala una consulta relacionada con la viabilidad de pagar la condena impuesta en un laudo arbitral dictado contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade (entidad adscrita al citado departamento administrativo), al cesionario actual de los derechos económicos derivados de un contrato de obra celebrado entre dicha entidad y un consorcio conformado por cuatro sociedades, en consideración a que los referidos derechos fueron afectados también con medidas judiciales de embargo.

Posteriormente, con base en la audiencia que se realizó en esta corporación para aclarar el alcance de la consulta y los supuestos fácticos en los cuales se sustenta, el citado funcionario dio alcance a la consulta, en el sentido de precisar y complementar algunos hechos y remitir numerosos documentos relacionados con este asunto.

1. **ANTECEDENTES**

Como fundamento de su consulta, el Departamento Nacional de Planeación expone los siguientes hechos relevantes, que serán resumidos por la Sala en orden cronológico, para facilitar su entendimiento:

El 28 de febrero de 2007, se celebró el contrato de obra Nº 2070329 entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y las sociedades CM Construcciones y Mantenimiento Ltda., Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda., Disico S.A. y Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., vinculadas entre sí en el Consorcio CMS Cárceles, cuyo objeto original era la construcción del “*Complejo Penitenciario y Carcelario que contiene establecimiento penitenciario de mediana y mínima seguridad para hombres y reclusión de mujeres*”, en Puerto Triunfo, Antioquia.

El 16 de octubre de 2007, se suscribió un contrato de cesión de los derechos económicos derivados del contrato de obra mencionado, entre las compañías que conforman el Consorcio CMS Cárceles y el Banco de Crédito Helm Financial Services, cesión que fue notificada a Fonade el día 24 de octubre de 2007, con el oficio CE-CMSOF-233-2007.

Mediante la comunicación CE-22793 del 6 de noviembre de 2007, Fonade aceptó la referida cesión, hasta la suma de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000).

No obstante, el 29 de noviembre de 2007 se perfeccionó un contrato de fiducia mercantil entre las mismas sociedades y la fiduciaria Helm Trust S.A., con el objeto de constituir un patrimonio autónomo conformado, entre otros activos, por los derechos económicos contenidos en las actas de avance de obra derivadas de la ejecución del contrato de obra 2070329 de 2007.

La celebración de este contrato de fiducia fue notificada a Fonade el día 28 de enero de 2008.

En tal virtud, mediante el oficio 2008EE1830 de la misma fecha, Fonade se dio por notificado de la cesión de créditos incorporada en tal contrato, la aceptó y expresó su compromiso de efectuar, a partir de ese momento y “*hasta tanto no recibamos una instrucción expresando determinación en contrario*” por parte de la fiduciaria, “*el total de los pagos líquidos, excepto lo correspondiente a anticipos*”, a favor del patrimonio autónomo administrado por Helm Trust S.A.

Entre los años 2009 y 2015, Fonade recibió múltiples órdenes de embargo provenientes de distintos juzgados y relacionadas con diferentes procesos judiciales, que recaían sobre los recursos y derechos de crédito del Consorcio CMS Cárceles, de todas las sociedades que lo conforman, de algunas de ellas y/o de terceros.

El 1º de febrero de 2011, Helm Bank S.A. (antes, Banco de Crédito Helm Finacial Services), en su calidad de cedente, y la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. (en adelante Pine Com), en su condición de cesionaria, suscribieron un “*acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre Helm Bank S.A. y el Consorcio CMS Cárceles*”.

Esta nueva cesión fue notificada a Fonade el 17 de febrero de 2011, y fue aceptada expresamente por dicha entidad, mediante comunicación del 14 de julio del mismo año.

El 16 de enero de 2017, un tribunal de arbitraje conformado para dirimir las diferencias entre el Consorcio CMS Cárceles y Disico S.A., por una parte, y Fonade, por la otra, surgidas en relación con la ejecución del contrato de obra Nº 2070329, pronunció el respectivo laudo, en el cual declaró que el contratista realizó mayores cantidades de obra que no le habían sido reconocidas hasta ese momento, por lo cual condenó a la entidad pública a pagarle las siguientes sumas de dinero: *(i)* $727.024.311,03, correspondientes al costo directo de las mayores cantidades de obra; *(ii)* $74.889.701,61, a título de reajuste de precios; *(iii)* $200.478.503, correspondientes al rubro de administración, imprevistos y utilidad (A.I.U.), y *(iv)* $1.158.701.497, por concepto de “*intereses corrientes bancarios*” desde el día siguiente a la fecha de terminación del contrato.

Asimismo, y teniendo en cuenta las sumas anteriores, el tribunal de arbitramento efectuó, en el laudo, la liquidación del contrato.

El apoderado de Disico S.A. (sociedad integrante del consorcio) radicó en Fonade los documentos que fueron solicitados por esa entidad para iniciar el trámite de pago de la referida condena arbitral.

El 7 de marzo de 2017, Fonade recibió comunicación de la Representante Legal de Pine Com, en la que solicitó que el pago de las obligaciones impuestas en el laudo arbitral se hiciera a esa sociedad, como cesionaria actual y beneficiaria de los derechos económicos derivados del contrato de obra Nº 2070329.

Debido a lo anterior, ha surgido la duda, para Fonade, de si el pago de las sumas de dinero a las que fue condenado en el citado laudo arbitral debe hacerse a favor de Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., como cesionaria final de los respectivos derechos crediticios, o debe efectuarse a órdenes de los juzgados que decretaron el embargo de los respectivos derechos. En relación con esta problemática, se expone en la consulta que podrían existir, al menos, las siguientes dos posiciones jurídicas divergentes:

1. Con base en lo dispuesto por el artículo 1964 del Código Civil, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en el mismo laudo arbitral, debe entenderse que la condena impuesta en dicha providencia constituye un “derecho económico” emanado del contrato, por lo que debe considerarse incluido en las cesiones que se han descrito. Por lo tanto, el pago de dicha obligación debería efectuarse al cesionario actual de los créditos, sin que pudiera entenderse afectado por los embargos que fueron decretados por varios juzgados.
2. El laudo proferido por el tribunal de arbitramento es un hecho distinto y posterior al contrato, del cual nace la obligación impuesta en la condena. En esa medida, la fuente de dicha deuda sería el laudo y no el contrato. Asimismo, el derecho correlativo que surge de la citada providencia debe considerarse propiamente como un “derecho litigioso”, el cual, aunque constituye igualmente un crédito cesible, no podría entenderse incorporado en la transferencia de los derechos económicos efectuada, a menos que dicha cesión se haya efectuado como “*un todo*”. Por el contrario, si solo versó sobre los derechos económicos, “*es decir los ciertos contractuales y no los litigiosos inciertos*”, las sumas de dinero a las que fue condenado Fonade tendrían que ponerse a disposición de los juzgados que decretaron las respectivas medidas cautelares.

En atención a las consideraciones anteriores, el funcionario consultante plantea a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“*1.* ¿*La cesión de créditos del valor de un contrato supone la cesión de los derechos litigiosos, en atención a que hacen parte de una misma universalidad crediticia, o por el contrario se trata de dos conceptos diferentes?*

*2. Teniendo en cuenta que los efectos de la sentencia son declarativos de una deuda a favor del CONSORCIO CMS CARCELES con ocasión del contrato Nº 2070329, ¿se podría predicar que la naturaleza jurídica de dicho reconocimiento es el de un derecho económico del contrato?*

*3. ¿Existe un título ejecutivo complejo en cabeza del cesionario, integrado por el Laudo Arbitral y el documento de cesión, para efectos de reclamar en sede judicial el pago de los derechos económicos del contrato?*

*4. ¿El pago de las sumas reconocidas en el laudo arbitral descrito en los antecedentes de la consulta debe ser pagadas* (sic) *a órdenes de los juzgados que notificaron a FONADE de las órdenes de embargo o por el contrario el pago debe realizarse a quien ostenta la calidad de cesionario del valor del contrato?*

1. **CONSIDERACIONES**

Para dar respuesta a los interrogantes formulados, la Sala abordará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) Advertencias preliminares; (ii) los supuestos fácticos de la consulta; (iii) la cesión de créditos o derechos personales y la cesión de derechos litigiosos, y (v) análisis del caso concreto.

1. **Advertencias preliminares**

Se ha formulado a la Sala una consulta que busca resolver las dudas que tiene una entidad pública en particular, Fonade, en relación con el pago de una condena impuesta en un laudo arbitral, derivado de un contrato de obra celebrado por dicha entidad con cuatro (4) sociedades comerciales, asociadas en consorcio, y en relación con el cual se han efectuado varias cesiones de créditos y se han recibido múltiples órdenes de embargo.

Tal consulta y los hechos en que se basa, involucran los intereses económicos de múltiples entidades (públicas y privadas): Fonade, las compañías integrantes del Consorcio CMS Cárceles, el Helm Bank S.A., la fiduciaria Helm Trust S.A., la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A. y numerosos acreedores de las firmas que integraron la parte contratista.

Así las cosas, la Sala dará, en este concepto, las orientaciones doctrinarias pertinentes para resolver la consulta formulada, con base en la información y en los documentos entregados, así como en las normas, la jurisprudencia y la doctrina que sean aplicables, pero no sustituye a Fonade en las decisiones que deba tomar, como entidad que fue condenada en el arbitraje y deudora de la suma respectiva, acerca de la persona natural o jurídica a la cual efectúe el pago, ni tampoco sobre el momento, la cuantía y la forma de realizarlo.

Por lo tanto, no recae en la Sala de Consulta ni en sus miembros responsabilidad alguna, frente a Fonade o frente a cualquier tercero, por las determinaciones, arreglos y operaciones que esa entidad decida adoptar o realizar, con base en el presente concepto, o apartándose de él.

Adicionalmente, es importante mencionar que la Sala ha analizado la consulta planteada a la luz de la información (escrita y verbal) y los documentos que, en copia simple, fueron suministrados por el Departamento Nacional de Planeación y Fonade. De ahí que, ni la Sala ni sus integrantes, tengan responsabilidad alguna por el hecho de que tal información resulte inexacta, incompleta o imprecisa, o que los documentos entregados resulten falsos, adulterados o incompletos en relación con los supuestos de hecho que se exponen.

Finalmente, advierte la Sala que las diferencias o controversias que se presenten entre las personas y partes involucradas, en relación con los hechos descritos en los antecedentes, o con el pago que haga Fonade de la condena impuesta en el laudo arbitral, deberán ser solucionadas ante la jurisdicción o utilizando los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que autoriza la ley.

**B. Los supuestos fácticos de la consulta. Precisiones adicionales**

Los supuestos fácticos que dieron lugar a esta consulta son los que se consignaron, en términos generales, en los antecedentes.

Sin embargo, para responder adecuadamente las preguntas formuladas, es necesario hacer algunas precisiones y complementar la información sobre tales hechos:

**El contrato de obra Nº 2070329 de 2007**

Tal como se indicó, Fonade celebró un contrato de obra el 28 de febrero de 2007, con las sociedades CM Construcciones y Mantenimiento Ltda., Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda., Disico S.A. y Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., asociadas en el Consorcio CMS Cárceles, cuyo objeto original era la construcción del “*Complejo Penitenciario y Carcelario que contiene establecimiento penitenciario de mediana y mínima seguridad para hombres y reclusión de mujeres*”, en Puerto Triunfo, Antioquia, de acuerdo con la descripción, las especificaciones y las demás condiciones establecidas en las reglas de participación del proceso de selección realizado por Fonade, los documentos que contienen la información técnica suministrada por dicha entidad y la propuesta seleccionada, todos los cuales forman parte integral del contrato (cláusula primera).

El objeto de dicho contrato fue aclarado mediante documento modificatorio del 13 de enero de 2009, en el sentido de precisar que el establecimiento penitenciario a construir sería solamente para hombres y no para mujeres (cláusula quinta).

Asimismo, vale la pena mencionar que dicho contrato fue suscrito por Fonade para dar cumplimiento a un convenio interadministrativo celebrado entre dicha entidad y el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, cuyo objeto era “*aunar esfuerzos para ejecutar el proyecto ‘Construcción y Dotación de Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria del Orden Nacional’…”.* Con cargo a los recursos de dicho convenio se debía pagar el contrato de obra Nº 2070329.

En las cláusulas segunda a sexta del contrato, varias de las cuales fueron modificadas por las partes en diversas ocasiones, se reguló lo concerniente al valor del contrato, la modalidad de pago escogida y los plazos para el cumplimiento de tal obligación. De lo estipulado en dichas cláusulas y en los respectivos documentos modificatorios, se destaca lo siguiente:

* El valor inicial del contrato fue la suma de $35.837.142.374, a precios del mes de agosto de 2006, incluido el A.I.U. (administración, imprevistos y utilidad) y el impuesto a las ventas, I.V.A., sobre la utilidad. Sin embargo, en virtud de la fórmula de reajuste de precios pactada en la cláusula tercera del contrato, así como de numerosas adiciones (ítems nuevos) y mayores y menores cantidades de obra acordadas durante la ejecución, entre otras causas, el valor del contrato pasó a superar los cuarenta y ocho mil millones de pesos ($48.000.000.000), sin incluir las sumas que fueron reconocidas por el tribunal de arbitramento.

* En efecto, dado el esquema de pago acordado (precios unitarios con reajuste), el valor real y final del contrato correspondía al resultado de multiplicar las cantidades de obra efectivamente realizada por los precios unitarios acordados, con los ajustes respectivos, según la fórmula pactada.
* En cuanto a la forma de pago, en las cláusulas originales cuarta y quinta se previó la entrega de un anticipo equivalente al 10% del valor inicial estimado del contrato, y el pago del saldo mediante actas bimestrales de avance de obra, previo descuento del porcentaje correspondiente al anticipo, más los reajustes de precios correspondientes, de acuerdo con las actas de ajuste respectivas.
* No obstante, la forma de pago se modificó en sucesivas ocasiones, en el sentido de: *(i)* aumentar el porcentaje de anticipo, que llegó hasta el 50% del valor total del contrato[[1]](#footnote-1), y establecer anticipos especiales sobre adiciones o mayores cantidades de obra[[2]](#footnote-2); *(ii)* modificar la periodicidad de las actas de avance de obra y de los pagos respectivos, que pasó de ser cada dos meses a cada mes[[3]](#footnote-3) y, finalmente, en forma quincenal[[4]](#footnote-4), y *(iii)* cambiar en la misma proporción la periodicidad de las actas de ajuste de precios y de los pagos respectivos.

La cláusula cuarta del contrato, luego de los cambios sufridos mediante los acuerdos modificatorios del 8 de octubre de 2008 y el 22 de julio de 2009, quedó redactada así:

“***CLÁUSULA CUARTA – FORMA DE PAGO****. FONADE pagará al contratista el valor por el cual fue aceptada su oferta por el sistema de precios unitarios fijos con fórmula de ajuste, así: a) Quincenalmente, por el valor de las respectivas actas quincenales de obra, previa presentación de las mismas e informes aprobados por la interventoría del proyecto, descontando el porcentaje de anticipo. El último pago se realizará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo de las obras a satisfacción de la INTERVENTORÍA y de FONADE así como de la aprobación de las garantías establecidas en el presente contrato. B) Las cuentas correspondientes a las actas de ajuste se deberán presentar en la quincena siguiente a la fecha de corte de las actas parciales de obra*”.

* Con relación al pago y uso del anticipo, en la cláusula quinta del contrato se estipularon, entre otras reglas, que este debía manejarse en una cuenta de ahorros conjunta entre el contratista y la interventoría del proyecto; que debía utilizarse de acuerdo con el “*Plan de Inversión del Anticipo aprobado por FONADE*”, y que “*los rendimientos financieros que sean generados por los recursos del anticipo, deberán ser transferidos a la cuentas en que FONADE maneja los recursos del Convenio Interadministrativo* ***150/05-195073****, una vez ejecutado el valor entregado por este concepto, remitiendo copia del recibo de consignación”.*
* Vale la pena señalar que la ejecución, el reconocimiento y el pago, tanto de obras adicionales como de mayores cantidades de obra, fueron previstos y regulados expresamente por las partes en el contrato que nos ocupa. Dado que este asunto resulta medular para los efectos de la consulta, transcribimos parcialmente lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, tal como fue modificada con el otrosí Nº 5 del 13 de enero de 2009:

“*CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato es hasta por la suma de Cuarenta y seis mil setecientos ochenta y seis millones ochocientos ochenta y ocho mil ciento setenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos mcte (46.786.888.178,88), la cual considera el valor del contrato a precios del mes de agosto de 2006, incluido el valor del AIU e IVA sobre la utilidad; así como el costo de los ajustes a aplicar, que están calculados hasta por la suma de… y el valor de la presente adición que corresponde a…* ***PARÁGRAFO PRIMERO****. El presente contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros necesarios para la ejecución del objeto), con fórmula de reajuste. En consecuencia, el valor real y final del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de FONADE por los valores o precios unitarios fijos pactados para el respectivo ítem según el formato nº 12 “Discriminación de la propuesta económica”, incluidos los ajustes previstos en la cláusula tercera del mismo.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO****. Las cantidades de obra previstas en el formato Nº 12…son aproximadas y están calculadas según las necesidades estimadas del proyecto objeto del presente contrato, razón por la cual se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra. EL CONTRATISTA está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual a los mismos precios contenidos en el formato 12…, con los respectivos ajustes, de conformidad con la cláusula tercera del presente contrato, previa autorización por parte de la INTERVENTORÍA. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista con la supervisión de FONADE, siempre que la compensación no genere un mayor valor del contrato. Cuando las mayores cantidades de obra impliquen un aumento del valor del contrato, antes de ser autorizadas por parte de la INTERVENTORÍA y ejecutadas por parte del CONTRATISTA, será necesaria la aprobación de FONADE… En este caso deberá proceder a la ampliación de las garantías de acuerdo a lo previsto en la cláusula décima quinta…* ***PARÁGRAFO TERCERO****. Si durante el desarrollo de la obra surge la necesidad de ejecutar ítems de obra no previstos contractualmente el CONTRATISTA está obligado a ejecutarlos, previa celebración del otrosí correspondiente. La necesidad o no de ejecutar los nuevos ítems de obra será determinada por FONADE previo concepto de la INTERVENTORÍA. El contratista no podrá ejecutar ítem de obra* (sic) *no previstos en el contrato sin que previamente se haya suscrito el respectivo otrosí. Cualquier ítem que ejecute sin la previa suscripción del otrosí será asumido por cuenta y riesgo del CONTRATISTA… Par[a] la determinación del precio de los mencionados ítems no previstos se tendrá en cuenta el valor de los insumos … contenido en los respectivos análisis de precios unitarios de los ítem previstos y en la lista del* (sic) *precios de insumos, si tales insumos se encuentran contemplados, y en lo demás los precios del mercado…* ***PARÁGRAFO CUARTO****. El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor; en caso de que el contratista suscriba el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugar a pago adicional alguno. (…)*”.(Subrayas extra-textuales).

* Con respecto al plazo del contrato y al término para su ejecución, es pertinente mencionar que, conforme a lo estipulado en la cláusula séptima, el plazo total del contrato era de veintidós (22) meses, contados desde el acta de inicio, pero la obra debía ser entregada en su totalidad dentro de los primeros dieciocho (18) meses. Los cuatro (4) meses restantes debían destinarse exclusivamente a la revisión de la obra, la realización de pruebas y la corrección de las fallas que se detectaran.

Sin embargo, debe anotarse que esta cláusula se modificó en sucesivas ocasiones, algunas veces para ampliar el plazo total del contrato y otras para variar la distribución interna de dicho plazo. Adicionalmente, la ejecución del contrato se suspendió por treinta días calendario, a partir del 1º de agosto de 2010, mientras las partes se ponían de acuerdo en algunos ítems nuevos y sus correspondientes precios.

Al final, el contrato tuvo una duración de treinta y siete (37) meses y ciento diez (110) días, incluyendo el lapso que estuvo suspendido.

* En la cláusula decimonovena (19ª) se reguló la terminación anticipada del contrato. Dentro de las causales para que dicha situación se produjese, se incluyó el hecho de que el contratista entrara en una situación de cesación de pagos o concurso de acreedores, o que fuera objeto de embargos judiciales que pudieran afectar de manera grave el cumplimiento del contrato (literal c), y también cuando el contratista cediera el contrato sin la autorización previa y por escrito de Fonade.
* Es importante resaltar que en la cláusula vigésima (20ª) del mismo documento se reguló tanto la cesión del contrato como la cesión de los créditos o derechos personales derivados del mismo, en los siguientes términos:

*“****CLÁUSULA VIGÉSIMA.- CESIÓN.*** *El presente contrato se celebra en consideración a la calidad del CONTRATISTA; en consecuencia, no podrá cederlo en todo o en parte a ningún título, sin el consentimiento expreso, previo y escrito de FONADE. Dicha cesión, de producirse, requerirá para su eficacia del documento que la contenga firmado por el Cedente, el Cesionario y FONADE.* ***PARÁGRAFO.*** *El contratista podrá ceder parcial o totalmente los derechos económicos del contrato previa autorización expresa de FONADE*”. (Subrayas ajenas al texto).

* Por otro lado, debe señalarse que en la cláusula vigesimosexta (26ª) del contrato (“*cláusula compromisoria*”), se pactó que las controversias que surgieran entre las partes y que no pudieran solucionarse en forma amigable y directa (cláusula 25ª), serían sometidas al arbitraje:

“***CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA.*** *Si surgieren divergencias de cualquier índole entre el contratista y FONADE, relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato, que no puedan ser resueltas de común acuerdo por las partes, tales controversias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento que se regirá por las siguientes reglas:*

1. *Estará integrado por tres árbitros…*

*(…)*

*5) Las decisiones se tomarán en derecho*

*(…)”.* (Se destaca).

* Finalmente, es del caso señalar que en la cláusula vigésima novena (29ª) del contrato, se pactó lo referente a su liquidación, así:

“***CLÁUSULA VIGÉSIMO NOVENA – LIQUIDACIÓN:*** *El presente contrato se liquidará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato, los pagos realizados al CONTRATISTA y los acuerdos a que hayan llegado las partes sobre la ejecución del contrato.* ***PARÁGRAFO:*** *Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a FONADE”.*

**2. La cesión de los “derechos económicos” derivados del contrato**

Los derechos personales o créditos de contenido económico derivados del contrato de obra Nº 2070329 de 2007, fueron objeto de tres (3) cesiones sucesivas, como pasa a explicarse:

**a. Cesión de créditos celebrada entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services**

El 16 de octubre de 2007, es decir, algunos meses después de suscribirse el contrato que nos ocupa y de haberse iniciado su ejecución, “el Consorcio CMS Cárceles”, actuando como cedente, y el Banco de Crédito Helm Financial Services, en su calidad de cesionario, celebraron un acuerdo de cesión de los derechos económicos derivados del contrato de obra Nº 2070329, en virtud del cual “***EL CEDENTE*** *cede y/o endosa en favor del* ***BANCO*** *las sumas de dinero correspondientes al valor que como retribución del* ***CONTRATO*** *debe pagar al* ***CEDENTE*** *de acuerdo con los términos del contrato a que se hizo alusión en la parte considerativa del presente documento*” (cláusula primera, objeto)*.*

A pesar de la deficiente redacción de esta cláusula, que podría llevar a pensar, entre otras interpretaciones, que la cesión recayó solamente sobre una parte de las sumas de dinero que el contratista tenía derecho a recibir por concepto del contrato, como el A.I.U., o solo la utilidad, una lectura integral de dicho documento, incluyendo sus consideraciones, permite inferir que el objeto de la cesión fue, en realidad, la totalidad de los “*derechos económicos*” derivados del contrato de obra, incluyendo, además de las sumas de dinero que se adeudaran al contratista en ese momento, todas las que se causaran en el futuro y que tuviera derecho a reclamar, a cualquier título, por la ejecución del citado contrato.

Así se desprende, en primer lugar, del título o denominación dada por las partes a este documento: “*CESIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL CONTRATO…*”.

Y se confirma con lo manifestado en las consideraciones, en cuya parte pertinente se lee:

*“(…)*

*7. Que los derechos económicos derivados del* ***CONTRATO*** *se encuentran actualmente libres, no han sido gravados anteriormente, ni cedidos a ninguna persona, ni se encuentran actualmente limitados o afectados por medidas cautelares u otras afectaciones de cualquier naturaleza.*

*(…)*

*9. Que con el objeto de garantizar el pago del crédito requerido por* ***CONSORCIO CMS –CARCELES*** *y en general cualquier obligación que éste tuviera para con* ***EL BANCO y/o FILIALES Y/O SUBSIDIARIAS NACIONALES O EXTRANJERAS****… incluyendo el pago de capital, intereses causados dentro del plazo y la mora, impuestos, comisiones, gastos de cobranza, si fuere el caso y mantener una fuente de pago a favor del* ***BANCO****, es voluntad del* ***CEDENTE*** *efectuar la cesión de los derechos económicos derivados del* ***CONTRATO****, celebrado entre* ***EL CEDENTE y EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE****.*

*10. Que la cesión de derechos económicos derivados del* ***CONTRATO*** *es un contrato accesorio al pagaré número…”* (Subrayas ajenas al texto).

Esta misma conclusión se ratifica con otras cláusulas del acuerdo que nos ocupa. Así, por ejemplo, en la cláusula segunda se estipuló que, como consecuencia de la cesión, “***EL BANCO*** *recibirá, en la forma que se establece más adelante el valor de los derechos económicos del* ***CONTRATO*** *que por medio del presente instrumento se ceden, a efecto de que con dichas sumas de dinero se cancele el valor de las obligaciones que tenga o llegare a tener* ***CONSORCIO CMS –CARCELES*** *a favor del* ***BANCO****…”*  (subrayamos).

En el mismo sentido pueden citarse la cláusula tercera, que fija el procedimiento que las partes deben seguir para que el pago de los derechos derivados del contrato se haga a favor del banco y se aplique a la solución de las deudas que el consorcio tenga con aquel; la cláusula cuarta, que señala, entre otras cosas, el término de duración de la cesión; la sexta, que contiene las obligaciones que el cedente asumió para con el cesionario; la cláusula séptima, que menciona, con respecto a la cesión, los eventos en los que el banco podía declarar extinguidos los plazos de las obligaciones financieras contraídas por el cedente; la octava, que establece la obligación para el cedente de reintegrar inmediatamente al banco cualquier suma que llegare a recibir directamente de Fonade, “*derivado de los derechos económicos objeto de la presente cesión*”, y la cláusula décima, que relaciona los documentos que forman parte integrante de ese contrato, entre los cuales incluye la “*fotocopia autenticada del* ***CONTRATO***” y la certificación expedida por el Revisor Fiscal de Fonade, “*en que consta que los derechos económicos del contrato se encuentran libres de toda afectación, limitación, gravamen o medida cautelar y no han sido cedidos a terceros*” (se destaca).

De las estipulaciones citadas, vale la pena resaltar que, según la cláusula tercera, numeral 2º, “*será responsabilidad del* ***CEDENTE*** *efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directamente al* ***BANCO****, a más tardar en la fecha prevista en el* ***CONTRATO*** *objeto de cesión. (…)*”. (Subraya añadida)

Igualmente, conforme a lo estipulado en el parágrafo de la misma cláusula, “*las condiciones de pago y en general los derechos económicos del CONTRATO objeto de la presente cesión, no podrán ser modificados sin la previa y escrita aprobación por parte del BANCO…”* (subrayas añadidas).

De la cláusula sexta, es pertinente mencionar las siguientes obligaciones que asumió el cedente (originalmente “el Consorcio CMS Cárceles”) frente al banco cesionario: **(i)** “*Aceptar cualquier traspaso que* ***EL BANCO*** *haga de los instrumentos a su cargo o del presente contrato (numeral 2º)*; (ii) “*Responder al* ***BANCO*** *por la existencia de los créditos cedidos y por la solvencia del contratante cedido en los términos del artículo 1965 del Código Civil…*”, y (iii) “*Notificarle a* ***EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE*** *sobre la cesión de los derechos económicos derivados del* ***CONTRATO*** *y obtener una comunicación, suscrita por un representante legal de…* ***FONADE*** *en la que se declare la aceptación de la* *cesión y que a partir de la misma, los pagos de las prestaciones económicas derivadas del* ***CONTRATO*** *se efectuará directamente al* ***BANCO***”. (Subraya la Sala).

Así, se observa que el acuerdo de cesión recayó, en general, sobre los derechos económicos derivados del contrato de obra 2070329 celebrado entre “el Consorcio CMS Cárceles” y Fonade, y no solamente sobre algunos de esos derechos, que pudieran corresponder o ser interpretados como la “retribución” del contratista.

En cuanto al valor de la cesión de créditos, vale la pena mencionar que esta no se limitó expresamente a ningún monto, si bien en las consideraciones se dejó constancia de que dicho negocio se realizaba principalmente para garantizar el reembolso de un préstamo por valor de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000) solicitado por “el Consorcio CMS Cárceles” al Banco de Crédito Helm Financial Services. Sin embargo, el numeral 9º de las consideraciones es claro en señalar que la referida cesión también garantiza cualquier otra obligación que dicho consorcio tuviera con ese banco, sus filiales o subsidiarias.

Finalmente, en punto a la duración de la cesión, debe decirse que aun cuando esta constituyó un mecanismo de garantía y fuente de pago de las obligaciones financieras contraídas por los miembros del consorcio con el Banco de Crédito, es decir, que se trata claramente de un contrato accesorio al contrato o los contratos de los cuales nacieron tales obligaciones, y así se consignó expresamente en el respectivo documento (numeral 10 de las consideraciones), en el mismo acuerdo se estipuló expresamente que la cesión de créditos “*solo se entenderá extinguida, una vez que* ***EL BANCO*** *y* ***EL CEDENTE*** *acuerden por escrito su terminación y notifiquen de ello a* ***EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE***” (cláusula cuarta, numeral 3º).

Por lo tanto, la cesión de créditos incorporada en el documento que se comenta permanece vigente mientras las partes cedente y cesionaria no acuerden expresamente su terminación y notifiquen de ello a Fonade, y siempre que, como es obvio, subsistan derechos crediticios de contenido económico derivados del contrato de obra.

Ahora bien, la cesión que se ha descrito fue notificada a Fonade por el representante del Consorcio CMS Cárceles, mediante comunicación CE-CMSOF-233-2007 del 24 de octubre de 2007.

En respuesta a dicho oficio, Fonade emitió una comunicación el 6 de noviembre de 2007, suscrita por la Asesora Jurídica de dicha entidad y dirigida al Banco de Crédito Helm Financial Services, en la cual manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Que Fonade se notificaba de la cesión efectuada a favor del referido banco, por parte del “Consorcio CMS Cárceles”, “*de los derechos económicos -hasta por la suma de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000.00)- derivados del contrato de interventoría* (sic) *No. 2070329 suscrito el 28 de febrero de 2007, con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE…*”
2. Que, “*adicionalmente, FONADE manifiesta que acepta dicha cesión, de conformidad con lo estipulado en la cláusula SEXTA numeral 5 de dicho contrato*”.
3. Que en virtud de lo anterior, “*FONADE efectuará, a favor de BANCO DE CREDITO HELM FINANCIAL SERVICES, los pagos líquidos que correspondan a CONSORCIO CMS CARCELES, mediante consignación en la cuenta corriente bancaria que el Banco de Crédito indique más adelante…*”.
4. Que la aceptación de la cesión se refería únicamente “*los derechos económicos aludidos, y no implica la cesión de la posición contractual de CONSORCIO CMS CARCELES en el contrato de obra antes mencionado*”. (Se resalta).

Vale la pena mencionar que, según la relación de pagos efectuados por Fonade en virtud del contrato de obra Nº 2070329, enviada por dicha entidad, Fonade no efectuó pago alguno al Banco de Crédito Helm Financial Services (luego Helm Bank S.A.), con fundamento y en cumplimiento del contrato de cesión de derechos económicos que se viene de explicar.

Lo anterior, a pesar de que sí realizó directamente al contratista, es decir, al “Consorcio CMS Cárceles”, dos (2) pagos por valores de $1.321.459.052 y $417.669.054, respectivamente, por concepto de actas de obra ejecutada, es decir, que no correspondían a anticipos, los días 26 de noviembre y 28 de diciembre de 2007, fechas en las cuales, como se puede apreciar, ya Fonade se había notificado y había aceptado el contrato de cesión de los derechos económicos celebrado entre el consorcio y el Banco de Crédito Helm Financial Services, y no se había notificado aún del contrato de fiducia mercantil al que nos referiremos en el siguiente literal.

**b. La cesión de créditos incorporada en el contrato de fiducia mercantil celebrado entre las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles y la fiduciaria Helm Trust S.A.**

El 29 de noviembre de 2007, las sociedades que conforman el Consorcio CMS Cárceles y la fiduciaria Helm Trust S.A. celebraron un “*contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, fuente de pagos y pagos*”, cuyo objeto, según lo estipulado en la cláusula primera, consistió en que el fideicomitente, es decir, las sociedades integrantes del consorcio, se obligaron a transferir a la fiduciaria, a título de fiducia mercantil irrevocable, los derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra del contrato Nº 2070329, a fin de que tales recursos fueran administrados e invertidos por la fiduciaria y se utilizaran únicamente para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el fideicomitente con Fonade (quien sería el beneficiario), en desarrollo del contrato 2070329. Para estos efectos se constituyó un patrimonio autónomo denominado “*Fideicomiso de Administración, Fuente de Pagos y Pagos Consorcio CMS Cárceles*”.

En cuanto a los antecedentes de este negocio, en las consideraciones del contrato de fiducia se afirma que Fonade había aprobado al consorcio una ampliación del anticipo, “*el cual fue aumentado del treinta por ciento (30%) al cuarenta por ciento (40%)*”, y que, “*dentro de las condiciones de aprobación por parte de FONADE, para la ampliación del valor del anticipo… se encuentra la de constituir un esquema fiduciario de administración, pagos y fuente de pago con los derechos económicos generados por la aprobación de las actas de avance de obra del contrato Nº 2070329*”.

Sobre este punto, aclara la Sala que, aunque el anticipo originalmente pactado en el contrato fue incrementado efectivamente, con el otrosí Nº 2 del 30 de noviembre de 2007, el aumento no fue del 30% al 40% del valor del contrato, como se dice equivocadamente en el contrato de fiducia, sino del 10% al 40%, es decir, que se adicionó en el 30% del monto total del contrato.

Como se observa, la celebración de este contrato de fiducia implicó la realización de una segunda cesión de los créditos o derechos a favor del contratista, surgidos del contrato de obra Nº 2017329 celebrado con Fonade, pero referidos específicamente a los derivados de las actas de avance de obra.

Esta nueva transferencia de derechos se encuentra confirmada en otras cláusulas del contrato de fiducia, como las cláusulas segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima, entre otras.

En efecto, de acuerdo con la cláusula segunda (“*Bienes fideicomitidos*”), entre los bienes que debían ser transferidos a la sociedad fiduciaria para conformar el patrimonio autónomo, estaban “*la totalidad de los derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra del contrato… celebrado entre el fideicomitente y Fonade*”.

La misma cláusula especifica que la cesión de tales derechos se perfeccionaba con el envío de una comunicación a Fonade, por parte del fideicomitente, para notificarle la transferencia de los derechos económicos al fideicomiso, e instruirlo de manera irrevocable para que, de ahí en adelante, los pagos se hicieran directamente al patrimonio autónomo, así como con la aceptación de dicha cesión y de las instrucciones de pago por parte de Fonade.

En el parágrafo segundo de la misma cláusula se estipuló que si el fideicomitente llegaba a recibir, por cualquier razón, pagos correspondientes a los derechos económicos cedidos, debía consignarlos en la cuenta corriente o en el encargo fiduciario abiertos a nombre del fideicomiso, a más tardar el día hábil siguiente.

El parágrafo tercero de la misma cláusula aclara que el fideicomitente sería el encargado del cobro presente y futuro de los derechos económicos cedidos, para lo cual la fiduciaria “delega” en el fideicomitente el cobro jurídico y prejurídico de tales derechos.

La cláusula tercera establece que la finalidad del contrato de fiducia celebrado consistía en que el fiduciaria recibiera los recursos provenientes de la totalidad de los derechos económicos “*incorporados en las Actas de Avance de Obra*”, para destinarlos al pago de las obligaciones contraídas por el fideicomitente con el beneficiario (Fonade), invirtiera tales sumas en su fondo común ordinario, atendiera las órdenes de pago que le emitiera el fideicomitente, con la aprobación de la interventoría, y efectuara la restitución de los recursos que llegaren a sobrar.

En la cláusula cuarta (“tradición”), se indicó que “*los derechos económicos o patrimoniales que son objeto de la presente transferencia, fueron y serán adquiridos por EL FIDEICOMITENTE con ocasión de la ejecución presente y futura de su objeto social*”.

La cláusula quinta contiene algunas declaraciones efectuadas por el fideicomitente, entre las cuales se destacan: (i) que la celebración del contrato de fiducia no tenía como causa ni producía como efecto la defraudación de los derechos de terceros, porque la constitución del fideicomiso no generaba un deterioro a la prenda general de los acreedores, y (ii) que autorizaba al fiduciario para recibir los recursos correspondientes a los pagos que hiciera Fonade, en la cuenta corriente o el encargo fiduciario abiertos a nombre del fideicomiso en el Banco de Crédito Helm Financial Services, “*entidad matriz de* ***EL FIDUCIARIO***”, o directamente en el fondo común ordinario administrado por la fiduciaria.

En la cláusula séptima se pactaron las obligaciones que tendría el fideicomitente, entre las cuales se incluyen: (i) Transferir y entregar en forma irrevocable los derechos económicos objeto de este contrato para el cumplimiento de la finalidad prevista en el mismo; (ii) instruir en forma irrevocable al pagador, es decir, Fonade, para que consigne a favor del fideicomiso la totalidad de los derechos económicos “*derivados de las actas de avance de obra*” del contrato; (iii) consignar a la fiduciaria los recursos correspondientes a los pagos que por cualquier razón llegare a recibir el fideicomitente de forma directa, y (iv) no gravar los recursos y sumas derivadas de las actas de avance de obra del contrato, cuyos derechos económicos se ceden, sin el consentimiento previo y escrito del beneficiario (Fonade).

En cuanto a la vigencia de este contrato, en la cláusula decimocuarta se estipuló que tendría una duración de cinco (5) años, pero que, en todo caso, permanecería vigente si, vencido ese plazo, “*subsisten saldos pendientes por amortizar para cancelar la totalidad de las obligaciones*” a cargo del fideicomitente y a favor del beneficiario.

Ahora bien, mediante la comunicación CE-OUTS CMS-029-2008 del 28 de enero de 2008, un funcionario del Consorcio CMS Cárceles remitió a Fonade copia del contrato de fiducia previamente descrito, “*para tramitar la carta de cesión para la Fiducia ante el Banco de Crédito*” (sic).

Por medio del oficio 2008EE1830 del 24 de enero de 2008, entregado, al parecer, el 28 de enero de ese año y dirigido a la fiduciaria Helm Trust S.A., la Asesora Jurídica de Fonade manifestó que conocía el “*contrato de cesión de derechos económicos*” suscrito por “el Consorcio CMS Cárceles” y Helm Trust S.A., “*para recibir el total de los pagos líquidos, excepto lo correspondiente a anticipos*”, derivados de la ejecución del contrato de obra. Asimismo le manifestó:

1. Que Fonade se notificaba de dicha cesión;
2. Que Fonade efectuaría, a favor de la fiduciaria, el total de los pagos líquidos a que hubiera lugar en virtud del contrato de obra, salvo los correspondientes a anticipos.
3. Que Fonade asumía tal compromiso a partir de ese momento y hasta que recibiera instrucciones en contrario de la fiduciaria.

En relación con este contrato de fiducia, la Sala debe manifestar que le causa perplejidad el hecho de que, habiéndose celebrado, apenas, un mes y medio después de la suscripción del contrato de cesión de derechos explicado en el literal anterior de este acápite, ni en el texto del contrato de fiducia ni en las comunicaciones mediante las cuales fue notificado a Fonade y aceptado por esta, se encuentre una sola mención a la cesión inicial de los derechos crediticios derivados del contrato de obra a favor del Banco de Crédito Helm Financial Services, ni mucho menos se haya explicado los efectos que este segundo contrato estaba llamado a producir en relación con la cesión primigenia de los derechos, a pesar de que en ambos actos jurídicos actúan como cedentes las mismas personas jurídicas (las compañías integrantes del Consorcio CMS Cárceles) y que en el contrato de fiducia opera como cesionaria una sociedad subordinada del Helm Bank S.A. (cesionario en el primer acto).

Por el contrario, en el numeral 2º de las consideraciones del contrato de fiducia mercantil se afirma: “*Que el Representante Legal y el Revisor Fiscal de los miembros de* ***EL FIDEICOMITENTE*** *mediante comunicaciones anexas, han certificado que los recursos provenientes de los pagos que a su favor efectúa FONADE, derivados del contrato No. 2070329 de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007), celebrado entre* ***EL FIDEICOMITENTE*** *y FONADE, se encuentran libres de todo gravamen y/o de cualquier limitación a su libre destinación*” (resalta la Sala), afirmación que evidentemente riñe con el negocio jurídico de cesión celebrado previamente, pues los referidos derechos ya habían sido transferidos al Banco de Crédito Helm Financial Services, en virtud del contrato de cesión suscrito el 16 de octubre de 2007 y de la respectiva aceptación por parte de Fonade.

La situación anterior obliga a la Sala a establecer el alcance de cada uno de esos actos de cesión, así como los efectos que la celebración del contrato de fiducia pudo tener en relación con el acuerdo de cesión de derechos firmado el 16 de octubre de 2007, como más adelante se hará.

Finalmente, es pertinente mencionar que en cumplimiento de la cesión incorporada en este contrato de fiducia mercantil y de la aceptación del mismo por parte de Fonade, esta entidad efectuó varios pagos a la fiduciaria Helm Trust S.A., entre el 6 de febrero de 2008 y el 6 de octubre de 2010, por un valor total de $27.021.279.681, que correspondieron a actas de avance de obra y a actas de reajuste, es decir, sin incluir anticipos.

**c. El “*Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre Helm Bank S.A. y el Consorcio CMS Cárceles*”**

El primero de febrero de 2011, el Helm Bank S.A., antes Banco de Crédito Helm Financial Services, y la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. suscribieron un acuerdo de cesión “de la posición contractual” que el citado banco tenía, en calidad de cesionario, en el contrato de cesión de créditos suscrito el 16 de octubre de 2007, con el fin de transferir dicha posición a Pine Com, como nueva cesionaria.

Como antecedentes de dicho negocio jurídico, es importante transcribir lo señalado por las partes en los numerales 3º y 4º de las consideraciones:

*“3. Que con el objeto de garantizar el pago del crédito requerido por el* ***CONSORCIO CMS CARCELES*** *y en general cualquier obligación que éste tuviera para con el BANCO y/o FILIALES Y/O SUBSIDIARIAS… el* ***CONSORCIO CMS CARCELES*** *efectuó la cesión de los derechos económicos derivados del Contrato No. 2070329 señalado en el considerando primero (1º), mediante contrato de fecha dieciséis (16) de octubre de dos mil siete (2007), cesión realizada a favor del* ***HELM BANK S.A.***

*4. Que la sociedad* ***PINECOM ASIA PCA COLOMBIA SAS****, identificada con el Nit 830.125.261-4, pagó dicha obligación crediticia y en tal virtud ha solicitado al* ***BANCO*** *que éste ceda los derechos económicos del CONTRATO Nº 2070329.”* (Se subraya).

En las cláusulas primera y segunda de este contrato, se precisó el objeto, los efectos y el alcance de esta nueva cesión, en los siguientes términos:

*“****PRIMERA.- OBJETO:*** *Por el presente documento, el* ***CEDENTE*** *cede su posición contractual en el contrato de cesión de derechos económicos, suscrito el 16 de octubre de 2007, a favor del* ***CESIONARIO****.*

***EL CESIONARIO*** *asume todas las obligaciones y derechos contractuales derivados del contrato de cesión de fecha 16 de octubre de 2007, apartándose EL CEDENTE de los mismos. Siendo así, el* ***BANCO*** *cede y/o endosa a favor del* ***CESIONARIO*** *las sumas de dinero correspondientes al valor que como retribución del contrato de obra para la… construcción del complejo penitenciario y carcelario… el cual se identifica como el contrato No. 2070329, celebrado entre el* ***CONSORCIO CMS CARCELES y FONADE****, sumas que corresponden al* ***BANCO*** *de acuerdo con los términos del contrato de cesión de fecha 16 de octubre de 2007, el cual se señaló en la parte considerativa del presente documento.*

***SEGUNDA.- ALCANCE:*** *Como consecuencia de lo anterior, el* ***CESIONARIO*** *recibirá el valor de los derechos económicos del Contrato que por medio del presente instrumento se ceden”.*

En armonía con lo anterior, la cláusula cuarta del mismo documento establece que será de cargo del nuevo cesionario “*efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directamente al* ***CESIONARIO****”*, y la cláusula quinta, numeral 2º dispone que “*EL* ***CESIONARIO*** *asumirá los derechos, potestades, privilegios, responsabilidades y obligaciones resultantes del contrato de cesión de derechos económicos suscrito el 16 de octubre de 2007 y de los que surjan con posterioridad…”.*

Vale la pena mencionar que en el mismo acuerdo de cesión se expresó que esta se hacía “a título gratuito” y sin ninguna responsabilidad para el banco cedente, ni siquiera en cuanto a la existencia de los créditos, en la medida en que este “*no sabe cuál es el estado actual del contrato suscrito entre el CONSORCIO CMS CARCELES y FONADE de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007)*”, ni tampoco, “*si hay dineros pendientes de pago provenientes del mencionado contrato*” (numeral 5º de las consideraciones).

Ahora bien, mediante carta del 11 de febrero de 2011, la Representante Legal de Pine Com remitió a Fonade copia del acuerdo de cesión que se acaba de describir.

El 17 de febrero de 2011, la misma funcionaria dio alcance a dicho oficio, para solicitar a Fonade que, en adelante y con fundamento en el referido acuerdo de cesión, todos los pagos líquidos que correspondieran al Consorcio CMS Cárceles, con ocasión del contrato de obra Nº 2070329, se efectuaran a favor de Pine Com Asia PCA Colombia S.A., “*hasta el límite de la cesión, esto es hasta la suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS*” (se resalta).

En respuesta a las dos comunicaciones anteriores, la Subgerente de Contratación, encargada de las funciones de la Gerencia General de Fonade, con el oficio Nº 20115000157561 del 14 de julio de 2011, le manifestó a la Representante Legal de Pine Com, entre otras cosas, que Fonade: *(i)* conocía y se notificaba del citado acuerdo de cesión de la posición contractual; *(ii)* que aceptaba dicha cesión y que, por tanto, “*efectuará el pago del saldo pendiente por desembolsar a favor de la sociedad PINE COM…*”; (iii) que dicho pago se realizaría “*una vez se haya liquidado el contrato y se hayan efectuado los descuentos legales y contractuales a que haya lugar, de acuerdo con las obligaciones contraídas en el* *contrato nº 2070329*” (subrayamos), y (iv) que “*esta obligación estará vigente, respecto de los pagos que se generen a partir de la fecha en que se cedieron los mencionados derechos, hasta tanto no se reciba una instrucción expresando determinación en contrario por parte de PINE COM…*”.

Finalmente, es importante señalar que, con fundamento en este último acuerdo de cesión, Fonade hizo un pago de $156.259.056 a la sociedad Pine Com el día 26 de marzo de 2014, por concepto de “*acta de obra ejecutada Nº 31*” y la correspondiente acta de reajuste de precios, según información suministrada por Fonade.

**3. El laudo arbitral del 16 de enero de 2017**

El 11 de marzo de 2013, el Consorcio CMS Cárceles y la sociedad Disico S.A. (integrante del mismo consorcio) convocaron a Fonade a un tribunal de arbitramento, para discutir y resolver las diferencias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del contrato de obra Nº 2070329.

En términos generales, los convocantes solicitaron al tribunal[[5]](#footnote-5) que declarara que Fonade había incumplido el contrato mencionado, al no haber pagado al consorcio algunas obras adicionales y mayores cantidades de obra que este decía haber ejecutado, ni haberle reconocido otros costos administrativos, y que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a la entidad pública demandada a pagar las sumas dejadas de reconocer, con su respectivo ajuste (según lo pactado en el contrato), intereses y perjuicios causados al contratista.

Asimismo, la parte convocante solicitó al tribunal liquidar el contrato, incluyendo en tal liquidación las obligaciones que reconociera a favor del contratista, según lo pedido en la demanda arbitral y en su reforma.

Fonade contestó la demanda reformada, oponiéndose a las pretensiones de la misma y planteando varias excepciones. Adicionalmente, formuló demanda de reconvención contra las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, basada en un presunto incumplimiento parcial en el que tales firmas habrían incurrido en relación con algunas de sus obligaciones.

Agotado el trámite arbitral, el tribunal profirió el laudo respectivo, el 16 de enero de 2017, en el cual condenó a Fonade y absolvió, de las pretensiones planteadas en la demanda de reconvención, a los integrantes del Consorcio CMS Cárceles.

En relación con el contenido de esta providencia, es importante mencionar, en primer lugar, que los árbitros tipificaron el contrato Nº 2070329 de 2007, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, como un contrato estatal de obra a precios unitarios, regido, sin embargo, por las normas del derecho privado (civil y comercial).

Esta calificación obedeció, por una parte, a que el tribunal acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que caracteriza como “contratos estatales” a todos los contratos celebrados por las entidades y organismos públicos mencionados en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente de que tales contratos se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el derecho privado o cualquier otro régimen especial[[6]](#footnote-6); y por otra parte, a que consideró que Fonade, como empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, no estaba sujeto a la aplicación de dicho estatuto en los contratos que celebra dentro del giro ordinario de sus negocios, de acuerdo con lo dispuesto, a la sazón, por el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[7]](#footnote-7).

Ahora bien, en relación con las pretensiones y excepciones de las partes, el panel arbitral encontró probado y declaró lo siguiente:

1. Que el contratista había ejecutado efectivamente mayores cantidades de obra que no le habían sido reconocidas ni pagadas por Fonade, lo cual constituyó un incumplimiento contractual por parte de la entidad pública.
2. Que, en consecuencia, debía reconocerse al contratista el costo directo de las mayores cantidades de obra ejecutadas por este y no pagadas, aunque en una suma inferior a la solicitada por la parte convocante.
3. Que también debía reconocerse al consorcio el ajuste de los precios unitarios correspondientes a tales obras, de acuerdo con la fórmula pactada en el contrato y en sus acuerdos modificatorios.
4. Que era necesario reconocerle, asimismo, los costos indirectos, representados por el A.I.U. (administración, imprevistos y utilidad), sobre el valor de los costos directos en los que incurrió el contratista, en el porcentaje estipulado en el contrato.
5. Que el contratista también tenía derecho al reconocimiento y pago de los “*intereses corrientes, a la tasa máxima legal permitida*”, desde el 11 de septiembre de 2010 (día siguiente al de terminación del contrato) y hasta la fecha del laudo arbitral, lo cual justificó de la siguiente manera:

*“En la medida en que el Tribunal ha reconocido que la convocante tiene derecho al pago de mayores cantidades de obra que ejecutó y no le fueron reconocidas en el momento de terminación del contrato, es decir el 10 de septiembre de 2010, ello conlleva al costo de la pérdida de oportunidad, por lo que tiene derecho al reconocimiento de los intereses reclamados en la pretensión, lo cual desde ya advierte el Tribunal no es incompatible con la fórmula de reajuste que contiene el contrato en su cláusula tercera”.*

1. Finalmente, y en atención a lo solicitado por la parte convocante, el tribunal de arbitramento resolvió liquidar el contrato de obra, incluyendo las sumas a las que fue condenado Fonade, en los siguientes términos:

“*A manera de resumen las cifras objeto de condena y que constituyen la liquidación del contrato se sintetizan en el siguiente cuadro:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***CONCEPTO*** | ***VALOR*** |
| *Mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas* | *$727.024.311,03* |
| *Ajuste previsto en la cláusula tercera del Contrato* | *$74.889.701,61* |
| *Costo Indirecto AIU* | *$200.478.503,00* |
| *Intereses corrientes bancarios causados desde el 11 de septiembre de 2010* | *$1.158.701.497,00* |
| ***TOTAL*** | ***$2.161.094.012,64***” |

Por otra parte, los árbitros denegaron las pretensiones formuladas por Fonade en su demanda de reconvención, al encontrar que no fueron probados los hechos en las cuales se basaban.

En virtud de lo anterior, el tribunal profirió, entre otras, las siguientes declaraciones y condenas (solo se citan, parcialmente, las pertinentes a esta consulta):

“*(…)* ***Tercero****.- Declarar que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE incumplió el contrato de obra No. 2070329 de 2007 suscrito por las partes el 28 de febrero de 2007, por el no pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el CONSORCIO CMS CÁRCELES que fueron acreditadas en el proceso. Con lo anterior prospera la pretensión primera principal…*

***Cuarto.-*** *Declarar que como consecuencia de lo anterior… FONADE es responsable respecto de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y perjuicios causados al CONSORCIO CMS CÁRCELES. (…)*

***Quinto.-*** *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a… FONADE a pagar a favor del CONSORCIO… la suma de… ($727.024.311,03) por concepto del costo directo de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas en virtud del Contrato de Obra 2070329 de 2007. (…)*

***Sexto.-*** *Declarar que al costo directo de los precios unitarios correspondientes a las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas a las que se refiere el numeral Quinto anterior, se le debe aplicar hasta el 10 de septiembre de 2010 la fórmula de reajuste pactada en el contrato y sus modificatorios, conforme al Índice de Costo de Construcción de Vivienda…*

***Séptimo.-*** *Como consecuencia de la declaratoria anterior, condenar al FONDO FINANCIERO… a pagar a favor del CONSORCIO… la suma de… ($74.889.701,61). (…)*

***Octavo.-*** *Declarar que… FONADE no ha reconocido el porcentaje correspondiente al veinticinco por ciento (25%), por concepto del costo indirecto: Administración, Imprevistos y Utilidad, calculado sobre el costo directo actualizado de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas que han sido reconocidas por el Tribunal… Con lo anterior prospera la pretensión sexta principal de la demanda principal…*

***Noveno.-*** *Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión sexta principal, condenar al FONDO FINANCIERO… a pagar a favor del CONSORCIO… la suma de… ($200.478.503). (…)*

***Décimo.-*** *Condenar a… FONADE a pagar a favor del CONSORCIO… la suma de… ($1.158.701.497) por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas referidas en el numeral Quinto anterior, intereses que han sido liquidados a partir del 11 de septiembre de 2010 y hasta la fecha de este laudo. (…)*

***Décimo Primero.-*** *Se declara liquidado el contrato de obra No. 2070329 de 2007, de conformidad con la liquidación presentada en la parte motiva de este laudo…*

*(…)*

***Décimo Sexto.-*** *Las sumas correspondientes a las condenas impuestas en virtud de este Laudo a cargo del FONDO FINANCIERO… y en favor del CONSORCIO… deberán ser pagadas en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria del presente laudo y a partir de esa fecha tales sumas devengarán intereses moratorios a la tasa moratoria más alta legalmente procedente hasta el día de su pago total.*

*(…)”.*

Contra dicho laudo, Fonade interpuso un recurso extraordinario de anulación, el día 7 de marzo de 2017, el cual se encuentra actualmente en trámite, en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sin embargo, Fonade no solicitó la suspensión de los efectos del laudo mientras se resuelve el recurso, de acuerdo con lo permitido por el artículo 42, inciso 3º, de la Ley 1563 de 2012, para las entidades públicas.

En el recurso extraordinario, Fonade solicita que se anule parcialmente el laudo arbitral, en relación con los intereses a cuyo pago fue condenado, porque considera que el tribunal de arbitramento, en el laudo, no explicó las normas, las pruebas, la jurisprudencia ni, en general, los fundamentos jurídicos en los cuales se basó para determinar que Fonade debía pagar intereses, a la tasa del interés corriente bancario, a partir del día 11 de septiembre de 2010, es decir, desde el día siguiente al de terminación del contrato.

A este respecto, el apoderado de Fonade considera que los árbitros tomaron tal decisión *en equidad o en conciencia*, pero no en derecho, como lo exigía la cláusula compromisoria pactada en el contrato (cláusula vigesimosexta) y lo impone el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

Sobre este punto, el apoderado de Fonade considera que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, lo procedente hubiera sido que el tribunal de arbitramento condenara a Fonade a pagar intereses moratorios desde el vencimiento del término de treinta (30) días siguiente a la fecha del acta de entrega final y recibo a satisfacción de las obras, lo cual ocurrió, según afirma, el 6 de marzo de 2013.

**C. Régimen jurídico aplicable al contrato Nº 2070329 de 2007, celebrado entre Fonade y las compañías integrantes del Consorcio CMS Cárceles, así como a la cesión de los derechos crediticios derivados de dicho contrato**

Tal como se indicó en el aparte anterior, el panel de arbitraje que resolvió las controversias entre Fonade y las sociedades que conformaron el Consorcio CMS Cárceles, consideró que el contrato Nº 2070329, suscrito el 28 de febrero de 2007, si bien constituye un contrato de obra estatal, se rige por las reglas del derecho privado, conforme a lo que disponía, en el momento de su celebración, el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Dado que ese laudo ha hecho tránsito a cosa juzgada entre las partes que intervinieron en el respectivo proceso arbitral, la Sala acogerá lo dispuesto en el mismo.

Por lo demás, ello coincide con lo manifestado por esta Sala en ocasiones anteriores sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por Fonade, y también con lo dispuesto en el “*MANUAL DE CONTRATACIÓN PARA LOS CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO*” de Fonade, expedido por esa misma entidad mediante los Acuerdos 002 y 006 de 2003, y vigente a partir del 5 de agosto de ese año.

En efecto, en el concepto 2135 de 2013[[8]](#footnote-8), la Sala estudió específicamente el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, tanto con otras entidades públicas como con particulares, así como la jurisdicción competente para conocer de los litigios derivados de tales contratos.

En dicho concepto se explicó que la normatividad aplicable a los contratos suscritos por Fonade ha cambiado a lo largo del tiempo, a partir de la Ley 80 de 1993, lo que permite distinguir tres etapas: *(i)* desde la Ley 80 hasta la Ley 1150 de 2007[[9]](#footnote-9); *(ii)* desde la Ley 1150 hasta la Ley 1450 de 2011[[10]](#footnote-10), y *(iii)* desde la Ley 1450 de 2011 en adelante.

Dado que el contrato que nos ocupa se suscribió el 28 de febrero de 2007, es decir, antes de que se promulgara[[11]](#footnote-11) y entrara a regir[[12]](#footnote-12) la Ley 1150 de 2007, conviene recordar lo que explicó la Sala en aquella ocasión sobre los contratos suscritos por Fonade durante el primer período que se menciona:

“*Con el propósito de universalizar el régimen de la contratación pública en Colombia, la ley 80 de 1993 incluyó en su campo de aplicación a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviere una participación superior al 50%, tal como se desprende claramente de lo preceptuado en los artículos 1º y 2º.*

*No obstante, el parágrafo primero del artículo 32 de la ley 80 estableció una excepción para los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto, así:*

“Artículo 32. De los contratos estatales…

“Parágrafo 1º.Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

*Por lo tanto, al ser FONADE una entidad financiera de carácter estatal, los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto[[13]](#footnote-13) no estaban sometidos a la ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F. y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras).*

*Por el contrario, los contratos que no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la ley 80 de 1993, norma que, como es sabido, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40).*

*En este sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil, con relación a FONADE, en el concepto Nº 1.773, antes citado, cuando expresó:*

“Con fundamento en el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento debe contratarlos como toda entidad estatal, en tanto que las actividades propias del giro ordinario de sus negocios se rigen por el derecho que les sea aplicable (…)”*.”* (Subraya la Sala en esta ocasión).

En el mismo sentido, el “*MANUAL DE CONTRATACIÓN PARA LOS CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO*” de Fonade, expedido por esa entidad en el año 2003, dispone, en lo pertinente:

*“****1. ARTÍCULO PRIMERO. OBJETO***

* *Establecer las condiciones para la realización de proyectos de personas particulares y de los contratos que debe celebrar la Entidad para el cumplimiento de convenios con entidades estatales. Es decir, aquellos que corresponden al giro ordinario de sus negocios.*
* *Se considera que corresponden al giro ordinario de las actividades la celebración de contratos que le permiten a FONADE competir, en igualdad de oportunidades, con el sector privado. Entre otros, la estructuración de proyectos, la gerencia integral de proyectos, formulación y ejecución de proyectos y todos los demás contratos dentro del límite de su objeto.*

*(…)*

***6. MANUAL DE CONTRATACIÓN PARA LOS CONTRATOS DEL GIRO ORDINARIO***

***6.1. CONSIDERACIONES***

*Que la actividad contractual de FONADE se desarrolla mediante la aplicación de dos regímenes jurídicos: la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para las actividades propias de su funcionamiento y el derecho privado para el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios.*

*Que a pesar de la diferenciación en la normatividad aplicable a las actividades de FONADE, los dos regímenes comparten principios y reglas constitucionales fundamentales.*

*Que de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en el artículo 21 del decreto 679 de 1994 y en el artículo 288 del estatuto orgánico del sistema financiero, los contratos que celebre FONADE dentro del giro ordinario de sus negocios estarán sujetos a las normas del derecho privado.*

*(…)”.* (Subrayas añadidas).

Es evidente, por lo tanto, que el contrato de obra al cual se refiere este concepto no estaba sujeto a las normas de la Ley 80, sino a las disposiciones del derecho privado que le fueran aplicables (principalmente, el Código Civil y el Código de Comercio).

En todo caso, no sobra recordar que todos los contratos celebrados por las entidades públicas, entre ellas Fonade, están sujetos a los principios generales de la función pública, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, como lo vino a reiterar, con carácter positivo, el artículo 13[[14]](#footnote-14) de la Ley 1150 de 2007 y lo ha manifestado esta Sala en múltiples ocasiones[[15]](#footnote-15).

Si lo expuesto con anterioridad sobre la aplicación del derecho privado al contrato de obra Nº 2070329 de 2007 es cierto, como se ha demostrado, más cierto aún resulta que dicho régimen es el aplicable a la cesión de los derechos crediticios derivados de la celebración y ejecución de ese contrato, pues, adicionalmente, dicho acto jurídico (cesión de créditos) no está regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y las sucesivas cesiones celebradas en este caso fueron realizadas íntegramente entre particulares, aunque se hicieron con el conocimiento y la aceptación de Fonade.

Dado lo anterior, es necesario acudir a las normas del derecho privado, principalmente a las disposiciones pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio, para determinar los efectos jurídicos de las mencionadas cesiones de créditos y, con base en esto, responder las preguntas formuladas por el Director General del Departamento Nacional de Planeación.

**D. La cesión de créditos o derechos personales y la cesión de derechos litigiosos. Naturaleza y efectos**

1. **La cesión de créditos, propiamente dicha**

Para referirse a la naturaleza jurídica y a los efectos de la cesión de créditos, es conveniente empezar por recordar lo que la ley entiende por “créditos”.

Dentro de las distintas clasificaciones que la ley hace de las cosas o los bienes, el artículo 653 del Código Civil contiene una clasificación inicial, entre cosas corporales o tangibles y cosas incorporales o intangibles:

*“Artículo 653. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.*

*Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.*

*Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.* (Se destaca).

Para referirse a la naturaleza jurídica y a los efectos de la cesión de créditos, es conveniente empezar por recordar lo que la ley entiende por “créditos”.

Dentro de las distintas clasificaciones que la ley hace de las cosas o los bienes, el artículo 653 del Código Civil contiene una clasificación inicial, entre cosas corporales o tangibles y cosas incorporales o intangibles

Tenemos, entonces, que la ley colombiana concibe los derechos personales o créditos, llamados también por la jurisprudencia y la doctrina “*acreencias*”, “*derechos crediticios*”, “*derechos subjetivos*” o “*derechos de crédito*”, como aquellos bienes incorporales o intangibles que consisten en el derecho que la ley (directa o indirectamente) reconoce a una persona para exigir de otra una determinada conducta o prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

En esa medida, la doctrina ha explicado que los derechos crediticios constituyen la parte activa de la obligación, que pertenece al acreedor, cuyo extremo pasivo es la deuda, que grava al deudor u obligado.

Como las demás cosas o bienes, los derechos personales y, en general, las cosas incorporales pueden ser objeto de apropiación o dominio, lo cual es reconocido expresamente por el artículo 670 del Código Civil, cuando dispone:

“*Artículo 670. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo*”. (Destacamos).

Al ser objeto de propiedad, los créditos o derechos personales pueden ser, también, objeto de enajenación y de otros actos jurídicos de disposición del derecho de dominio.

Sin embargo, la ley no ha regulado de la misma forma la transferencia o enajenación de las cosas corporales y la enajenación o transferencia de las cosas incorporales. Para las primeras, como es sabido, el ordenamiento jurídico colombiano acogió el sistema del “*título y el modo*”, es decir, de un acto jurídico antecedente en virtud del cual una persona se obliga a transferir la propiedad sobre una cosa (compraventa, donación, fiducia, permuta etc.) y un segundo acto o hecho en virtud del cual se transfiere efectivamente el dominio sobre dicho bien (tradición, accesión, ocupación, usucapión etc.).

Para la enajenación de las cosas incorporales, en cambio, el ordenamiento jurídico diseñó un mecanismo especial, denominado “cesión de derechos”, del cual se ocupa específicamente el título XXV del libro IV del Código Civil, el cual se subdivide en tres capítulos, a saber: capítulo I: “*De los créditos personales*”; capítulo II: “*Del derecho de herencia*”, y capítulo III: “*De los derechos litigiosos*”.

En punto a la cesión de los créditos o derechos personales, es menester señalar, en primer lugar, que la ley no define dicho acto jurídico, sino que entra a regular directamente sus efectos, tanto en relación con las partes involucradas en la transferencia, es decir, cedente y cesionario, como en relación con el deudor de la respectiva deuda u obligación (desde el punto de vista pasivo), que la doctrina ha dado en llamar “*deudor cedido*”, y con los terceros (por ejemplo los acreedores del cedente o del cesionario).

Sin embargo, con base en lo explicado en precedencia, puede afirmarse claramente que la cesión de créditos consiste en el acto jurídico mediante el cual una persona transfiere o enajena a otra uno o varios derechos personales o créditos de los que es titular o dueño.

Más allá de esto, ha existido, durante décadas, un amplio debate en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con si la cesión de créditos es un contrato o no, y si constituye simplemente el título para la transferencia de los derechos, o es el modo, o ambas cosas al mismo tiempo, discusión que pareciera partir de la equivocada pretensión de asimilar u homologar absolutamente la cesión de créditos con la enajenación de las cosas corporales. La Sala no entrará en esta discusión, dado que no resulta necesario para los efectos de esta consulta, pues la ley regula directamente y en forma clara los requisitos y los efectos jurídicos de la cesión de derechos personales, como más adelante se verá.

Es importante aclarar, en todo caso, que la cesión de créditos puede recaer sobre todo tipo de derechos personales, incluyendo, además de aquellos que tienen por objeto exigir el pago de una suma de dinero, los que facultan al acreedor para exigir del deudor cualquier otra clase de conducta o prestación, como dar otro tipo de bienes, hacer o no hacer algo. Lo anterior no significa, sin embargo, que todo tipo de créditos o derechos personales puedan ser objeto de cesión, pues la ley, por consideraciones de orden público, prohíbe la enajenación o la disposición de cierta clase de derechos, como ocurre con los denominados “*derechos personalísimos*” (el nombre, etc.) y con otros que la ley prohíbe expresamente ceder (entre ellos, los derechos morales de autor o los derechos laborales y prestacionales que la Constitución Política y la ley califican como “irrenunciables”).

También es relevante comentar que la cesión de créditos puede darse en forma directa, es decir, cuando los derechos crediticios son el objeto directo de la cesión, o indirectamente, esto es, como consecuencia de ciertos actos (ejemplo: el pago con subrogación) que, en ocasiones, entrañan la transferencia o enajenación de otros bienes (corporales o incorporales) de los cuales forman parte los referidos créditos, tal como ocurre con la enajenación de los establecimientos de comercio, la cesión de los contratos, la fusión, la escisión y la liquidación de las sociedades, la sucesión por causa de muerte o la negociación o transferencia de títulos valores, entre otros. El Código Civil, en las normas citadas, se ocupa de regular la primera forma de cesión, pues la transferencia indirecta de las acreencias, se encuentra regulada en disposiciones especiales.

Ahora bien, en punto a la cesión de créditos propiamente dicha, el Código Civil regula por separado los efectos jurídicos de dicho acto entre las partes involucradas directamente (cedente y cesionario), y frente al deudor cedido y los terceros.

En cuanto al primer grupo de efectos, el artículo 1959 del Código Civil, subrogado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, estatuye:

“*Artículo 1959. La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento*”. (Subrayas añadidas).

Advierte la Sala que la norma transcrita utiliza la palabra “*título*” en dos acepciones diferentes: En la primera línea, se refiere al título jurídico en virtud del cual se transfiere el derecho, es decir, al acto que precede o justifica la cesión, como una compraventa, una donación, una permuta, un aporte en sociedad etc. Desde este punto de vista, se infiere que la cesión de créditos puede hacerse a diferentes títulos, es decir, en virtud de diferentes contratos o actos jurídicos precedentes, y puede tener también finalidades distintas. Y en la segunda línea, el artículo 1959 se refiere al “título” como el documento en donde consta el derecho personal que se cede, lo cual puede confirmarse fácilmente con la segunda parte de la norma, cuando dice que si el crédito “*no consta en documento*”, el cedente puede otorgar uno al cesionario.

Con todo, es pertinente resaltar que, entre cedente y cesionario, exclusivamente, los efectos jurídicos de la cesión se producen con la simple entrega, por parte del cedente al cesionario, del “título” o documento en donde conste el derecho o los derechos que se transfieren. Desde luego que el efecto principal de dicho acto consiste en la transferencia o enajenación de la propiedad sobre los créditos, que dejan de estar en el patrimonio del cedente e ingresan al patrimonio del cesionario.

Lo anterior ocurre, incluso, sin el conocimiento del deudor cedido, caso en el cual el cedente sigue actuando como acreedor, para todos los efectos distintos de su relación jurídico-patrimonial con el cesionario. En esa medida, los pagos que realice el deudor al cedente continúan siendo válidos y eficaces para liberarlo de su obligación, solo que el dinero, los bienes o, en general, los beneficios percibidos por el acreedor-cedente se entienden recibidos por cuenta del cesionario y están sujetos, en consecuencia, al tratamiento que las partes hayan estipulado en el acuerdo de cesión, sin que ello involucre o afecte en nada al deudor cedido ni a los terceros.

Para que la cesión tenga efectos jurídicos frente al deudor y a los terceros, en general, la ley ha establecido unos requisitos adicionales que buscan, en general, dotar de cierta publicidad y, por lo tanto, seguridad jurídica, a la transferencia de los derechos. En esa medida, los artículos 1960 a 1962 del Código Civil preceptúan:

*“Artículo 1960. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.* (Destaca la Sala).

*Artículo 1961. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.*

*Artículo 1962. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”.*

El artículo 1963 ibídem establece nítidamente la separación que atrás se mencionó, entre los efectos de la cesión de créditos para las partes (cedente y cesionario) y los efectos para el deudor y los terceros. En este sentido, estatuye:

*“Artículo 1963. No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros”.* (Se resalta).

Nótese, entonces, que la cesión de créditos puede existir y ser válida entre el cedente y el cesionario, inicialmente, si reúne los requisitos exigidos en el artículo 1959 del Código Civil, y solo después, producir efectos frente al deudor y terceros, cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 1960 del mismo código, o puede ocurrir también que nunca produzca efectos frente a tales personas, si no es notificada jamás al deudor ni aceptada por este.

Es importante recalcar que la notificación de la cesión al deudor, o la aceptación por parte de este, no solamente hace que la cesión de créditos produzca efectos jurídicos para él, sino también para todos los terceros, incluyendo a los acreedores del cedente y a los acreedores del cesionario, pero sin limitarse a estos. Por tal razón, una vez generados dichos efectos, los acreedores del cedente no pueden embargar ya los créditos que antes se encontraban en su patrimonio y, por el contrario, los acreedores del cesionario pueden embargar tales derechos, pues ahora le pertenecen. Del mismo modo, una vez notificada o aceptada la cesión, el cedente no puede transferir ni gravar (mediante prenda, fiducia en garantía o de otra forma) los mismos derechos crediticios a ninguna otra persona, porque ya no tiene la propiedad sobre los mismos, y tales actos jurídicos, entre otros, pueden ser celebrados por el cesionario, a menos que convencionalmente se le haya impuesto alguna restricción o prohibición para ello.

Debe reiterarse que los derechos personales o créditos son bienes o cosas incorporales, por lo cual forman parte del patrimonio de una persona, junto con los demás bienes o activos (y las deudas o pasivos), e integran la “*prenda general de los acreedores*” a que se refiere el artículo 2488 del Código Civil. En consecuencia, los derechos crediticios, como bienes incorporales que son, pueden ser perseguidos y embargados por los acreedores de su titular o dueño, a menos que la ley los califique como inembargables[[16]](#footnote-16).

Esta es la razón por la que el artículo 1963 del Código Civil dispone que “*no interviniendo la notificación o la aceptación sobredichas podrá… embargarse el crédito por acreedores del cedente*” (resaltamos), lo cual significa, “*contrario sensu*”, que una vez notificada al deudor la cesión del crédito o aceptada por este, el respectivo derecho personal no puede ser embargado ya por los acreedores del cedente, pues a partir de ese momento, la transferencia del crédito es oponible a dichos acreedores y a cualquier otro tercero.

En el mismo sentido disponen las normas procesales, en cuanto atañe al embargo de los créditos o derechos personales. Así, el artículo 681, numeral 4º del derogado Código de Procedimiento Civil estatuía:

*“Artículo 681* (modificado por el artículo 67 de la Ley 794 de 2003[[17]](#footnote-17))*. Embargos. Para efectuar los embargos se procederá así:*

*(…)*

*4. El de un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que debe hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.*

*Al recibir el deudor la notificación, o dentro de los tres días siguientes, deberá informar bajo juramento que se considerará prestado con su firma, acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquélla, so pena de responder por el correspondiente pago y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.*

*(…)*”. (Se destaca).

Y en el mismo sentido, el artículo 593, numeral 4º, del Código General del Proceso (C.G.P.) dispone en la actualidad:

*“Artículo 593. Embargos. Para efectuar embargos se procederá así:*

*(…)*

*4. El de un crédito u otro derecho semejante se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que para hacer el pago deberá constituir certificado de depósito a órdenes del juzgado. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.*

*Al recibir el deudor la notificación deberá informar acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquella, so pena de responder por el correspondiente pago, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.*

*La notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito, y si aquel no lo paga oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.*

*El embargo del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decretó y los anteriores que no hubieren sido cancelados.*

*(…)”.* (Resaltamos).

Como puede verse, las normas de procedimiento vigentes antes y después de la expedición de la Ley 1564 de 2012 (C.G.P.), han preceptuado que si bien las acreencias o derechos personales son activos que pueden ser objeto de embargo, tal medida cautelar no procede contra el cedente, cuando los créditos respectivos han sido cedidos previamente, a partir del momento en que se ha notificado la cesión al deudor o ha sido aceptada por este, siguiendo en esta materia lo dispuesto por las reglas generales del Código Civil sobre la cesión de créditos.

Ahora bien, el artículo 1964 del Código Civil consagra otra regla de particular importancia para responder las preguntas formuladas en esta consulta, que se refiere a la transferencia de los derechos accesorios a un crédito, así:

*“Artículo 1964. La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.* (Subraya fuera del texto).

Como se aprecia, la norma transcrita, inspirada en el principio de que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, dispone que la cesión de un crédito o derecho personal transfiere también las fianzas, privilegios e hipotecas que garantizan o acompañan dicha acreencia, aunque las partes no hayan incluido o mencionado expresamente tales accesorios.

Se entiende, entonces, que la transferencia de los derechos accesorios opera automáticamente y en virtud de la ley (“*ipso iure*”), como consecuencia de la cesión del derecho principal.

La pregunta que debe resolver la Sala, en este punto, es si esta disposición regula exclusivamente la cesión de las fianzas, hipotecas y privilegios que acompañen un derecho principal, como se desprende, a primera vista, de su tenor literal, o si debe entenderse referida, en general, a la transferencia de cualquier derecho accesorio a un crédito o derecho personal. En particular, importa determinar si la cesión del derecho a percibir una suma de dinero comporta también la transferencia del derecho a percibir los intereses remuneratorios o moratorios que el respectivo capital deba generar, conforme a la ley o a un acto jurídico.

Para la Sala, la disposición citada no puede interpretarse desde un punto de vista exclusivamente literal y restrictivo, como referida solamente a los derechos accesorios que dicho artículo menciona en forma expresa, sino que debe entenderse, desde un punto de vista sistemático y finalista, como un desarrollo del principio de que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”.

En esa medida, debe entenderse que el listado de derechos accesorios que consagra la norma (“*fianzas, privilegios e hipotecas*”) no es taxativo, sino enunciativo o ilustrativo; es decir, que tiene el propósito de indicar, con algunos ejemplos, la clase de derechos que, por ser accesorios, se entienden transferidos con la cesión del crédito o derecho personal principal. Si no fuera así, incluso cauciones como la prenda, que regula el mismo Código Civil y que tiene esencialmente la misma naturaleza de la hipoteca, quedarían por fuera de la regla contenida en el artículo 1964, por lo cual tendrían que ser cedidas en forma independiente y adicional a la transferencia del derecho que garantizan. Lo mismo ocurriría con otras garantías reales o personales que el Código Civil no tipifica, pero que han sido reguladas posteriormente por la ley, como la fiducia en garantía.

Así lo ha explicado la jurisprudencia y la doctrina. Por ejemplo, el tratadista Fernando Hinestrosa señala que “*la cesión, como negocio autónomo, que versa sobre el crédito y, por lo mismo, comporta lo que a él accede, entre lo cual van las cauciones (art. 1964 c.c.), tanto personales como reales[[18]](#footnote-18), tiene… un trámite…”*  (se resalta); y más adelante sostiene: “*El traspaso, naturalmente, ‘comprende las fianzas, privilegios e hipotecas’, y globalmente, todas las ventajas y garantías del crédito cedido: opera una transferencia ipso iure de las garantías”[[19]](#footnote-19).*

Para determinar, puntualmente, si el derecho a percibir intereses derivado de una obligación dineraria debe entenderse transferido con la cesión del derecho principal a recibir el capital, es necesario detenerse un poco en la naturaleza jurídica de los intereses, con el fin de determinar si estos constituyen un derecho accesorio, caso en el cual se consideraría cedido con el traspaso del derecho principal, o si se trata, por el contrario, de un derecho principal y autónomo.

A este respecto, vale la pena citar, en primer lugar, lo previsto en los artículos 717 y 713 del Código Civil, sobre los conceptos de “frutos” y de accesión, como forma de adquirir la propiedad de los mismos:

*“Artículo 717. Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.*

*Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran”.*

*“Artículo 713. La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles”.* (Resalta la Sala).

La combinación de estas dos normas permite inferir, claramente, que como el derecho a recibir una suma de dinero (capital) que debe ser pagada por otra persona, es un bien o cosa incorporal, el propietario de ese derecho lo es también, en virtud de la accesión, de los intereses que dicho capital haya producido y produzca en el futuro. Por la misma razón, la cesión o enajenación de ese crédito o derecho personal conlleva la transferencia del derecho a cobrar y percibir los intereses, a menos que se pacte expresamente lo contrario, es decir, que el cedente se reserve o retenga explícitamente la propiedad sobre tales réditos.

Si lo anterior es así desde el punto de vista de los bienes, desde la perspectiva de las obligaciones se llega a la misma conclusión.

En primer lugar, y dado que el contrato de obra celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles tiene naturaleza comercial[[20]](#footnote-20) (además de ser un contrato estatal), es pertinente mencionar lo previsto en el artículo 65 de la Ley 45 de 1990[[21]](#footnote-21):

“*Artículo 65. Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación*”.

La norma transcrita corresponde a la aplicación, en el campo mercantil, de la regla general que contiene el artículo 1617 del Código Civil, en relación con la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de obligaciones monetarias, así:

*“Artículo 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

*1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*

*El interés legal se fija en seis por ciento anual.*

*2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*

*3a.) Los intereses atrasados no producen interés.*

*4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.* (Subrayas ajenas al texto).

Y en armonía con lo anterior, el artículo 1649 ejusdem, que se refiere a la forma como debe hacerse el pago de una obligación, dispone:

*“Artículo 1649. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.*

*El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban*”. (Subrayamos).

De todas las normas transcritas se concluye claramente que los intereses constituyen una obligación accesoria a una obligación principal, cuyo objeto consiste en el pago de cierta suma de dinero (capital) que una determinada persona (deudor) debe hacer a favor de otra (acreedor). Por lo tanto, el pago íntegro o completo de tal obligación incorpora, de suyo, el pago de los intereses que se causen, ya sea remuneratorios o de plazo, o bien moratorios o de mora; y por lo mismo, la cesión del crédito, acreencia o derecho personal correlativo involucra, en virtud de la ley, la transferencia del derecho a percibir los respectivos intereses, a menos que se pacte expresamente lo contrario.

En este sentido, el tratadista Hinestrosa, refiriéndose a los casos en que un crédito es cedido parcialmente, es decir, cuando el acreedor transfiere una parte del derecho a una persona y se reserva otra para sí, o transfiere una parte de la acreencia a una persona, y otra, a alguien más, explica lo siguiente[[22]](#footnote-22):

*“Esa igualdad o paridad de tratamiento que merecen y han de tener cedente y cesionario parciales, es especialmente sensible cuando el fraccionamiento del crédito consiste en separar capital e intereses, sea que el acreedor transfiera únicamente el derecho a los intereses que hayan de devengarse, sea que transfiera el capital y se reserve el derecho a los intereses[[23]](#footnote-23). Y esa sensibilidad y los problemas y riesgos anejos derivan de la consideración de los intereses como accesorio del capital, dentro de un concepto bastante amplio de obligación accesoria, como aquella que ‘presupone la existencia de otra a cuya suerte está ligada’…”.* (Subrayas añadidas).

Todo lo explicado permite concluir con certeza que la cesión del derecho personal a recibir una determinada suma de dinero (capital), involucra o conlleva el derecho accesorio a percibir los intereses que dicho capital genere, ya sea en virtud de la ley o bien por un acuerdo de voluntades, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario entre cedente y cesionario, como sucede cuando el cedente se reserva o conserva para sí el derecho al principal o a los intereses, o cuando transfiere el derecho al capital a una persona y el derecho a percibir los réditos, a otra.

Finalmente, y dado que tanto la consulta como los documentos de cesión enviados como anexos, se refieren a la cesión de los “*derechos económicos*” derivados del contrato de obra Nº 2070329, vale la pena hacer un breve comentario sobre el significado probable de dicha expresión.

Ni el Código Civil ni el de Comercio, ni otra ley que conozca la Sala, definen lo que debe entenderse por “*derechos económicos*”, lo que permite descartar, de entrada, que se trate de una categoría precisa y unívoca de origen legal. Sin embargo, teniendo en cuenta que el término “*económico*” tiene, en nuestro idioma, entre otras acepciones, la de “*perteneciente o relativo a la economía*”[[24]](#footnote-24), y esta última voz significa, entre otros sentidos, el “*conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo*”[[25]](#footnote-25), puede inferirse que la expresión “*derechos económicos*” alude a los derechos que son cuantificables económica o monetariamente y que, por lo tanto, forman parte del patrimonio de una persona. Esta categoría de créditos no se refiere exclusivamente al derecho a percibir una suma o cantidad de dinero (en cualquier moneda), sino que incluye, en general, el derecho a exigir de otra persona una determinada prestación, de dar, hacer o no hacer, que sea susceptible de ser valorada o estimada pecuniariamente.

Ergo, solamente quedarían por fuera de la citada expresión, los derechos personales que no puedan cuantificarse monetariamente, como los derechos fundamentales de origen constitucional y otros derechos personalísimos que corresponden, en general, a los que no pueden ser objeto de cesión.

De allí se deriva que el calificativo “*económicos*”, añadido a la palabra “*derechos*” o “*créditos*”, no agregue, en realidad, algo que resulte sustancial o necesario al término “*derechos personales*” o “*créditos*”, que la ley, como se ha visto, sí define y regula con claridad, incluyendo su cesión (que autoriza, como regla general).

1. **La cesión de los derechos litigiosos**

Dentro del mismo título XXV (“*De la cesión de derechos*”), pero en un capítulo aparte, el Código Civil regula la cesión de los derechos litigiosos (capítulo III).

A tal efecto, el artículo 1969 tipifica dicha cesión, definiendo, en el fondo, lo que debe entenderse por “derechos litigiosos”:

*“Artículo 1969. Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente.*

*Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda”.* (Resaltamos).

La norma transcrita establece con precisión la diferencia que existe entre la cesión de créditos o derechos personales y la cesión de “derechos litigiosos”, al disponer que en esta última lo que se cede, más que un derecho, es “*el evento incierto de la litis*”, es decir, el azar o alea involucrado en el proceso judicial. En esa medida, la cesión de derechos litigiosos debe catalogarse como un contrato aleatorio, a diferencia de la cesión de créditos, que es un contrato conmutativo[[26]](#footnote-26).

Por esta misma razón, la disposición citada establece que el cedente no se hace responsable de lo que cede, es decir, del “*objeto incierto de la litis*”, a diferencia de la cesión de derechos personales, en la que el cedente de “*un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello*…”, conforme lo regula el artículo 1965 del Código Civil.

De otro lado, vale la pena recordar que la cesión de derechos litigiosos, para que sea reconocida en el proceso judicial en el que se disputen los derechos respectivos, debe ser informada al respectivo juez en la oportunidad y con el trámite que establecen las normas de procedimiento, de tal manera que dicho juez tenga al cesionario como nuevo demandante o nuevo demandado o, en fin, como parte o interviniente en el proceso, en compañía del cedente o en su reemplazo, según el caso. Así, por ejemplo, el artículo 68 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012) dispone:

*“Artículo 68. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.*

*Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.*

*El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.*

*Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente”.*

El trámite indicado le permite al cesionario actuar en el proceso judicial respectivo, ya sea como litisconsorte o bien como sustituto (o sucesor) del demandante, en procura o en defensa del derecho litigioso que haya adquirido; pero su reconocimiento y su participación en el proceso es independiente de la existencia y validez de la cesión del derecho litigioso, desde el punto de vista sustancial. Por esta razón, el artículo 1970 del Código Civil preceptúa:

*“Articulo 1970. Es indiferente que la cesión haya sido a título de venta o de permutación, y que sea el cedente o cesionario el que persigue el derecho”.* (Se resalta).

Obviamente, el reconocimiento de la cesión de derechos litigiosos en el proceso judicial, no solamente faculta al cesionario para perseguir o defender por sí mismo el derecho disputado, sin depender exclusivamente de la actuación que lleve a cabo el cedente (parte en el proceso), sino que, en el evento de obtener una sentencia favorable, le permite reclamar directamente y con mayor facilidad el cumplimiento de la providencia. Sin embargo, el hecho de que el cesionario no haga valer su derecho litigioso dentro del trámite del proceso, no le hace perder su derecho ni le impide reclamar a su favor el pago de la condena que se haya impuesto, tal como lo explica el tratadista César Gómez Estrada[[27]](#footnote-27):

*“****153. Efectos procesales de la cesión.***

*(…)*

*“Puede ocurrir que el cesionario se abstenga de intervenir en el proceso y que en éste continúe figurando y obrando, como venía haciéndolo, el cedente. Esa ocurrencia carece de toda importancia, ninguna consecuencia produce en relación con la cesión misma. (…)*

*Por otra parte, si el cesionario no interviene la sentencia será dictada respecto del cedente, quien en el caso de serle aquélla favorable, quedará figurando como titular del derecho disputado, no obstante ser el cesionario su verdadero titular. Pues bien, al igual que lo que se hizo ver atrás para caso similar que puede presentarse en materia de cesión del derecho de herencia, si el cesionario no obtiene que espontáneamente el cedente descubra la realidad y lo declare verdadero beneficiario de lo reconocido en el fallo, tendrá que recurrir a la jurisdicción para obtener de ésta que por sentencia se haga aquel reconocimiento, previa demostración, claro está, de que se celebró el contrato de cesión de los derechos litigiosos respectivos*”. (Negrillas en el original, subrayas añadidas).

Por último, merece la pena recordar que en la cesión de derechos litigiosos, “*el deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor*” (derecho o beneficio de retracto), siempre que no haga uso de tal beneficio “*después de transcurridos nueve días de la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia*”, como lo establecen los artículos 1971 y 1972 del Código Civil.

Ahora bien, en la consulta se pregunta si los derechos litigiosos pueden entenderse transferidos dentro de la cesión de todos o parte de los derechos económicos derivados de un contrato. De acuerdo con el principio de que “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, la respuesta a este interrogante debe ser afirmativa, en la medida en que la cesión de un derecho personal lleva consigo el traspaso de “*la acción*” (o pretensión procesal) necesaria para reclamarlo o defenderlo en juicio, siempre que los respectivos derechos litigiosos se refieran directa y exclusivamente a los créditos cedidos, es decir, que el objeto de la controversia o el litigio tenga que ver directamente con los derechos personales o las acreencias cedidas (porque se discuta, por ejemplo, su existencia, su validez, su cuantía, su cumplimiento, etc.).

A esta hipótesis alude genéricamente el inciso segundo del artículo 1971, antes citado, cuando preceptúa:

*“Se exceptúa de la disposición de este artículo* [del beneficio de retracto] *las cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por el ministerio de la justicia, y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión”.* (Subraya añadida).

La disposición transcrita, en la parte resaltada, se refiere a la distinción que existe entre cosa litigiosa y derecho litigioso, que el tratadista Gómez Estrada explica en los siguientes términos[[28]](#footnote-28):

*“****148. Derecho litigioso y cosa litigiosa.*** *Conviene empezar por hacer la distinción entre los conceptos de derecho litigioso y de cosa litigiosa, tan propensos a confusión. De conformidad con el art. 1969 del C.C., por derecho litigioso se entiende la eventualidad de ganar o perder una litis, es decir, una controversia entre dos partes en torno a la existencia o inexistencia de una determinada relación o situación jurídica de derecho sustancial, sometida a decisión judicial. Esa expectativa incierta de ganar o perder el litigio, pues, se considera como un bien jurídico autónomo e independiente del derecho disputado, existente por el solo hecho de existir el proceso, y por lo mismo destinado a extinguirse con la extinción o terminación de éste.*

*Por cosa litigiosa, en cambio, se entiende aquel bien que se disputan dos o más personas en un proceso, y cuya existencia, sea como realidad o como mera pretensión, se da independientemente del proceso, pues es anterior a éste, y, todavía más, es el que da ocasión a que nazca el proceso, y con él el derecho litigioso”.* (Subrayamos).

Como se aprecia, aunque la “cosa litigiosa” y el “derecho litigioso” son conceptos distintos, que pueden ser objeto de enajenación en forma separada, mediante diversos actos jurídicos, la transferencia de la cosa litigiosa lleva consigo la cesión del respectivo derecho litigioso, en tanto que este constituye, en dicho caso, un accesorio de la “cosa litigiosa”, sea esta un bien corporal o un bien incorporal o derecho.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que como la cesión de derechos litigiosos recae directamente sobre “*el evento incierto de la litis*”, dicha incertidumbre desaparece cuando el proceso judicial termina con una sentencia o laudo arbitral que haga tránsito a cosa juzgada, pues de allí en adelante no existe alea o azar alguno, sino una obligación o un conjunto de obligaciones ciertas y definidas, que el deudor, es decir, quien haya resultado condenado, debe cumplir en favor del acreedor (quien haya resultado vencedor) y cuya naturaleza depende de la que le haya asignado el juez o árbitro y, en todo caso, del contenido de la respectiva sentencia o laudo.

Lo anterior es independiente de la procedencia o improcedencia de recursos extraordinarios contra dichas providencias, pues tales recursos no desvirtúan ni enervan el carácter de cosa juzgada que la ley le atribuye a la sentencia o al laudo arbitral. Por supuesto que la contingencia o incertidumbre derivada de la interposición, trámite y resolución del recurso extraordinario podría ser objeto, en sí misma, de una cesión de derechos litigiosos, pero esta sería posterior e independiente, tanto al litigio que haya dado origen a la sentencia o laudo impugnados, como a los derechos ciertos que se hayan reconocido o declarado en tales decisiones.

**E. Análisis del caso concreto**

A la luz de las explicaciones y consideraciones anteriores, así como de la información y documentación aportadas por el Departamento Nacional de Planeación y Fonade, la Sala procederá a analizar los hechos planteados en los antecedentes, para dar respuesta a las preguntas formuladas por el Director General de aquella entidad.

Para el efecto, y dado que existen, como se indicó, tres actos de cesión que se refieren, total o parcialmente, a los derechos económicos derivados del mismo contrato, es necesario, en primer lugar, esclarecer el alcance y la vigencia de cada uno de ellos:

1. **Alcance y vigencia de los actos de cesión de créditos derivados del contrato de obra Nº 2070329**
2. **Contrato de cesión de los derechos económicos suscrito el 16 de octubre de 2007**

La primera cesión que se realizó de los derechos o créditos derivados del contrato de obra Nº 2070329, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, fue la contenida en el documento del 16 de octubre de 2007, suscrito entre dicho consorcio, como cedente, y el Banco de Crédito Helm Financial Services, como cesionario.

Como se explicó en el acápite B. de este concepto, aunque la cláusula primera de dicho acuerdo (objeto) se refiere puntualmente a “*las sumas de dinero correspondientes al valor que como retribución del* ***CONTRATO*** *deba pagar* [Fonade] *al* ***CEDENTE***”, el análisis sistemático de sus cláusulas y de sus antecedentes, expresados en las consideraciones del respectivo documento, permite concluir que la cesión allí contenida recae verdaderamente sobre todos los “*derechos económicos*” derivados del contrato de obra para el contratista.

Por otra parte, como también se enunció, este contrato de cesión de derechos, si bien tuvo por causa inmediata el otorgamiento de un préstamo por cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000) a las compañías integrantes del consorcio, por parte del Banco de Crédito, y tenía como finalidad principal garantizar la devolución de dicha suma de dinero, con sus intereses y accesorios, la cesión no fue limitada por las partes a ese monto, pues no se estipuló así en ninguna de las cláusulas del acuerdo. Por el contrario, se expresó que dicha cesión se hacía para garantizar y servir como fuente de pago de “*las obligaciones que tenga o llegare a tener* ***CONSORCIO CMS –CARCELES*** *a favor del* ***BANCO y/o FILIALES Y/O SUBSIDIARIAS****…*”.

Del mismo modo, la vigencia de la cesión tampoco fue limitada a un determinado plazo o al pago de la obligación principal que aparentemente garantizaba (el mutuo por $5.000.000.000). En esa medida, las partes estipularon, en la cláusula cuarta, numeral 3º, del acuerdo que nos ocupa, que “*la presente cesión permanecerá vigente hasta el pago de la totalidad de los créditos a cargo del* ***CEDENTE****, incluyendo sus modificaciones, reestructuraciones, novaciones, prórrogas y solo se entenderá extinguida, una vez que* ***EL BANCO y EL CEDENTE*** *acuerden por escrito su terminación y notifiquen de ello a* ***EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE***” (subrayamos).

Se trataba, en consecuencia, de una cesión total o integral, es decir, que comprendía la totalidad de los derechos o créditos cesibles en cabeza del contratista (cedente), tanto los causados hasta ese momento como los que se originaran en el futuro por la ejecución del mismo contrato; de cuantía indeterminada, y de duración indefinida (siempre que los derechos respectivos subsistieran).

Sin embargo, recuerda la Sala que en el contrato de obra se condicionó expresamente la eficacia de la cesión de los derechos derivados de dicha convención, al hecho de que la misma fuera autorizada previa y expresamente por Fonade (cláusula vigésima, parágrafo).

Aclara la Sala que aunque la cesión de los derechos personales no requiere autorización ni aceptación del deudor cedido, por ser el objeto de la transferencia la parte activa de la obligación y no la parte pasiva o deuda (para la cual el patrimonio del deudor es determinante), razón por la cual la ley exige apenas la notificación al deudor[[29]](#footnote-29), las partes de una determinada obligación, esto es, acreedor y deudor, pueden prohibir, limitar o condicionar de común acuerdo la cesión del crédito, pues ninguno de tales pactos está prohibido por la ley, ni resulta, en principio, contrario a la moral o a las buenas costumbres, y mira, en general, al interés exclusivo del acreedor.

En esa medida, lo pactado entre Fonade y los integrantes del Consorcio CMS Cárceles, en el contrato de obra 2070329, debía respetarse en la cesión que nos ocupa y en cualquier otra transferencia de los derechos derivados del mismo contrato, salvo en aquellas cesiones o subrogaciones que operen en virtud de la ley.

Los documentos remitidos a la Sala no dan cuenta de que la cesión de derechos celebrada entre las sociedades mencionadas y el Banco de la Crédito Helm Financial Services haya sido autorizada previamente por Fonade, y en las consideraciones de este negocio jurídico tampoco se menciona tal autorización. Vale la pena recordar que el contrato de cesión se celebró el 16 de octubre de 2007, mientras que la aceptación de Fonade se dio el 6 de noviembre del mismo año, es decir, después.

Sin embargo, lo expresado no sería suficiente para concluir que dicha cesión sea inexistente, inválida o ineficaz con respecto a las partes o a Fonade, en virtud de la figura jurídica de la *ratificación*, que se encuentra prevista en los artículos 844 y 898 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*“Artículo 844. La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.*

*(…)*

*“Artículo 898. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.*

*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.*

Vale la pena aclarar que la primera norma transcrita se refiere a los actos jurídicos que una persona celebra en nombre de otra, sin tener poder o facultad suficiente para representarla, al paso que la segunda se aplica a la celebración de un acto jurídico sin el cumplimiento de las solemnidades exigidas para su perfeccionamiento (formalidades “*ad substantian actus*”), o sin alguno de los requisitos esenciales para su existencia.

Ahora bien, estas disposiciones son aplicables al negocio jurídico que nos ocupa, pues, como atrás se explicó, tanto el contrato de obra celebrado por Fonade como la cesión de los créditos o derechos personales derivados del mismo, se rigen por las normas del derecho privado, y dentro de este, en primer lugar, por las disposiciones del Código de Comercio, al tener tales actos naturaleza mercantil.

De lo anterior resulta que aunque la autorización dada por Fonade a esta primera cesión no haya sido previa, sino posterior a su celebración, tal aceptación ulterior significó la ratificación del acuerdo de cesión, que no solamente convalidó de esta forma su existencia, sino que, de paso, permitió cumplir con uno los requisitos alternativos exigidos por el artículo 1961 del Código Civil para que la cesión produzca efectos frente al deudor y terceros.

Es importante aclarar que, según la información suministrada por Fonade, entre la celebración del acuerdo de cesión y su aceptación posterior (ratificación), no se recibió ninguna medida de embargo ni se efectuó otra cesión, lo que permite presumir que dicha ratificación no lesionó derechos de terceros de buena fe. Si hubiera sido de otra forma, es decir que, por ejemplo, se hubiese recibido una medida cautelar en ese lapso intermedio, resultaría claro que los respectivos créditos deberían de haberse embargado, hasta el monto de la respectiva medida, no solo en virtud de lo dispuesto en el artículo 898 del Código de Comercio, antes citado, sino también porque antes de la notificación de la cesión al deudor o de que este la acepte expresa o tácitamente, la transferencia de los créditos no produce efectos para los terceros, incluyendo en estos, como se explicó, a los acreedores del cedente.

Un segundo aspecto que podría resultar discutible consiste en que la aceptación de la cesión la haya dado, por parte de Fonade, la Asesora Jurídica de dicha entidad, de quien no está demostrado que fuera representante legal o apoderada de Fonade en aquel tiempo y para tales fines, a pesar de que la referida empleada pública tenía, entre sus funciones, las de “*asesorar y coordinar lo relacionado con la actividad contractual de la empresa, de acuerdo con las delegaciones que para el efecto confiera el Gerente General*”, y “*representar judicial y extrajudicialmente a la Empresa en los procesos que se instauren en su contra o que ésta deba promover de conformidad con los poderes que para tal efecto otorgue la Gerente General o en virtud de delegación*”, conforme a la certificación expedida el 17 de mayo de 2017 por la Gerente de Unidad del Área de Talento Humano de Fonade.

Sin embargo, a juicio de la Sala, este escollo también se entendería superado con las normas del Código Civil que regulan los efectos de la cesión de créditos, así como con las disposiciones del Código de Comercio que se refieren a las instituciones de la “*representación aparente*” y la “*ratificación*”.

En efecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el Código Civil no exige requisito o formalidad alguna para que el deudor acepte la cesión del crédito que haga el acreedor a un tercero, al punto que dicha aceptación puede darse, inclusive, de forma tácita, tal como lo estatuye el artículo 1962:

*“Artículo 1962. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”.* (Resaltamos).

Si la aceptación de la cesión puede ser tácita, como se observa, menos aun cabría exigir formalidades, palabras sacramentales u otros requisitos a la aceptación que se haga de forma expresa, siempre que resulte suficientemente clara y entendible la voluntad del deudor de aceptar la transferencia del crédito a un tercero.

Con todo, podría objetarse que, en tratándose de una persona jurídica (pública o privada), la aceptación expresa solo puede ser dada por un funcionario que esté facultado suficientemente para representarla.

Sin embargo, a este respecto, vale la pena recordar lo que dispone el artículo 842 del Código de Comercio, que consagra la figura de la “*representación aparente*”:

*“Artículo 842. Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.*

Por lo tanto, aunque la Asesora Jurídica de Fonade no tuviera en ese momento facultad para representar a dicha entidad, ya sea legal o convencionalmente (mediante poder), podía obligar a Fonade, en la medida en que los directivos de dicha entidad hubieran dado lugar a pensar a terceros de buena fe exenta de culpa, con sus conductas u omisiones, que la citada funcionaria estaba autorizada para actuar en nombre de Fonade, en este caso, para aceptar o autorizar la referida cesión de los derechos económicos derivados del contrato.

Y en todo caso, esta aceptación vino a ser ratificada posteriormente, con la comunicación Nº 20115000157561 del 14 de julio de 2011, mediante la cual la Subgerente de Contratación de Fonade, encargada de las funciones de la Gerencia General y, por lo tanto, representante legal de dicha entidad[[30]](#footnote-30), aceptó expresamente la “*cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos*”, celebrada entre el Helm Bank S.A. (antes, Banco de Crédito Helm Financial Services) y Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., mediante la cual se cedió a esta última sociedad la posición contractual que, como cesionario de los derechos crediticios, tenía el citado banco en el contrato de cesión del 16 de octubre de 2007. En efecto, nótese que, al aceptar el acuerdo de cesión de la “posición contractual” entre el Helm Bank S.A y Pine Com, Fonade, por intermedio de su representante legal, ratificó también la aceptación que previamente había dado su Asesora Jurídica a la cesión de los derechos económicos derivados del contrato de obra Nº 2070329, entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services.

Debe aclararse que con base en el contrato de cesión de los derechos económicos suscrito el 16 de octubre de 2007, no se hizo pago alguno al Banco de Crédito Helm Financial Services (luego, Helm Bank S.A.), según la información reportada por Fonade, ni se dejó de atender embargo alguno que hubiese sido decretado contra el Consorcio CMS Cárceles o las sociedades que lo conforman, pues en las respuestas a los oficios de embargo, cuyas copias fueron suministradas por Fonade, solamente se hizo alusión a la segunda de las cesiones de crédito efectuadas, es decir, a la contenida en el contrato de fiducia mercantil celebrado el 29 de noviembre de 2007, entre las compañías que integraban el consorcio y la fiduciaria Helm Trust S.A.

En consecuencia, aun si se entendiera que la aceptación de la cesión de los derechos económicos del contrato de obra Nº 2070329, contenida en el acuerdo del 16 de octubre de 2007, solamente vino a ser ratificada por Fonade el 14 de julio de 2011, con la comunicación antes citada, dicha ratificación produciría efectos retroactivos, desde el 6 de noviembre de 2007 (fecha de la aceptación manifestada por la Asesora Jurídica de Fonade), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 844 del Código de Comercio.

Ahora bien, aclarado que el contrato inicial de cesión de los derechos económicos fue autorizado por Fonade, según lo exigido en el contrato de obra (cláusula vigésima), aunque en forma posterior (ratificación), no puede pasarse por alto que tal aceptación se dio solo hasta la suma de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000).

Esta limitación fue reiterada en comunicación del 17 de febrero de 2011, enviado por Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. a Fonade, para solicitarle su aceptación al acuerdo de “*cesión de la posición contractual*” en el primigenio contrato de cesión. En efecto, en la citada carta, la Representante Legal de aquella sociedad manifestó:

*“Dando alcance a la comunicación fechada el 11 de febrero de 2011 con radicación No. 2011-430-006909-02, me permito solicitar que las sumas que se generen con ocasión del contrato de obra Nº 20070329 sean consignadas a la cuenta corriente No… hasta por la suma de CINCO MIL MILLONES…”.* (Se destaca).

Así, dado que en el contrato de obra suscrito entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, se estipuló expresamente que “*el contratista podrá ceder parcial o totalmente los derechos económicos del contrato previa autorización expresa de FONADE*”, y tal autorización solo se dio hasta la suma de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000), la Sala debe concluir que dicha cesión quedó limitada al monto indicado.

Esta posición, además, parece coincidir con el entendimiento que a dicha cesión le dieron las partes, según el contenido de los documentos que se acaba de citar, y la ejecución real o material dada al mencionado contrato de cesión, pues con fundamento en el mismo solamente se ha hecho, hasta el momento, un pago por valor de $156.259.056 a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., según consta en la relación de pagos derivados del contrato, remitida a la Sala por Fonade.

1. **Contrato de fiducia mercantil celebrado el 29 de noviembre de 2007. Sus efectos en relación con el acto de cesión anterior**

Ahora bien, tal como se ha indicado, luego de suscribirse el acuerdo de cesión del 16 de octubre de 2007, entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services, las sociedades integrantes de dicho consorcio y la fiduciaria Helm Trust S.A. celebraron un contrato de fiducia mercantil, en virtud del cual las primeras transfirieron a la segunda, entre otros activos, “*la totalidad de los derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra…*” del contrato Nº 2070329, firmado entre esas sociedades (agrupadas en el consorcio) y Fonade, sin hacer mención alguna al contrato de cesión de derechos inicialmente celebrado.

Lo anterior plantea algunos dilemas que deben ser resueltos por la Sala, a saber: ¿el contrato inicial de cesión de créditos, celebrado entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services, debe entenderse terminado o modificado como resultado de la suscripción del contrato de fiducia mercantil entre las compañías que conforman dicho consorcio y la fiduciaria Helm Trust S.A., o ambos contratos coexisten o coexistieron, por lo menos durante un tiempo? En este último caso, ¿qué prelación habría y tendría que respetar Fonade entre los dos cesionarios -Banco de Crédito Helm Financial Services y Helm Trust S.A.- para efectos de efectuar el pago de los derechos personales derivados del contrato de obra?

De entrada, la Sala descarta que el contrato inicial de cesión de los derechos económicos pueda entenderse terminado o reformado como efecto de la celebración del contrato de fiducia mercantil, ya que ello sería contrario a varios principios generales y normas en materia de obligaciones.

En efecto, debe partirse de que los dos actos jurídicos mencionados no fueron celebrados por las mismas partes. El contrato de cesión inicial fue suscrito entre el “Consorcio CMS Cárceles”, conformado por cuatro (4) sociedades distintas, y el Banco de Crédito Helm Financial Services. El contrato de fiducia, en cambio, fue celebrado entre las mismas sociedades y la fiduciaria Helm Trust S.A., que es una persona jurídica distinta del banco, a pesar de que ambas pertenecen al mismo grupo económico o financiero y que el banco es la matriz de la fiduciaria, como explícitamente se reconoce en el contrato de fiducia mercantil (cláusula quinta).

Inspirado en el principio lógico de que “*las cosas se deshacen como se hacen*” y en el principio de la relatividad de los contratos (“*res inter alios acta…*”), el artículo 1625 del Código Civil dispone que “*toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula*”[[31]](#footnote-31).

Desde luego que los únicos que pueden dejar sin efectos o modificar una obligación son las mismas partes que le dieron nacimiento, por un acuerdo de voluntades, entendiendo por partes las respectivas personas naturales o jurídicas contrayentes o sus sucesores, ya sea por causa de muerte o por acto entre vivos. De tal manera que otras personas distintas, total o parcialmente, en uno o en ambos extremos de la relación, no pueden acordar la extinción ni la modificación de la obligación, así coincidan algunas de ellas.

En el caso que nos ocupa, dado que los consorcios no son personas jurídicas, sino contratos de asociación o colaboración empresarial, la Sala observa que los cedentes en ambos actos de cesión son, en realidad, las mismas personas, es decir, las sociedades que integran el Consorcio CMS Cárceles, que en el contrato de fiducia mercantil se denominan fideicomitentes. Pero los respectivos cesionarios no son los mismos, pues en el primer acuerdo es el Banco de Crédito Helm Financial Services (denominado más tarde Helm Bank S.A.), y en el contrato de fiducia, el cesionario es la fiduciaria Helm Trust S.A.

Descartado, por ende, que la celebración del contrato de fiducia mercantil pudiera tener algún efecto jurídico en la vigencia o en el alcance del contrato de cesión de los derechos crediticios suscrito el 16 de octubre de 2007, la celebración del contrato de fiducia pudo haber generado alguna de las siguientes situaciones: (i) una falta de objeto total o parcial en dicho contrato, en la medida en que los derechos que se obligó a transferir el fideicomitente, para constituir el respectivo patrimonio autónomo, no estaban ya en su patrimonio, pues habían sido cedidos previamente al Banco de Crédito, o (ii) un incumplimiento total o parcial del contrato de cesión inicial.

La Sala se inclina por la segunda de las soluciones planteadas, en razón a las siguientes consideraciones:

1. El contrato de fiducia mercantil no solo fue celebrado, sino que fue ejecutado por las partes, como se deduce del hecho de que, en vigencia del mismo, se hicieron pagos a Helm Trust S.A., derivados del contrato de obra Nº 2070329, por un valor total de $27.021.279.681, correspondientes a actas de obra ejecutada y sus respectivos reajustes de precios, tal como consta en la información remitida por Fonade. Además, en la actualidad, dicho contrato se encuentra terminado y liquidado, como se indica en certificación del 1 de junio de 2017, enviada por el apoderado especial de la fiduciaria Itaú Asset Managment Colombia S.A. (antes Helm Trust S.A.), cuya copia fue remitida por Fonade.

Así, la realidad misma y el principio de conservación de los actos jurídicos, que ordena interpretar tales actos en el sentido de que sus estipulaciones y, en general, la voluntad real de las partes resulten eficaces, impediría concluir que dicho contrato de fiducia careció de objeto, total o parcialmente, y que, por lo tanto, fue inexistente en todo o en parte.

1. En segundo lugar, habiendo sido dicho contrato de fiducia un acto jurídico existente y, en apariencia, válido y eficaz, la Sala considera que solo una autoridad judicial o arbitral, en el curso de un proceso, con la audiencia de las dos partes y mediante una sentencia o laudo que haga tránsito a cosa juzgada, podría despojar a dicho acto, total o parcialmente, de tales atributos.

Dado lo anterior, la Sala concluye que la celebración y ejecución del referido contrato de fiducia mercantil, apenas un mes y medio después de haberse suscrito el contrato de cesión de los derechos económicos entre el Banco de Crédito Helm Financial Services y las sociedades que integraban el Consorcio CMS Cárceles, significó, más bien, un incumplimiento de este contrato de cesión por parte de las compañías cedentes y, al mismo tiempo, un incumplimiento de Fonade a la obligación que voluntaria y expresamente asumió, de efectuar los pagos derivados del contrato de obra 2070329 a favor del citado establecimiento de crédito.

En efecto, un acuerdo de cesión de créditos o derechos personales obliga implícitamente al cedente, en primer lugar, a no traspasar ni permitir que se transfieran los mismos derechos a otra persona distinta de su cesionario, de manera análoga a como el vendedor de una cosa corporal se obliga a no transferirla a otra persona distinta de su comprador. Esta es una obligación que podría calificarse como “de la naturaleza” del respectivo acto o contrato y que, por lo tanto, obliga al respectivo deudor y lo hace responsable por su incumplimiento, bajo los mandatos del principio de la buena fe (artículo 1603 del Código Civil[[32]](#footnote-32)).

Algunas de las estipulaciones incluidas en el referido contrato de cesión ratifican esta conclusión.

Así, en la cláusula tercera, numeral 2º, se pactó que “*será responsabilidad del* ***CEDENTE*** *efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directamente al* ***BANCO****, a más tardar, en la fecha prevista en el* ***CONTRATO*** *objeto de cesión. (…)*”.

Igualmente, en el parágrafo de la misma cláusula se estipuló que “*las condiciones de pago y en general los derechos económicos del* ***CONTRATO*** *objeto de la presente cesión, no podrán ser modificados sin la previa y escrita aprobación por parte del* ***BANCO****, mediante comunicación suscrita por un representante legal del mismo…*”.

De la cláusula sexta del mismo instrumento, referente a las obligaciones del cedente, merece la pena citar las siguientes:

*“(…)* ***3)*** *Informarle al* ***BANCO*** *cualquier hecho que pueda afectar la presente garantía y fuente de pago, entre otros, la modificación, terminación, nulidad, inexistencia, rescisión o resolución del* ***CONTRATO*** *o la aplicación de cualquier cláusula excepcional en relación con el mismo…* ***4)*** *Responder al* ***BANCO*** *por la existencia de los créditos cedidos y por la solvencia del contratante cedido en los términos del artículo 1965 del Código Civil. En consecuencia, en caso que…* ***FONADE*** *no efectuare en las oportunidades debidas, el pago del* ***CONTRATO****, el* ***CEDENTE*** *en todo caso deberá efectuar el pago al* ***BANCO*** *a efectos de atender las obligaciones adquiridas con el mismo…****5)*** *Notificarle a…* ***FONADE*** *sobre la cesión de los derechos económicos derivados del* ***CONTRATO*** *y obtener una comunicación, suscrita por un representante legal de…* ***FONADE*** *en la que declare la aceptación de la cesión y que a partir de la misma, los pagos de las prestaciones económicas derivadas del* ***CONTRATO*** *se efectuará directamente al* ***BANCO****”.* (Subrayas ajenas al texto).

Y finalmente, en la cláusula séptima de este documento, se estipuló que el banco cesionario podría “*declarar extinguido el plazo acordado para las obligaciones y exigir la totalidad de las mismas en cualquiera de los siguientes casos: (…)* ***2)*** *Si* ***EL CEDENTE*** *gravare o dispusiere en todo o en parte de los derechos económicos objeto de la presente cesión sin la aceptación previa del* ***BANCO****…*”. (Subrayamos).

Para evitar cualquier confusión, vale la pena aclarar que el contrato de cesión de créditos celebrado el 16 de octubre de 2007 y el contrato de fiducia mercantil firmado el 29 de noviembre del mismo año, se refieren parcialmente a los mismos derechos.

En efecto, el primero cobijó todos los “derechos económicos” derivados del contrato de obra Nº 2070329, como se ha explicado, pero, en virtud de la autorización dada por Fonade, quedó limitada a la suma de $5.000.000.000. Por su parte, el contrato de fiducia incluyó los derechos económicos derivados de las actas de avance de obra suscritas en desarrollo del mismo contrato, sin ninguna limitación de cuantía.

Vale la pena recordar que en el contrato de obra, la contraprestación económica a que tenía derecho el contratista estaba conformada por tres grandes rubros: *(i)* los anticipos, *(ii)* los valores consignados en las actas de avance de obra (que incluían los costos directos y los indirectos o A.I.U.) y *(iii)* los reajustes de los precios unitarios, previstos en las respectivas actas de ajuste.

En consecuencia, en virtud del primer acuerdo de cesión, el Banco de Crédito Helm Financial Services tenía derecho a recibir todos los pagos derivados del contrato, hasta la suma de $5.000.000.000, mientras que, en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, Helm Trust S.A. tendría derecho a percibir los pagos correspondientes únicamente a las actas parciales de obra, aunque sin límite de valor.

Sin embargo, con fundamento en la información y en los documentos enviados por Fonade, la Sala ha constatado que las partes, en la ejecución de tales contratos, entendieron que:

1. Ninguno de los dos actos jurídicos mencionados -la cesión inicial y la fiducia- comprendían o involucraban los recursos del anticipo, pues estos le fueron pagados directamente al contratista[[33]](#footnote-33).

Esto probablemente obedeció a que las partes acogieron la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica y la propiedad de los anticipos en los contratos estatales[[34]](#footnote-34), en la que se concibe que dichos recursos son, más que un activo del contratista, sumas de dinero que la entidad pública le suministra o adelanta a este, con el fin de iniciar la ejecución del contrato, y que generan para el contratista la obligación de destinarlas exclusivamente al cumplimiento del contrato, amortizarlas progresivamente y restituir las cantidades que, por cualquier razón, no haya utilizado al terminar el contrato, con sus correspondientes rendimientos. En esa medida, se ha sostenido que tales recursos son de naturaleza pública, aun después de haber sido entregados al contratista.

Asimismo, pudo haber incidido en ello el procedimiento especial que se pactó en el contrato para el pago del anticipo, que implicaba su consignación en una cuenta bancaria abierta a nombre del contratista y el interventor, y su utilización exclusiva para el cumplimiento del contrato, con la autorización previa del interventor (cláusula quinta). En esa medida, posiblemente se consideró que no se trataba de recursos de los cuales el contratista pudiera disponer libremente.

1. En el contrato de fiducia mercantil, a pesar de que se pactó expresamente la obligación de ceder o transferir los derechos económicos y recursos “*derivados de las actas de avance de obra*”, exclusivamente, las partes, en su ejecución, entendieron que dicho negocio también incluía las sumas indicadas en las “actas de ajuste”, que contienen el reajuste de los precios unitarios.

Al parecer, esta interpretación obedeció a que dicho ajuste se refiere a los precios unitarios con los cuales se calculaban los costos directos de las obras ejecutadas, indicados en las “actas de avance de obra”, de manera tal que bien podría entenderse que tales reajustes, al ser un pago derivado indirectamente de tales actas de obra, constituían una obligación accesoria a la generada con la presentación y firma de las actas de avance de obra, pues lo único que se buscaba con dicho reajuste era actualizar monetariamente el valor de los costos directos incluidos en las referidas actas de obra.

Dado que ninguna de las dos interpretaciones citadas resulta inadmisible y que, por otra parte, las cláusulas de los contratos pueden ser interpretadas válidamente “*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una con la aprobación de la otra parte*”, como lo autoriza expresamente el inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil, la Sala acogerá dicha hermenéutica, para los solos efectos de esta consulta.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata, bajo dicha interpretación, de la cesión de los mismos derechos personales o créditos, pero efectuada por los cedentes a dos personas distintas y en forma sucesiva, surge el problema de establecer cuál de dichos cesionarios tenía prioridad o prelación para recibir el pago o, lo que es igual, pero desde el punto de vista pasivo, a cuál de los dos cesionarios debía pagar Fonade, en primer lugar.

Esta cuestión no tiene una solución específica y expresa en las normas del Código Civil que regulan la cesión de créditos. Sin embargo, conforme al principio de que “*el primero en el tiempo es el primero en el derecho*”, desarrollado en algunas normas del Código Civil, puede decirse que en una situación como la descrita, la prelación corresponde al cesionario que primero notificó la cesión al deudor, o en relación con el cual el deudor aceptó en primer término la cesión, según el caso.

Esta conclusión está respaldada también por la doctrina y el derecho comparado. En efecto, sobre este punto, el tratadista Hinestrosa, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, comenta[[35]](#footnote-35):

*“331. PLURALIDAD DE CESIONES*

*Por último, dentro del tema de las relaciones entre cedente y cesionario ha de examinarse una hipótesis marginal, común a todos los contratos de enajenación de derechos, salvo aquellos en los que el derecho se identifica con el documento (títulos valores, art. 619 c. co.): dado que la cesión exige documentación y entrega del documento al cesionario, bien puede ocurrir que el titular de un derecho, acá el acreedor, disponga del mismo derecho a favor de distintas personas por medio de otros tantos contratos sucesivos, lo cual da lugar a conflictos entre los respectivos cesionarios: ¿cuál de ellos será el adquirente del crédito cedido y qué derecho corresponde a los restantes? Acá viene a dar respuesta la norma del art. 1873 c.c.: ‘el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si [el vendedor] ha hecho la entrega separadamente a varios, aquel a quien se haya hecho primero será preferido’, con la precisión de que la entrega del documento con la nota de cesión es formalidad constitutiva de esta. Sólo que a ello habría que agregar que, respecto de ‘deudor y terceros’, será preferido aquel cesionario que primero notificó la cesión al deudor[[36]](#footnote-36)”.* (Subraya la Sala).

En el mismo sentido dispone la “*Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*”, adoptada el 12 de diciembre de 2001 en Nueva York, y específicamente su “Anexo”, en el cual se proponen distintos métodos o sistemas para determinar la prelación que tienen los cesionarios de un mismo crédito, a quienes se les haya transferido en forma sucesiva. Tales sistemas son el de la inscripción de la cesión en un registro público, el de la fecha de celebración de los contratos de cesión o el de la fecha de las notificaciones al deudor cedido. En relación con este último método, que es el que armoniza con el sistema adoptado por el Código Civil colombiano para dar efectos a la cesión frente al deudor y terceros, el artículo respectivo del citado anexo dispone:

*“****Sección IV. Régimen de prelación basado en la fecha***

***de notificación del contrato de cesión***

*Artículo 9. Orden de prelación entre varios cesionarios*

*Entre cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, la prelación del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido se determinará en función del orden en el que el deudor reciba la notificación de las respectivas cesiones. Sin embargo notificando al deudor, un cesionario no podrá obtener prelación sobre una cesión anterior de la que haya tenido conocimiento en el momento de celebrarse su contrato de cesión*”*.* (Se destaca).

En esa medida, se observa que el Banco de Crédito Helm Financial Services tenía derecho a recibir todos los pagos que Fonade debiera efectuar en virtud del contrato de obra Nº 2070329, sin incluir los anticipos, a partir del 6 de noviembre de 2007 (fecha de aceptación de la cesión) y hasta completar la suma de $5.000.000.000. Una vez alcanzado dicho valor, los pagos respectivos debían continuarse haciendo en favor de la fiduciaria Helm Trust S.A., sin incluir tampoco los anticipos.

No obstante, la realidad muestra que esto no ocurrió en el presente caso, pues no se hizo ningún pago al Banco de Crédito Helm Financial Services y, en cambio, se hicieron dos (2) pagos al Consorcio CMS Cárceles, que no correspondían a anticipos, los días 26 de noviembre de 2007 y 28 de diciembre del mismo año, es decir, después de haber sido aceptada por Fonade la cesión (6 de noviembre de 2007), así como múltiples pagos a Helm Trust S.A., que sumaron $27.021.279.681.

En desarrollo del referido contrato inicial de cesión de derechos económicos y luego de haberse subrogado en el mismo la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., solamente se ha hecho un pago por valor de $156.259.056.

Lo anterior denota que el contrato de cesión de derechos crediticios, celebrado el 16 de octubre de 2007, fue incumplido parcialmente por el cedente, es decir, por las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, y que Fonade tampoco cumplió su obligación derivada de la aceptación expresa de dicha cesión, consistente en pagar todos los derechos económicos surgidos del contrato de obra al Banco de Crédito Helm Financial Services, hasta la suma de $5.000.000.000.

Desde luego que este presunto incumplimiento, y las consecuencias jurídicas y económicas del mismo, solo podrían ser declarados por la autoridad judicial o arbitral competente, a petición de la parte interesada, que en este caso sería el Helm Bank S.A., o la sociedad Pine Com, que lo sucedió en los respectivos créditos.

Sin embargo, esta situación genera para Fonade una contingencia o riesgo patrimonial, que dicha entidad pública debería tener en cuenta, entre otros elementos de juicio, para efectos de decidir cómo, cuándo y a quién efectúa el pago de la condena impuesta en el laudo arbitral.

Asimismo, este análisis le ha servido a la Sala para concluir que el contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles y el Banco de Crédito Helm Financial Services se encuentra vigente y no ha sido ejecutado en su totalidad.

1. **El acuerdo de cesión de la posición contractual en el contrato inicial de cesión de los derechos económicos**

Ahora bien, dado que Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. solicita a Fonade el pago de las sumas de dinero a las que fue condenada dicha entidad por un tribunal de arbitramento el 16 de enero del año en curso, invocando su posición de cesionaria de la posición contractual que tenía el Banco de Crédito Helm Financial Services en el contrato de cesión del 16 de octubre de 2007, es necesario hacer una breve referencia a esta última cesión, para determinar si, en virtud de tal acto, la mencionada sociedad está facultada para reclamar el pago de la citada condena.

Como se había indicado, por medio de dicho acto jurídico, celebrado el 1º de enero de 2011, se acordó que “*el* ***CEDENTE*** [es decir, el banco] *cede su posición contractual en el contrato de cesión de derechos económicos, suscrito el día 16 de octubre de 2007, a favor del* ***CESIONARIO*** [la sociedad Pine Com]” (cláusula primera). En la misma cláusula se pactó que, como consecuencia de la cesión, el cesionario “*asume todas las obligaciones y derechos contractuales derivados del contrato de cesión de fecha 16 de octubre de 2007, apartándose EL* ***CEDENTE*** *de los mismos*” (se subraya).

La razón de dicha cesión aparece indicada en las consideraciones de este acuerdo y consistió en que la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. pagó la obligación financiera que, por valor de $5.000.000.000 de capital, tenía el Consorcio CMS Cárceles con el Helm Bank S.A.

Tal como las partes lo pactaron en el citado documento, no se trató simplemente de una nueva cesión o re-transmisión de los derechos económicos derivados del contrato de obra Nº 2070329, que el cesionario de los mismos hiciera a un tercero, sino de una cesión de la “*posición contractual*” que ocupaba el Helm Bank S.A. en el contrato de cesión de créditos originario; es decir, que se trató de la cesión de un contrato.

A este respecto, vale la pena recordar que el Código de Comercio permite, en general, la cesión de los contratos mercantiles, en los siguientes términos:

*“Artículo 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 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”.* (Se resalta).

En el caso que nos ocupa, puede resultar discutible si el contrato de cesión de los derechos económicos provenientes del contrato de obra Nº 2070329, suscrito el 16 de octubre de 2007, es un contrato de ejecución sucesiva o de ejecución instantánea, ya que los contratos de cesión de créditos son, generalmente, de ejecución instantánea, pues una vez entregado u otorgado el título o documento en que conste el derecho por parte del cedente al cesionario, y notificada la cesión al deudor, se producen plena y definitiva los efectos de la cesión de derechos.

Sin embargo, esto no es una regla absoluta, pues, como se explicó, la cesión de créditos puede obedecer a distintos títulos jurídicos y buscar diferentes finalidades, lo cual permite entender que los contratos de cesión de créditos pueden ser más o menos complejos e incorporar obligaciones accesorias o accidentales, cuyo cumplimiento puede efectuarse en forma periódica o diferida.

Esto último sucede en el presente caso, y es frecuente en las cesiones de créditos que se celebran con fines de garantía y/o fuente de pago de una obligación subyacente, pues en tales eventos la cesión toma el carácter de contrato accesorio al principal y tiene, generalmente, la misma duración del contrato al cual accede.

En el caso que se analiza, la cesión de créditos celebrada entre el Banco de Crédito Helm Financial Services y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, tuvo como propósito garantizar y servir de fuente de pago a un préstamo otorgado por dicho banco a las mencionadas compañías, entre otras deudas pasadas o futuras que estas tuvieran o adquirieran, razón por la cual la parte cedente asumió frente al cesionario obligaciones especiales y adicionales a las que son habituales en este tipo de actos, y que deben cumplirse en forma permanente durante la vigencia del contrato de cesión (la cual, como se ha indicado, es de duración indefinida), tales como la de “*efectuar todas las diligencias, trámites, cumplimiento de obligaciones contractuales, presentación de cuentas de cobro o facturas y en general, la realización de todas las gestiones necesarias para que se efectúe el pago directo al* ***BANCO****…*”, o la de “*informarle al* ***BANCO*** *cualquier hecho que pueda afectar la presente garantía y fuente de pago, entre otros, la modificación, terminación, nulidad, inexistencia, incumplimiento, rescisión o resolución del* ***CONTRATO*** *o la aplicación de cualquier cláusula excepcional…*”.

Lo anterior permite concluir que el contrato de cesión de créditos que nos ocupa, en particular, puede ser calificado como un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, por lo cual resultaba viable su cesión, aun sin el consentimiento del otro contratista (es decir, el cedente).

Debe tenerse en cuenta que como se trata de una cesión de contrato, la misma involucra tanto los derechos o créditos como las obligaciones o deudas generadas en cabeza del cedente por la celebración del contrato cedido, es decir, la *posición contractual* íntegra que el cedente tenía en dicho contrato. Dentro de los derechos referidos, que se entienden transferidos al nuevo cesionario (Pine Com) están los “derechos económicos” derivados del contrato de obra Nº 2070329, hasta por la suma de $5.000.000.000, que en virtud de la cesión de créditos original, habían sido cedidos al Banco de Crédito Helm Financial Services.

Por lo tanto, el nuevo titular de tales créditos es la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., quien está facultada para reclamarlos a Fonade.

De otra parte, la Sala considera que, al margen del acuerdo de cesión de la posición contractual en el contrato de cesión de créditos, celebrado entre el Helm Bank S.A. y Pine Com, la cesión a esta última de los derechos económicos derivados del contrato de obra, es una consecuencia de la figura que la ley denomina “*pago con subrogación*”, y que el Código Civil regula en los artículos 1666 a 1671.

En efecto, el artículo 1666 define la subrogación como “*la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*”.

La subrogación, tal como lo dispone el artículo 1667 ibídem, opera “*en virtud de la ley*” (subrogación legal) o “*en virtud de una convención del acreedor*” (subrogación convencional), es decir de un acto voluntario de su parte.

En relación con ambos tipos de subrogación, el artículo 1670 del Código Civil establece su alcance, en los siguientes términos:

*“Artículo 1670. La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.*

*Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito*”*.* (Se resalta).

Como se aprecia, la subrogación traspasa al nuevo acreedor, es decir, al tercero que paga, no solamente el derecho principal, sino también sus accesorios, entre los cuales están las garantías que amparan la respectiva obligación.

El artículo 1668 ibídem señala los casos en los que la subrogación tiene lugar por el solo ministerio de la ley y “*aun contra la voluntad del acreedor*”. Entre tales hipótesis se incluye la situación “*del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor*” (numeral 5º).

Y el artículo 1669 del mismo código regula la subrogación convencional o voluntaria, de la siguiente forma:

*“Artículo 1669. Se efectúa la subrogación, en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago”.*

Anota la Sala que la finalidad de esta norma no es la de igualar o asimilar plenamente la subrogación voluntaria y la cesión del crédito, pues en todo caso la subrogación, ya sea legal o bien convencional, proviene de una misma causa, a saber: el pago de una obligación hecha por un tercero, quien no es su deudor principal. Lo que pretende esta disposición, por lo tanto, es señalar que cuando la subrogación no opera en virtud de la ley, sino por la voluntad del acreedor, debe hacerse en la forma y con los requisitos previstos para la cesión de créditos, con el fin de que dicha subrogación produzca efectos jurídicos, tanto entre el subrogante y el subrogatario, como en relación con el deudor y los terceros.

Así lo confirma la doctrina. Por ejemplo, CLARO SOLAR[[37]](#footnote-37), al comentar el artículo 1612 del Código Civil chileno (equivalente al artículo 1670 de nuestro Código Civil), expresa:

*“En cuanto a sus efectos, no hay, pues, diferencia entre la subrogación legal y la subrogación convencional. Cualquiera que sea la clase de subrogación que se realiza y cualquiera la manera como se efectúa, la subrogación produce los mismos e idénticos efectos. La subrogación coloca al nuevo acreedor en el lugar del antiguo; y pasan al nuevo acreedor todos los derechos que el antiguo tenía en la relación de derecho que constituye la obligación y que liga al deudor y demás que acceden a ella con respecto al acreedor. En una palabra, la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor el crédito del antiguo con todos sus accesorios”.* (Resalta la Sala).

La información y los documentos aportados por Fonade no permiten determinar con certeza si el pago de la deuda que tenían las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles con el Helm Bank S.A., efectuado por Pine Com, se hizo con el consentimiento expreso o tácito de las firmas deudoras, razón por la cual no es factible determinar si en este caso operó una subrogación legal o convencional.

Lo que sí puede establecerse de los antecedentes es que el pago efectuado por Pine Com constituye un pago con subrogación, pues se trató del pago de una deuda que no estaba en cabeza de dicha sociedad, sino de las compañías integrantes del consorcio.

De ello se dejó constancia expresa en el documento intitulado “*Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre Helm Bank S.A. y el Consorcio CMS Cárceles*”, como se ha indicado.

En consecuencia, aun si el pago efectuado por Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. al Helm Bank S.A. se hubiese hecho sin el consentimiento expreso o tácito de los deudores (las sociedades integrantes del consorcio), el citado documento puede ser interpretado válidamente como una “subrogación convencional”, la cual, como se explicó, produce los mismos efectos jurídicos que la legal.

Por lo tanto, debe entenderse que en virtud de dicha subrogación, la sociedad Pine Com, no solo adquirió el derecho a exigir a las sociedades deudoras el pago de la suma que adeudaban al Banco de Crédito Helm Financial Services, sino también los derechos accesorios de aquel, incluyendo, entre estos, el contrato de cesión de los derechos crediticios derivados del contrato de obra Nº 2070329, pues, como se explicó, dicha cesión tuvo como finalidad principal la de servir de garantía al cumplimiento de la referida obligación financiera.

En esa medida, ya sea que se entienda como una “*cesión de la posición contractual*” en el contrato primigenio de cesión de derechos, o bien como una subrogación derivada del pago efectuado por Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., es indudable que dicha compañía es, en la actualidad, la legitimada para exigir el pago de los “derechos económicos” derivados del contrato de obra celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, hasta el límite de $5.000.000.000.

Finalmente, es importante señalar que la conclusión anterior se ratifica con el hecho de que, luego de aceptado expresamente el “*acuerdo de cesión de la posición contractual…*” por parte de Fonade, y en el cual este se comprometió a efectuar los pagos pendientes del contrato de obra a Pine Com, Fonade efectuó un pago a dicha sociedad el día 26 de marzo de 2014, por valor de $156.259.056. De esta manera, Fonade ha reconocido expresa y tácitamente (con su conducta) que el nuevo acreedor de los referidos derechos es Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.

1. **Alcance de las obligaciones impuestas en el laudo. No son “derechos litigiosos”, sino derechos económicos ciertos derivados del contrato. Existencia de un título ejecutivo complejo**
2. **El laudo arbitral**

En primer lugar, debe recordarse que el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes someten voluntariamente, en virtud del denominado “pacto arbitral” (que puede estar contenido en una cláusula del contrato –cláusula compromisoria- o en un documento aparte, llamado “compromiso”), la solución de un determinado litigio a la decisión de particulares, denominados árbitros, investidos transitoriamente de la función judicial (artículo 116 de la Carta Política[[38]](#footnote-38)). Dicha decisión es definitiva, de única instancia y hace tránsito a cosa juzgada, independientemente de los recursos extraordinarios (de anulación o de revisión) que contra ella se interpongan ante las autoridades judiciales competentes.

En ese sentido, debe reiterarse que los derechos reconocidos por el tribunal de arbitramento para la parte convocante, en el laudo del 16 de enero de 2017, no son derechos litigiosos. Lo fueron, mientras el arbitraje se llevaba a cabo, pero, una vez en firme el laudo y, por lo tanto, revestida esa decisión del carácter de cosa juzgada, dichos créditos pasaron a la categoría de derechos ciertos, independientemente del resultado del recurso extraordinario de anulación que contra el laudo arbitral presentó Fonade.

Por tal razón, no es necesario determinar, en este caso, si los *derechos litigiosos* relacionados con el proceso arbitral se cedieron a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., como un accesorio de los derechos crediticios derivados del contrato, que previamente habían sido transferidos, en forma global, a dicha compañía. La Sala cree que tal cesión sí ocurrió, por las razones jurídicas que se explicaron en el acápite anterior, al referirnos al concepto y a la regulación de la cesión de derechos litigiosos. Sin embargo, aunque no hubiera sido así, es decir, si llegare a considerarse que los derechos litigiosos relacionados con el arbitraje no se cedieron a la sociedad Pine Com, tal interpretación de los hechos no impediría concluir que los créditos reconocidos al contratista en el laudo arbitral, al constituir, a partir de la ejecutoria de dicha providencia, un derecho cierto, económicamente apreciable, disponible y derivado del contrato (como más adelante se explicará), debe entenderse cedido a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., como efecto último de los actos de cesión sucesivos que se han explicado.

De otro lado, vale la pena recordar que la competencia funcional de los árbitros está limitada, en primer lugar, por el carácter disponible de los derechos o pretensiones que se persigan[[39]](#footnote-39) y, en segundo lugar, por lo acordado entre las partes en el respectivo pacto arbitral.

En el caso que nos ocupa, la competencia de los árbitros estaba restringida, en particular, a conocer y resolver de las controversias o divergencias que surgieran entre las partes, “*relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato*” (se resalta).

De lo expuesto se infiere que los árbitros, en el presente caso, no podían inmiscuirse en asuntos ajenos a los relacionados o derivados del contrato de obra Nº 2070329 de 2007, incluyendo su celebración, ejecución o cumplimiento, terminación y liquidación, así se tratara de otras relaciones contractuales o legales que pudiesen existir entre las mismas partes, so pena de incurrir en extralimitación de sus funciones y dar lugar, en consecuencia, a la anulación total o parcial del laudo.

Lo anterior, sin embargo, no sería suficiente para concluir que los derechos reconocidos en el laudo a la parte convocante se relacionen o deriven exclusiva y directamente del citado contrato, pues la Sala debe analizar la situación planteada en la consulta con independencia de cualquier error o vicio “*in procedendo*” que pudiera tener el laudo arbitral. Por ello, es necesario adentrarse en el alcance y en el contenido mismo de dicha decisión.

A este respecto, es conveniente recordar que en el citado laudo se condenó a Fonade a pagar determinadas sumas de dinero, que corresponden a cuatro (4) conceptos distintos, pero interrelacionados: (i) costos directos de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista; (ii) reajuste de los precios unitarios utilizados en el cálculo de tales obras; (iii) costos indirectos, representados por el porcentaje de A.I.U. pactado en el contrato, sobre los mismos costos directos, y (iv) intereses, a la tasa del interés bancario corriente sobre las sumas anteriores.

De estos cuatro conceptos, los tres primeros no generan, para la Sala, ninguna duda sobre su calidad de derechos personales o créditos derivados del contrato de obra Nº 2070329, pues todos ellos fueron previstos expresamente en el contrato.

En efecto, debe recordarse que la cláusula segunda regulaba el valor estimado del contrato, su modalidad de pago (precios unitarios reajustables), y la manera de calcular el valor real y definitivo de dicha convención, incluyendo expresamente el costo de las mayores cantidades de obra que fuera necesario acometer durante su vigencia.

Asimismo, la cláusula tercera establecía la fórmula para calcular el reajuste de los precios unitarios; la cláusula cuarta se refería a la forma de pago del valor del contrato; la quinta regulaba el pago y el manejo del anticipo, y la cláusula sexta incluía ciertas “*reglas comunes para el pago de obra y ajustes y para el desembolso del anticipo*”.

A este respecto, lo que hizo el tribunal de arbitramento fue simplemente verificar, de acuerdo con las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, que Fonade no había cumplido a cabalidad su obligación contractual de reconocer y pagar las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, en las condiciones estipuladas en el contrato, junto con el correspondiente reajuste de precios y el A.I.U. (administración, imprevistos y utilidad), por lo que condenó a dicha entidad a pagar las respectivas sumas de dinero al Consorcio CMS Cárceles.

Vale la pena recordar, adicionalmente, que los contratos de obra a precios unitarios, sean estos fijos o con fórmula de reajuste, se caracterizan precisamente porque el valor real y definitivo del contrato depende de las obras efectivamente realizadas por el contratista para cumplir con el objeto del mismo, dentro de los límites y con las condiciones impuestas en el contrato, de tal manera que dicho valor corresponde al resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios pactados para cada ítem (y ajustados, si así se ha estipulado).

En consecuencia, es claro que las sumas a las que fue condenado Fonade por concepto de costos directos, reajuste de precios y costos indirectos, en relación con las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, son derechos que este tenía en virtud del contrato de obra celebrado y que el panel de arbitramento se limitó a declarar o reconocer.

Ahora bien, en cuanto alude a los intereses, es pertinente recordar, en primer lugar, que los árbitros justificaron la imposición de dicha condena a Fonade manifestando que “*el Tribunal ha reconocido que la convocante tiene derecho al pago de mayores cantidades de obra que ejecutó y no le fueron reconocidas en el momento de terminación del contrato, es decir el 10 de septiembre de 2010, ello conlleva al costo de la pérdida de oportunidad, por lo que tiene derecho al reconocimiento de los intereses reclamados en la pretensión, lo cual desde ya advierte el Tribunal no es incompatible con la fórmula de reajuste que contiene el contrato…*”.(Destacamos).

Asimismo, en la parte resolutiva del laudo, el tribunal declaró que Fonade era “*responsable respecto de las mayores cantidades de obra ejecutadas y no pagadas, costos administrativos y perjuicios causados al CONSORCIO CMS CÁRCELES. (…)*” (se resalta), y lo condenó a pagar la suma de $1.158.701.497, “*por concepto de los intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, causados sobre las sumas referidas en el numeral Quinto anterior, intereses que han sido liquidados a partir del 11 de septiembre de 2010 y hasta la fecha de este laudo*” (destacamos).

Lo anterior permite a la Sala entender que el tribunal de arbitramento condenó a Fonade al pago de los citados intereses como una forma de indemnización del perjuicio causado al contratista por el no pago oportuno de las sumas de dinero que, según el mismo tribunal, tenía derecho a recibir en razón de las mayores cantidades de obra ejecutadas.

La Sala no puede entrar a determinar si lo resuelto por los árbitros en este punto (o en cualquier otro) se ajusta o no a las normas, a los principios y a la jurisprudencia que debían aplicar, ni tampoco si la tasa utilizada y el momento a partir del cual se empezaban a causar los intereses resultan adecuados, pues, en primer lugar, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado carece de competencia para revisar las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales o arbitrales; en segundo lugar, no puede desconocer la autonomía que la Constitución Política y la ley reconocen a los árbitros para resolver los conflictos que se someten a su consideración; en tercer lugar, el laudo arbitral, una vez ejecutoriado o en firme, hace tránsito a cosa juzgada, y por último, el tema de los intereses fue objeto del recurso de anulación parcial que Fonade presentó contra el laudo arbitral y el cual se encuentra pendiente de decisión por parte de la Sección Tercera de esta corporación.

En consecuencia, la Sala se limitará a constatar dos hechos que resultan relevantes para dar respuesta a las preguntas formuladas: (i) en primer lugar, que el tribunal calculó los referidos intereses sobre las sumas a las que fue condenado Fonade por concepto de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, como una suerte de indemnización de los perjuicios que le fueron causados a este por el no pago oportuno de dichas cantidades de dinero, y (ii) en segundo término, que, como atrás se explicó, el panel arbitral incluyó expresamente el valor de tales intereses dentro de la liquidación del contrato, tal como fue pedido por la parte convocante, debido a que las partes no realizaron dicha liquidación de común acuerdo.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que los referidos intereses constituyen una obligación accesoria a la obligación dineraria principal a cargo de Fonade (la de pagar las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista), y las cuales forman parte, junto con las demás condenas impuestas por el tribunal de arbitramento, de la liquidación final del contrato de obra Nº 2070329 del 28 de febrero de 2007, suscrito entre Fonade y “el Consorcio CMS Cárceles” (cláusula vigesimonovena).

En esa medida, es claro que el derecho a percibir tales sumas de dinero (incluyendo los intereses) forma parte de los derechos personales, créditos, acreencias o “*derechos económicos*”, como las partes quisieron denominarlos, derivados del citado contrato de obra.

Aclara la Sala que tales derechos no pueden entenderse surgidos u originados del laudo arbitral, como si este constituyera una fuente autónoma de las correlativas obligaciones. En efecto, es necesario remembrar que en nuestro ordenamiento jurídico, las sentencias judiciales y los laudos arbitrales no constituyen fuente de las obligaciones, por lo menos en el campo del derecho privado, pues tales fuentes son, únicamente, el acto o negocio jurídico, el hecho ilícito (o la responsabilidad civil), el enriquecimiento sin justa causa o la ley, o bien, si se prefiere, el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, dentro de la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones, que aparece reflejada en las normas decimonónicas del Código Civil.

Dado que, entre las muchas clasificaciones que pueden hacerse de los procesos judiciales, estos se dividen en declarativos o ejecutivos, según tengan por objeto reconocer o declarar un derecho que se disputa o, por el contrario, obtener el cumplimiento o pago forzado de un derecho cierto, se infiere de allí que las sentencias (y, en lo pertinente, los laudos arbitrales) con las que se resuelven tales procesos pueden tener por objeto: (i) declarar un derecho y la correlativa obligación; (ii) imponer una condena monetaria o no monetaria, como consecuencia de tal declaración, y (iii) ordenar el pago de una obligación y, según el caso, el remate de los bienes del deudor que hayan sido embargados para conseguirlo.

En esa medida, los derechos y las obligaciones reconocidas en este caso, mediante el laudo arbitral del 16 de enero de 2017, no tienen su fuente u origen legal en la decisión de los árbitros, quienes se limitaron a reconocerlos o declararlos, de acuerdo con los hechos probados en el proceso y con las normas, los principios jurídicos y la jurisprudencia que estimaron aplicables, sino que tienen su fuente en la celebración, ejecución e incumplimiento parcial del citado contrato de obra.

**b. Existencia de un título ejecutivo complejo**

En la consulta se indaga, entre otras cosas, si existe un título ejecutivo complejo en cabeza del cesionario (Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.), integrado por el laudo arbitral y el documento de cesión, para efectos de reclamar en sede judicial el pago de las obligaciones reconocidas en esa decisión, razón por la cual la Sala debe analizar, finalmente, si los documentos mencionados, integrados eventualmente con otros, constituyen o no un título ejecutivo complejo para la sociedad cesionaria.

A este respecto, es necesario mencionar lo que dispone actualmente el artículo 422 del Código General de Proceso:

*“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo*”. (Se destaca).

Como se ha explicado en este concepto, los derechos personales derivados del contrato de obra Nº 2070329 se transfirieron a Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.

como resultado del pago con subrogación que esta efectuó al Helm Bank S.A., de la deuda que tenían las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles con dicha institución financiera, subrogación que vino a ser efectuada o confirmada, según el caso, con la celebración del “*Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos…*”, suscrito entre el referido banco y la sociedad Pine Com.

Tal cesión fue aceptada expresamente por Fonade, mediante carta del 14 de julio de 2011, suscrita por la Subgerente de Contratación, encargada de las funciones de la Gerencia General y, por lo tanto, representante legal de dicha entidad. En la citada comunicación se puede leer:

*“(…)*

*2. Teniendo en cuenta lo expresado por la gerencia del convenio 195073, en su memorando nº 20112320096693 del 24 de junio de 2011, cuya copia se anexa al presente documento, FONADE acepta la mencionada cesión y, en consecuencia, efectuará el pago del saldo pendiente por desembolsar a favor de la sociedad PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., de acuerdo con el número de cuenta bancaria informado a FONADE, por usted…*

1. *El pago se realizará una vez se haya liquidado el contrato y se hayan efectuado los descuentos legales y contractuales a que haya lugar, de acuerdo con las obligaciones contenidas en el contrato nº 2070329.”* (Subrayas fuera del texto).

Como se observa, en este oficio, Fonade no solamente aceptó expresamente la cesión, sino que expresamente se obligó a pagar a la sociedad Pine Com el saldo pendiente del contrato de obra Nº 2070329, una vez efectuada la liquidación de dicho contrato.

La citada comunicación, por lo tanto, es un documento que proviene del deudor (Fonade) y constituye plena prueba contra él, pues tiene, adicionalmente, el carácter de documento público (artículo 243 del Código General de Proceso), que se presume auténtico (artículo 244 ibídem).

Es importante reiterar que la liquidación del contrato fue realizada por el tribunal de arbitramento y está contenida en el respectivo laudo. En esa medida, es claro que la condición señalada en la citada carta del 14 de julio de 2011 ya ocurrió (Nº 3).

También conviene recordar que Fonade efectuó un pago derivado del contrato a la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., el 26 de marzo de 2014.

Y finalmente, no sobra mencionar que el laudo arbitral es un documento asimilable, para todos los efectos legales, a una sentencia judicial, por lo cual es plenamente ejecutable en relación con las obligaciones claras, expresas y exigibles que contenga.

En el caso que se analiza, el laudo proferido el 16 de enero de 2017 se encuentra en firme, e impone a Fonade el pago de obligaciones expresas, claras y actualmente exigibles, que recaen, además, sobre sumas líquidas de dinero.

Por todo lo anterior, la Sala considera que Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S. tendría, en la actualidad, un título ejecutivo complejo para reclamar judicialmente de Fonade el pago de las condenas impuestas en el citado laudo arbitral. Dicho título estaría compuesto por los siguientes documentos: *(i)* una copia auténtica del laudo arbitral, con constancia de ejecutoria; *(ii)* el “*Acuerdo de cesión de la posición contractual del contrato de cesión de derechos económicos celebrado entre Helm Bank S.A. y el Consorcio CMS Cárceles*”, suscrito el 1º de febrero de 2011 entre el Helm Bank S.A. y Pine Com; *(iii)* el oficio radicado con el Nº 20115000157561 del 14 de julio de 2011, suscrito por la Subgerente de Contratación de Fonade y enviado a Pine Com, y *(iv)* el contrato de “*cesión de los derechos económicos derivados del contrato de construcción del complejo penitenciario y carcelario…*” suscrito el 16 de octubre de 2007, entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte sobre un riesgo de naturaleza procesal que esta situación puede entrañar para Fonade, a saber: como la cesión de los derechos litigiosos, derivada implícitamente de la cesión de los “derechos económicos” del contrato realizada a favor del Banco de Crédito y luego, de Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., no fue informada al tribunal de arbitramento y, por ende, no fue analizada por este, ni se reconoció a la sociedad Pine Com, dentro del arbitramento, como litisconsorte o como sustituta de la parte convocante (el consorcio), conforme a lo dispuesto por el artículo 68 del Código General del Proceso, la condena fijada en el laudo se dictó, desde el punto de vista formal, exclusivamente a favor del “Consorcio CMS Cárceles”.

Esto implica que dicha providencia constituiría, formalmente y sin necesidad de documento adicional alguno, un título ejecutivo a favor del citado consorcio o de las cuatro sociedades que lo integran, quienes podrían, desde un punto de vista procesal, cobrar las obligaciones contenidas en dicho laudo, aunque Fonade, desde luego, podría oponerse, excepcionando el pago a la sociedad cesionaria (si ya se hubiere hecho), entre otras defensas.

Sin embargo, para evitar este nuevo riesgo, la Sala recomienda que Fonade exija a Pine Com Asia PCA Colombia S.A., como condición para efectuarle el pago, los siguientes requisitos: (i) la entrega de una carta suscrita por el representante del Consorcio CMS Cárceles, o por los representantes legales de las compañías que lo conformaban, si aquel ya se encuentra liquidado, en el que se manifieste expresamente que tales firmas conocen y aceptan que el pago del laudo se haga a favor de la sociedad Pine Com, y que renuncian, por tal virtud, a efectuar cualquier cobro o reclamación a la entidad estatal derivada de este hecho, y (ii) la devolución o, al menos, la exhibición de la primera copia del laudo arbitral (expedida a favor de la convocante), con la constancia original de ejecutoria.

1. **Conclusiones generales sobre el caso concreto**

De todo lo expuesto, es posible extraer las siguientes conclusiones sobre el caso estudiado:

1. Los “derechos económicos” del contrato de obra Nº 2070329 del 28 de febrero de 2007, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles, corresponden a los derechos personales, créditos o acreencias derivados para el contratista de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del citado contrato.

1. Tales derechos, sin incluir los anticipos, fueron objeto de tres (3) cesiones sucesivas: (i) la primera, efectuada a favor del Banco de Crédito Helm Financial Services el 16 de octubre de 2007; (ii) la segunda, realizada a favor de la fiduciaria Helm Trust S.A. el 29 de noviembre de 2007 y contenida en un contrato de fiducia mercantil, y (iii) la tercera y última, efectuada el 1º de febrero de 2011, por parte del Helm Bank S.A. y a favor de la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.
2. Todas las cesiones mencionadas fueron notificadas a Fonade y aceptadas expresamente por este.
3. La celebración del contrato de fiducia mercantil el 29 de noviembre de 2007, mediante el cual se transfirieron a Helm Trust S.A., entre otros activos, los “*derechos económicos y recursos derivados de las actas de avance de obra del contrato…*” mencionado, no significó la terminación ni la modificación del acuerdo de cesión de los “derechos económicos” derivados del contrato de obra, suscrito previamente entre “el Consorcio CMS Cárceles” y el Banco de Crédito Helm Financial Services.
4. La celebración y la ejecución de dicho contrato de fiducia, antes que el contrato inicial de cesión de los derechos crediticios (suscrito primero), significó, más bien, a juicio de la Sala, el incumplimiento del primitivo contrato de cesión, asunto que se recomienda a Fonade evaluar internamente.
5. Dicho contrato se encuentra vigente aún y tiene como parte cesionaria a la sociedad Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., hasta la suma de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000).
6. La primera y la segunda de las cesiones mencionadas se efectuaron y aceptaron por Fonade antes de que dicha entidad pública hubiese sido notificada de las múltiples órdenes de embargo que recibió, provenientes de diferentes juzgados del país, contra el Consorcio CMS Cárceles y/o las sociedades que lo integran, en relación con los créditos que tenían a su favor. Por tal razón, dichas medidas cautelares no podían ser practicadas, ni pueden serlo, hasta no satisfacer, en su totalidad, las obligaciones adeudadas actualmente a la sociedad Pine Com.
7. Las obligaciones dinerarias impuestas a Fonade y a favor de la parte convocante, en el laudo arbitral dictado el 16 de enero de 2017, incluyendo los intereses, no constituyen derechos litigiosos, sino derechos crediticios ciertos derivados del contrato de obra Nº 2070329 de 2007, que fueron declarados o reconocidos por el tribunal de arbitraje.
8. Dicho laudo se encuentra ejecutoriado, por lo cual constituye, junto con los otros documentos señalados en este concepto, un título ejecutivo complejo a favor de Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S., para reclamar el pago de las sumas de dinero señaladas en el laudo arbitral. En todo caso, antes de efectuar el pago a dicha sociedad, recomendamos que Fonade adopte las precauciones que se han indicaron en el numeral anterior.

En atención a las consideraciones anteriores,

**III. La Sala RESPONDE**:

*1. ¿La cesión de créditos del valor de un contrato supone la cesión de los derechos litigiosos, en atención a que hacen parte de una misma universalidad crediticia, o por el contrario se trata de dos conceptos diferentes?*

La Sala considera que la cesión en bloque de los créditos o derechos personales derivados de un contrato (presentes y futuros) incluye los derechos litigiosos que surjan posteriormente en relación con el mismo contrato, en virtud de procesos judiciales o arbitrales, siempre que el objeto de la respectiva controversia o litigio se refiera, de manera cierta, directa e inequívoca, a las acreencias o derechos crediticios que hayan sido objeto de cesión.

En la medida en que el respectivo proceso judicial o arbitral termine, con una sentencia o laudo que haga tránsito a cosa juzgada, los derechos crediticios reconocidos o declarados en dicha providencia dejan de ser “litigiosos” y pasan a ser derechos ciertos, por lo que deben entenderse incluidos, con más razón, en la cesión de los créditos derivados de un contrato, siempre que los derechos reconocidos judicialmente se originen en la celebración, ejecución, terminación o liquidación del respectivo contrato.

*2. Teniendo en cuenta que los efectos de la sentencia son declarativos de una deuda a favor del CONSORCIO CMS CARCELES con ocasión del contrato Nº 2070329, ¿se podría predicar que la naturaleza jurídica de dicho reconocimiento es el de un derecho económico del contrato?*

Sí. De acuerdo con lo señalado en la respuesta anterior y lo explicado en este concepto, en particular, sobre el laudo arbitral dictado el 16 de enero de 2017, la Sala entiende que los derechos reconocidos en esa decisión para la parte convocante, incluyendo los intereses, constituyen “*derechos económicos*” derivados del contrato de obra Nº 2070329 del 28 de febrero de 2007, celebrado entre Fonade y las sociedades integrantes del Consorcio CMS Cárceles.

*3. ¿Existe un título ejecutivo complejo en cabeza del cesionario, integrado por el Laudo Arbitral y el documento de cesión, para efectos de reclamar en sede judicial el pago de los derechos económicos del contrato?*

Sí, a juicio de la Sala, existe un título ejecutivo complejo a favor del cesionario actual (Pine Com Asia PCA Colombia S.A.S.), conformado por el laudo arbitral y los documentos señalados en la parte considerativa de este concepto, que le permitiría reclamar judicialmente el pago de las condenas impuestas en el laudo arbitral.

*4. ¿El pago de las sumas reconocidas en el laudo arbitral descritos en los antecedentes de la consulta debe ser pagadas* (sic) *a órdenes de los juzgados que notificaron a FONADE de las órdenes de embargo o por el contrario el pago debe realizarse a quien ostenta la calidad de cesionario del valor del contrato?*

En concepto de la Sala, el pago de dichas sumas debe hacerse a favor de la sociedad que actualmente tiene la calidad de cesionaria de los referidos derechos, sin exceder, en ningún caso, de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000), con las precauciones que se recomiendan en este concepto. Si se llegare a alcanzar este límite, por cualquier razón, y quedaren sumas pendientes por pagar, derivadas del laudo arbitral u originadas, de otra forma, en el contrato de obra Nº 2070329, los pagos respectivos deberán hacerse a favor de los juzgados que ordenaron el embargo de los créditos respectivos.

Remítase al Director General del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS**

Presidente de la Sala Consejero de Estado

**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR ÁLVARO NAMÉN VARGAS**

Consejero de Estado Consejero de Estado

**LUCÍA MAZUERA ROMERO**

Secretaria de la Sala

1. Acuerdos modificatorios del 30 de noviembre de 2007 y del 22 de julio de 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. Modificaciones del 13 de enero de 2009 y del 31 de agosto del mismo año. [↑](#footnote-ref-2)
3. Otrosí Nº 4 del 8 de octubre de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. Otrosí Nº 9 del 22 de julio de 2009. [↑](#footnote-ref-4)
5. Conformado por los doctores Camilo Calderón Rivera, Gabriela Monroy Torres y William Barrera Muñoz. [↑](#footnote-ref-5)
6. A este respecto cita, entre otras providencias, una sentencia del 29 de mayo de 2013 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Esta norma decía, antes de su modificación por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007:

   “*PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades*”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2135 del 9 de abril de 2013. [↑](#footnote-ref-8)
9. “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.*  [↑](#footnote-ref-9)
10. “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Julio 16 de 2007. [↑](#footnote-ref-11)
12. Enero 16 de 2008, según lo previsto en su artículo 33. [↑](#footnote-ref-12)
13. *“[14] La Sala considera que la expresión “objeto social” debe reservarse a las sociedades de economía mixta, a las sociedades entre entidades públicas y a las demás entidades estatales de carácter societario*”. [↑](#footnote-ref-13)
14. “*Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal*”. (Se resalta). [↑](#footnote-ref-14)
15. Entre ellas, en el citado concepto 2135 de 2013 y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. Código Civil, artículo 2488: “*Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677*”. [↑](#footnote-ref-16)
17. “*Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones*”. [↑](#footnote-ref-17)
18. *“[124] [P]erfeccionada la cesión de un crédito personal ella lleva* ipso iure *el traspaso de la hipoteca u otro derecho real accesorio a aquel crédito”: cas. de 15 de junio de 1892, VII, 261.*” [↑](#footnote-ref-18)
19. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, volumen I, 3ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 448 y 449. [↑](#footnote-ref-19)
20. El artículo 20 del Código de Comercio dispone que “*son mercantiles para todos los efectos legales*”, “*las empresas de obras y construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones*” (numeral 15), entre otras. Asimismo, el artículo 22 ibídem estatuye que “*si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial*”. [↑](#footnote-ref-20)
21. “*Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones*”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ob. citada, página 447. [↑](#footnote-ref-22)
23. *“[119] Así en cas. de 24 de febrero de 1975, CLI, 49, donde se tratan las cuestiones que vienen enunciadas seguidamente en el texto*”. [↑](#footnote-ref-23)
24. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ídem. [↑](#footnote-ref-25)
26. El artículo 1498 del Código Civil define los contratos conmutativos y los aleatorios así:

    “*Artículo 1498. 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”. (Se destaca). [↑](#footnote-ref-26)
27. GÓMEZ Estrada, César. *De los principales contratos civiles*, 2ª edición, página 194. Bogotá, Librería Temis, 1987. [↑](#footnote-ref-27)
28. GÓMEZ Estrada, César, Ob. Citada, p. 189 y 190. [↑](#footnote-ref-28)
29. Recuérdese que el artículo 1961 del Código Civil exige la notificación del deudor ***o*** la aceptación de este, para que la cesión produzca efectos frente al deudor y a los terceros. Por lo tanto, lo mínimo que exige la ley para que dichos efectos se produzcan es la notificación al deudor. [↑](#footnote-ref-29)
30. En el certificado de existencia y representación legal de Fonade, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia el pasado 10 de mayo, figura como representante legal de dicha entidad el Gerente General, y como tercer suplente, el Subgerente de Contratación. [↑](#footnote-ref-30)
31. Aclara la Sala que la expresión “*darla por nula*” que utiliza la norma citada, debe ser entendida como “dejarla sin efectos” o “extinguirla”. [↑](#footnote-ref-31)
32. “*Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”. (Se destaca). [↑](#footnote-ref-32)
33. La Sala observa que, al haberse aumentado el monto del anticipo, del 10% al 50%, después de que Fonade había aceptado la primera cesión de los derechos económicos del contrato (a favor del Banco de Crédito Helm Financial Services), y haberse sustraído, por lo tanto, este valor adicional (40% del contrato) de los créditos previamente cedidos, se habría incurrido en un incumplimiento adicional del acuerdo de cesión original, a menos que tal modificación hubiese sido consentida por el respectivo cesionario, pues el mencionado porcentaje se detrajo de las sumas de dinero que tenía derecho a percibir el cesionario (el Banco de Crédito), en virtud del contrato de cesión original celebrado entre este y el “Consorcio CMS Cárceles”. [↑](#footnote-ref-33)
34. A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 29 de enero de 2004 (exp. 25000-23-26-000-1993-8696-01 [10779]) y del 7 de septiembre de 2015 (exp. 25000-23-26-000-2004-01002-01 [36878]). [↑](#footnote-ref-34)
35. HINESTROSA, Fernando, Ob. citada, páginas 439 y 440. [↑](#footnote-ref-35)
36. *“[100] Así, en cas. de 5 de mayo de 1941, LI, 256, y en el art. 289 c.c. de Brasil de 2001. En el* Avant-projet *Catala, cit., el art. 1254-3 dispone: ‘El conflicto entre los cesionarios sucesivos se resuelve a favor del de fecha más antigua. La prueba de la fecha puede darse por cualquier medio’*”. [↑](#footnote-ref-36)
37. CLARO Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen VI, p. 271 y 272. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. [↑](#footnote-ref-37)
38. “*Artículo 116.* (Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo Nº 3 de 2002)

    *(…)*

    *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”. (Se resalta). [↑](#footnote-ref-38)
39. Ley 1563 de 2012, artículo 1º. [↑](#footnote-ref-39)