

PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN – Caducidad de la Acción – Suspensión del Término de la Caducidad

Al sub júdice le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -19 de abril de 2013-, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el estatuto procesal civil, en los aspectos no contemplados en el primero (artículo 306 del CPACA).

En consecuencia, el término para presentar la demanda, de conformidad con el ordinal iii) del literal j del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, era de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación bilateral.

El contrato No. 115 de 2009 fue liquidado bilateralmente mediante acta del 23 de febrero de 2011. El término de caducidad debía transcurrir entre el 24 de febrero de 2011 y el 24 de febrero de 2013. No obstante, el 19 de febrero de 2013, faltando 5 días para que operara la caducidad, la demandante presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial II en Asuntos Administrativos No. 37, suspendiendo el término de caducidad según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, hasta el 18 de abril de 2013, fecha en la cual se expidió la constancia de no conciliación. Como la demanda se presentó al día siguiente -19 de abril de 2013-, se evidencia que la misma fue oportuna.

CESIÓN DE LOS CRÉDITOS Y/O DERECHOS – Legitimación en Causa por Activa – Medio de Control de Controversias Contractuales

La Sala considera necesario analizar la legitimación material en la causa por activa, por ser un presupuesto procesal ineludible para estudiar de fondo la controversia y pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la legitimación en la causa para ejercer el medio de control de controversias contractuales, con el fin de solicitar el incumplimiento del contrato, recae en las partes del mismo:

Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes (negrilla fuera del texto original).

Partiendo de la precitada norma, es claro que solamente las partes de un contrato están facultadas para pretender ante la jurisdicción contencioso administrativa que se declare su existencia, su nulidad, su incumplimiento, su liquidación, su revisión y el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados. De forma excepcional, el Ministerio Público o un tercero con interés directo podrán solicitar la nulidad absoluta del negocio jurídico. En ese sentido, esta Corporación ha señalado que, si un tercero acude al medio de control de controversias contractuales, deberá acreditar que se encuentra facultado para ello en virtud de la cesión de la posición contractual:

Así las cosas, encontrándose legitimados en la causa, contratante y contratista, para reclamar del juez natural el incumplimiento de las obligaciones contraídas a partir del vínculo negocial, el tercero que acuda en el ejercicio de la acción de controversias contractuales debe acreditar la condición que lo faculta para formular la pretensión procesal sin ser parte del contrato, porque le fue cedida la posición contractual y en tal sentido estaría habilitado como parte.

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el cesionario de un crédito derivado de un contrato estatal no se encuentra legitimado para ejercer el medio de control de controversias contractuales y, por lo tanto, no puede solicitar que se declare su incumplimiento. A esta conclusión se llega a partir de la diferencia que existe entre la cesión del contrato -que, en efecto, implica ceder la posición de parte- y la cesión del crédito -que únicamente transmite el derecho al pago de dicha acreencia-:

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

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



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00145-00 (59.433)
Actor: FABIOLA MONTOYA RÍOS
Demandado: MEGABÚS S.A.
Referencia: LEY 1437 DE 2011 – CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: Como regla general, solo las partes del contrato pueden ejercer el medio de control de controversias contractuales // CESIÓN DEL CRÉDITO: No cede la posición contractual, por lo que el cesionario no está legitimado en la causa para solicitar que se declare el incumplimiento de un contrato a través del medio de control de controversias contractuales.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Fabiola Montoya Ríos, en contra de la sentencia del 16 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Tercera de Decisión¹, por medio de la cual se negaron las pretensiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 19 de abril de 2013, Fabiola Montoya Ríos² presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales³, en contra de Megabús S.A., con la pretensión de que se declarara el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 115 de 2009. Asimismo, solicitó que se condenara al ente demandado a pagarle los perjuicios causados por los incumplimientos.

¹ Fls. 1120 – 1138, c. ppl.

² En virtud del contrato de cesión de crédito y/o derechos de la empresa Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A. C.I. AD COM (fls. 138 – 140, c1), integrante del Consorcio Infraestructura del Café (fls. 566 – 567, c1-2).

³ Fls. 1 – 53, c1.



II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 19 de abril de 2013⁴, Fabiola Montoya Ríos, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del CPACA, se dirigió en contra de Megabús S.A., con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare que MEGABÚS S.A. incumplió parcialmente el contrato de obra No. 115 de 2009, celebrado con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA DEL CAFÉ, identificado con NIT 900.290.894-5, conformado por las firmas C&C ARQUITECTURA E INGENIEROS S.A., identificada con NIT 890.324.384-3 y COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AD COM TELECOMUNICACIONES S.A. CI.AD.COM S.A., identificada con NIT 816.003.941-1, cuyo objeto fue ejecutar la “construcción de corredores del sistema integrado de transporte masivo Megabús, Avenida San Mateo - Intersección Avenida San Mateo - Avenida de las Américas - Fase 1 en el municipio de Pereira”.

Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a Megabús S.A. a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, en su condición de cesionaria de la empresa Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A. (...) en la proporción que corresponda, la reparación integral a la cual tenga derecho, incluyendo como mínimo en la misma, los siguientes valores, por concepto de los perjuicios causados por el cumplimiento parcial del contrato de obra No. 115 de 2009 por parte de Megabús S.A., debidamente actualizados e indexados, liquidando además los intereses de mora que correspondan, a la tasa máxima legal o contractual, la que sea mayor.

Relación de incumplimientos	Pretensión
En Talud	
<i>Diseños inexistentes, incompletos o deficientes</i>	\$107'466.632
En Américas Sur	
<i>Diseños inexistentes, incompletos o deficientes</i>	\$419'849.009
En Américas Norte	
<i>Diseños inexistentes, incompletos o deficientes</i>	\$333'481.335
<i>Incertidumbre en alcance del proyecto y toma de decisiones</i>	\$342'275.328
En Puente 1	
<i>Diseños inexistentes, incompletos o deficientes</i>	\$5'363.056
<i>Actividades ejecutadas, aprobadas y no pagadas</i>	\$24'588.200
En Puente 2	
<i>Tiempos muertos por toma de decisiones de Megabús</i>	\$126'845.730
<i>Actividades ejecutadas, aprobadas y no pagadas</i>	\$34'642.054
En Puente 3	
<i>Diseños inexistentes, incompletos o deficientes</i>	\$56'958.590
<i>Actividades ejecutadas, aprobadas y no pagadas</i>	\$24'588.200
En Puente 5	
<i>Diseños inexistentes, incompletos o deficientes</i>	\$55'091.232
<i>Actividades ejecutadas, aprobadas y no pagadas</i>	\$34'423.232
Mayor permanencia en obra	
<i>Sobrecosto administrativo por mayor permanencia en obra</i>	\$82'850.490
Reconocimiento cláusula 38.1 del contrato	\$299'295.029
Intereses de mora liquidación	\$17'487.612
TOTAL	\$1.965'205.729

Más intereses de mora, liquidados según Ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 8.

⁴ Fls. 1 – 53, c1.



Más actualización, según IPC a la fecha de cancelación.

1.1 Los fundamentos de hecho

La parte actora sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos que, en síntesis, se expresan a continuación:

1. Megabús S.A. y el Consorcio Infraestructura del Café⁵ suscribieron el contrato de obra No. 115 del 26 de mayo de 2009, cuyo objeto fue la “*construcción de corredores del sistema integrado de transporte masivo Megabús, Avenida San Mateo - Intersección Avenida San Mateo – Avenida de las Américas - Fase 1. En el municipio de Pereira*”.

2. El contrato tuvo un valor inicial de \$5.900'810.289 y un plazo de 7 meses. El 6 de julio de 2009 se suscribió el acta de inicio de preconstrucción y el 4 de enero de 2010 se adicionó el precio en \$1.310'282.696. El acta de terminación de obra por vencimiento del plazo se firmó el 4 de julio de 2010 y la respectiva liquidación del contrato, con salvedades, el 23 de febrero de 2011.

3. Durante la ejecución del contrato se presentaron múltiples incumplimientos a cargo de Megabús, los cuales giraron en torno a siete elementos: (i) deficiente calidad de los diseños y a veces inexistentes, (ii) actividades ejecutadas, aprobadas y no pagadas al contratista, (iii) incertidumbre en el alcance del proyecto, (iv) tiempos muertos por toma de decisiones de Megabús y la interventoría, (v) sobrecosto administrativo por mayor permanencia en obra, (vi) no reconocimiento de todos los ítems que se modificaron de acuerdo a lo indicado en la cláusula 38.1 del contrato y (vii) la demora en la suscripción, trámite y pago del acta de liquidación.

4. Estos incumplimientos fueron relacionados en un informe técnico en el cual se discriminaron los problemas que presentaron los siguientes puntos de obra: (i) talud, (ii) américas sur, (iii) américas norte, (iv) puente 1, (v) puente 2, (vi) puente 3 y (vii) puente 5.

5. De igual forma, se generaron sobrecostos administrativos por mayor permanencia en obra como consecuencia de los incumplimientos de la entidad que dieron lugar a

⁵ Conformado por Comercializadora Internacional AD COM Telecomunicaciones S.A. (67%) y C&C Arquitectura e Ingeniería S.A. (33%), fls. 244 – 245, c1-1.



diferentes prórrogas y suspensiones, durante las cuales el contratista tuvo la obligación de garantizar la disponibilidad constante del personal.

6. La cláusula 38.1 del contrato establecía que, si la cantidad final de los trabajos ejecutados difería en más del 25% de la especificada en la lista de cantidades para un rubro en particular, siempre que la diferencia excediera el 1% del precio inicial del contrato, el interventor debía modificar los precios para reflejar dicho cambio, sin que se hubiera indicado la manera en la que debían liquidarse estos rubros. A pesar de la ambigüedad de la cláusula, la entidad y la interventoría le dieron una interpretación desfavorable al consorcio y en la liquidación del contrato se reconoció un valor inferior al que tenía derecho.

7. El 18 de agosto de 2010, el contratista solicitó a la entidad dar trámite al acta de obra No. 14, solicitud que fue reiterada mediante oficios del 9 y del 22 de septiembre del mismo año. En esta última comunicación, el consorcio entregó los documentos para proceder con la liquidación del contrato. Las demoras en el trámite del acta No. 14 y del acta de liquidación generaron intereses a favor del consorcio.

8. Mediante acta del 23 de febrero de 2011, se liquidó de mutuo acuerdo el contrato de obra No. 115 de 2009. Allí, el consorcio dejó la salvedad de que se reservaba *“la facultad de presentar peticiones relacionadas con la ejecución del contrato, que pudieran generar mayores valores a favor del contratista por cualquier concepto y no fueron consideradas en la presente acta”*. De igual forma, consignó la salvedad relacionada con la interpretación de la cláusula 38.1 del contrato.

9. El 12 de octubre de 2011, la empresa Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A. y la señora Fabiola Montoya Ríos celebraron el contrato de cesión de crédito y/o derechos. Allí, la empresa le cedió a la señora Montoya Ríos todos los derechos, acciones y créditos que le correspondieran frente a las reclamaciones en contra de Megabús S.A., por el contrato de obra No. 115 de 2009.

1.2 Los fundamentos de derecho

La parte actora invocó como fundamento de derecho el artículo 90 de la Constitución y advirtió que los incumplimientos de Megabús S.A. le generaron un daño económico grave al contratista que debía ser reparado.



2. Actuaciones procesales de primera instancia

A través del auto del 9 de mayo del 2013⁶, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda, ordenó su notificación al representante legal de la entidad demandada, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la empresa C&C Arquitectura e Ingeniería S.A., en calidad de litisconsorte necesario.

2.1. Contestación de la demanda

El 2 de agosto de 2013, Megabús contestó la demanda⁷ y se opuso a sus pretensiones, por considerar que la entidad cumplió a cabalidad con todas las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 115 de 2009. En cuanto a los hechos, precisó que los puntos de reclamación expuestos en la demanda no fueron consignados en el acta de liquidación, en la cual solo quedó plasmada la inconformidad relacionada con la aplicación de la cláusula 38.1 del contrato y con mayores cantidades de obra, las cuales fueron debidamente pagadas.

Sin perjuicio de lo anterior, contradijo los elementos que el demandante invocó como incumplimientos. Frente a los diseños, manifestó que el contrato contemplaba una etapa de pre-construcción, con el fin de que el consorcio realizara observaciones y propusiera los ajustes pertinentes. Si existían reparos frente a los diseños y las partes no llegaban a un acuerdo, debían acudir a un perito experto para que resolviera el conflicto. No obstante, en este caso el contratista expidió la certificación de conformidad con los diseños e inició la obra sin realizar observaciones sobre ellos.

Afirmó que las supuestas actividades ejecutadas y no pagadas relacionadas con el levantamiento de vigas en los puentes 1, 2 y 3 se encontraban incluidas en el precio inicial de la propuesta, de acuerdo con las especificaciones técnicas del proceso contractual. Aseguró que no existió incertidumbre en la ejecución del proyecto, pues este fue ejecutado en su totalidad e, incluso, se adicionaron los recursos.

Señaló que no hubo tiempos muertos en la ejecución del contrato, ya que el constructor siempre tuvo frentes de trabajo definidos, y tampoco se presentaron sobrecostos administrativos dado que el proyecto se ejecutó en los tiempos

⁶ Fls. 570 – 572, c1-2.

⁷ Fls. 587 – 621, c1-3.



establecidos y el contratista aceptó que las prórrogas no generarían reajustes ni reclamaciones por mayor permanencia en obra.

En cuanto a la interpretación de la cláusula 38.1 del contrato, manifestó que no existían ambigüedades y que la misma fue aplicada de forma correcta, por lo que la interpretación que propone el demandante tiene como finalidad obtener un provecho económico indebido.

Respecto del acta de liquidación del contrato, precisó que las demoras fueron atribuibles al consorcio habida cuenta de que entregó la totalidad de los soportes requeridos el 9 de febrero de 2011.

Reiteró que el acta de liquidación solamente contenía salvedades relacionadas con la cláusula 38.1 del contrato y con mayores cantidades de obra que fueron debidamente pagadas. Señaló que la salvedad general consignada en el acta no cumplía con el requisito de ser clara y concreta, resaltando que todas las situaciones expuestas en la demanda eran conocidas por el contratista antes de la suscripción del acta de liquidación bilateral.

Sobre la mayor permanencia en obra, manifestó que todas las prórrogas al plazo inicial fueron solicitadas por el contratista por asuntos técnicos y problemas con el suministro de materiales, por lo que los tiempos adicionales no eran atribuibles a Megabús S.A.

Finalmente, presentó solicitud de llamamiento en garantía a las empresas Administradora de Proyectos Civiles Ltda. y JPS Ingeniería S.A. - integrantes del Consorcio San Mateo 2008 - quienes ejercieron la interventoría del contrato objeto de la controversia, con el fin de responder por la eventual indemnización de perjuicios derivada del proceso⁸.

⁸ El llamamiento en garantía fue admitido mediante proveído del 27 de agosto de 2013 (fls. 687 – 688, c1-3). La sociedad JPS Ingeniería S.A. contestó el llamamiento en garantía (fls. 702 – 703, c1-3), se opuso al mismo y se adhirió a las consideraciones presentadas en la contestación de la demanda por parte de Megabús S.A. Por su parte, la empresa Administradora de Proyectos Civiles S.A.S. manifestó su oposición al llamamiento en garantía por carecer de fundamento, y con relación a la demanda expuso argumentos similares a los presentados por la entidad en la contestación (fls. 714 – 720).



3. La sentencia impugnada⁹

El Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Tercera de Decisión, profirió la sentencia del 16 de febrero de 2017, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

El *a quo* estimó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si en el presente asunto Megabús S.A. incumplió parcialmente el contrato de obra pública No. 115 de 2009 y ocasionó los perjuicios alegados por la parte actora. Lo anterior, en el marco de los reparos expuestos en la demanda, a saber: (i) deficiente calidad de los diseños y a veces inexistentes, (ii) actividades ejecutadas, aprobadas y no pagadas al contratista, (iii) incertidumbre en el alcance del proyecto, (iv) tiempos muertos por toma de decisiones por parte de Megabús S.A. y la interventoría, (v) mayor permanencia en obra, (vi) no reconocimiento de todos los ítems de acuerdo con la cláusula 38.1 del contrato y (vii) demora en la suscripción, trámite y pago del acta de liquidación.

En primer lugar, precisó que el contrato de obra No. 115 de 2009 fue financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo y que en las condiciones generales de la licitación se determinó que el contrato se regía por la ley colombiana. De acuerdo con esto, concluyó que el régimen aplicable era el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias.

Advirtió que el 23 de febrero de 2011 se suscribió el acta de liquidación bilateral, que contenía el cruce de cuentas definitivo de la ejecución contractual y la manifestación de inconformidad por parte del consorcio frente al reconocimiento económico por ajuste al precio unitario derivado de la modificación de las cantidades según lo previsto en la cláusula 38.1 de las condiciones generales del contrato. Asimismo, observó que el consorcio expresó de manera genérica que se reservaba la potestad de presentar peticiones relacionadas con la ejecución del contrato, que pudieran generar mayores costos a su favor, sin especificar los motivos de dichas erogaciones.

En consecuencia, concluyó que el contratista solamente dejó constancia clara y concreta en el acta de liquidación sobre el reconocimiento económico derivado de la

⁹ La audiencia inicial se desarrolló el 20 de agosto de 2014 (fls. 636 – 639, c1-4) y el 25 de septiembre del mismo año (fls. 700 – 714, c1-4). La audiencia de pruebas se realizó los días 25 de febrero (fls. 780 – 786, c1-5), 17 de junio (fls. 895 – 897, c1-5), 10 de septiembre (fls. 1017 – 1022, c1-6) y 14 de octubre de 2015 (fls. 1027 – 1028A, c1-6).



cláusula 38.1, en tanto la manifestación general de reservarse la potestad de efectuar reclamaciones no tenía la virtualidad de abrir el debate en sede judicial por conceptos que no fueron determinados de forma clara al momento de liquidar el contrato y que sorprendieron a Megabús S.A. al ser incluidos en la demanda. Así las cosas, centró el examen únicamente en la pretensión relacionada con el reconocimiento económico de la cláusula 38.1 del contrato, dado que los demás incumplimientos solicitados no fueron expresados en el acta de liquidación bilateral.

De esta manera, analizó el alcance de la cláusula 38.1 del contrato de obra No. 115 de 2009 a la luz del dictamen pericial practicado¹⁰. Observó que dicha cláusula prescribía dos condicionantes para el reconocimiento del ajuste de precios: (i) que la cantidad final de los trabajos ejecutados hubiera diferido en más del 25% de las especificadas en la lista de cantidades para un rubro en particular y (ii) que dicha diferencia excediera el 1% del precio inicial del contrato. La entidad encontró que algunos ítems solicitados por el contratista cumplían con los requisitos precitados y otros no, por lo que procedió al reconocimiento de los primeros, dando aplicación a la cláusula de forma adecuada.

Finalmente, desestimó el cuestionamiento sobre la demora en la suscripción, trámite y pago del acta de liquidación dado que el tiempo transcurrido era atribuible al contratista por los retrasos en la entrega de información y documentos que acreditaran el pago de acreencias laborales del personal de la obra con el fin de dar cierre jurídico al contrato.

4. Recurso de apelación

El 6 de marzo de 2017¹¹, Fabiola Montoya Ríos interpuso recurso de apelación¹² en contra de la anterior decisión, solicitando que fuera revocada, y que, en su lugar, se concedieran las pretensiones de la demanda.

Según la recurrente, los contratos se deben celebrar y ejecutar bajo el principio de buena fe que da el derecho a las partes de plasmar en el acta de liquidación todas las

¹⁰ El dictamen pericial rendido por el ingeniero civil concluyó que la cláusula 38.1 del contrato fue aplicada en debida forma por Megabús S.A. y que el reconocimiento económico realizado en el acta de liquidación bilateral por este concepto era correcto.

¹¹ La sentencia de primera instancia fue notificada el 20 de febrero de 2017 a través de correo electrónico. Por lo tanto, el término para interponer el recurso de apelación se venció el 6 de marzo del mismo año, fecha en la cual fue oportunamente presentado.

¹² Fls. 1140 – 1143, c. ppl.



anotaciones y salvedades que considere necesarias para acudir posteriormente ante la jurisdicción.

La intención de las salvedades consignadas en el acta de liquidación por parte del consorcio fue la de efectuar la reclamación de todos aquellos incumplimientos del contrato que ya habían sido claramente evidenciados en la etapa de ejecución, como consta en los comités de obra, la bitácora y los documentos contractuales que reposan como prueba documental. Por ende, cuestionó que el tribunal no tuviera en consideración todo el acervo probatorio que daba cuenta de los incumplimientos de la entidad en la ejecución del contrato.

Resaltó que la entidad no actuó de buena fe al no solicitarle al contratista precisar sobre qué aspectos efectuaría las reclamaciones y que la salvedad que el juzgado consideró como “*genérica*” fue consignada en esos términos porque ambas partes tenían conocimiento, al momento de suscribir el acta de liquidación, de las inconformidades que se habían presentado en la ejecución.

Señaló que, contrario a lo indicado por el tribunal, el acta de liquidación bilateral no constituía un paz y salvo en tanto la salvedad mediante la cual el contratista “*se reserva[ba] la facultad de presentar peticiones relacionadas con la ejecución del contrato, que pudieran generar mayores valores a favor del contratista por cualquier concepto y no fueron consignadas en esta acta*” permitía a las partes prever que el consorcio tenía la intención de efectuar reclamaciones posteriores.

Para concluir, cuestionó el análisis que realizó el tribunal del acta de liquidación como un acto aislado y ajeno al devenir del contrato, pues no revisó con detenimiento los hechos objeto de reclamación judicial para concluir que aquellos se encontraban incluidos en la salvedad precitada.

5. Trámite en segunda instancia

Por medio del auto del 14 de marzo de 2017¹³, el Tribunal Administrativo de Risaralda concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para decidir sobre su admisibilidad.

¹³ Fl. 1145, c. ppl.



En proveído del 6 de julio de 2017¹⁴, se admitió el recurso de apelación y, a través de auto del 30 de octubre del mismo año¹⁵, se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido este término, se dio traslado al Ministerio Público con el fin de que rindiera su concepto¹⁶.

El 27 de noviembre de 2017¹⁷, la recurrente presentó sus alegatos finales, reiterando los argumentos del recurso de apelación.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado

Le asiste competencia a la Sala para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, aplicable a este proceso, establece que el Consejo de Estado “[...] conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación [...]”.

Adicionalmente, la Sala conoce del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de primer grado, habida cuenta de que, en los términos de los incisos 2° y 4° del artículo 157 de la Ley 1437 de 2011¹⁸, la cuantía se estimó en \$1.965'205.729, que corresponde al valor de los perjuicios derivados de los incumplimientos, mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio del medio de control de controversias

¹⁴ Fl. 1150, c. ppl.

¹⁵ Fl. 1157, c. ppl.

¹⁶ El término para que las partes presentaran alegatos de conclusión transcurrió entre el 14 y el 27 de noviembre de 2017, y el término para que el Ministerio Público conceptuara corrió del 28 de noviembre hasta el 12 de diciembre del mismo año.

¹⁷ Fls. 1159 – 1161, c. ppl.

¹⁸ “Artículo 157. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. (...) Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. (...) La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella”.



contractuales tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación, era de \$294'750.000¹⁹.

2. Procedencia y oportunidad de la acción

Al *sub júdice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -19 de abril de 2013-, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el estatuto procesal civil, en los aspectos no contemplados en el primero (artículo 306 del CPACA).

En consecuencia, el término para presentar la demanda, de conformidad con el ordinal iii) del literal j del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, era de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación bilateral.

El contrato No. 115 de 2009 fue liquidado bilateralmente mediante acta del 23 de febrero de 2011. El término de caducidad debía transcurrir entre el 24 de febrero de 2011 y el 24 de febrero de 2013. No obstante, el 19 de febrero de 2013, faltando 5 días para que operara la caducidad, la demandante presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial II en Asuntos Administrativos No. 37, suspendiendo el término de caducidad según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001,²⁰ hasta el 18 de abril de 2013, fecha en la cual se expidió la constancia de no conciliación²¹. Como la demanda se presentó al día siguiente -19 de abril de 2013-, se evidencia que la misma fue oportuna.

3. Cuestión previa: análisis de la legitimación en la causa

La Sala advierte que el contrato de obra No. 115 de 2009, cuyo objeto fue la “*construcción de corredores del Sistema Integrado de Transporte Masivo Megabús. Avenida San Mateo. Intersección Avenida San Mateo - Avenida de las Américas - Fase 1. En el municipio de Pereira*”²², fue suscrito entre el Consorcio Infraestructura del Café -conformado, entre otros, por la empresa Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A.- y Megabús S.A.

¹⁹ 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el 2013, año en el que se presentó la demanda.

²⁰ Vigente para ese momento.

²¹ Fl. 565, c1-2.

²² Fls. 56 – 90, Anexo 1.



El 12 de octubre de 2011, luego de la terminación²³ y liquidación²⁴ del contrato, la sociedad Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A. celebró un acuerdo con la señora Fabiola Montoya Ríos, para la cesión de los créditos y/o derechos²⁵ derivados de las reclamaciones que se ejercieran en contra de Megabús S.A., con ocasión del contrato de obra No. 115 de 2009.

En este contexto, la Sala considera necesario analizar la legitimación material en la causa por activa²⁶, por ser un presupuesto procesal ineludible para estudiar de fondo la controversia y pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la legitimación en la causa para ejercer el medio de control de controversias contractuales, con el fin de solicitar el incumplimiento del contrato, recae en las partes del mismo:

*Artículo 141. Controversias contractuales. **Cualquiera de las partes de un contrato del Estado** podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes (negrilla fuera del texto original).*

Partiendo de la precitada norma, es claro que solamente las partes de un contrato están facultadas para pretender ante la jurisdicción contencioso administrativa que se declare su existencia, su nulidad, **su incumplimiento**, su liquidación, su revisión y el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados. De forma excepcional, el Ministerio Público o un tercero con interés directo podrán solicitar la nulidad absoluta

²³ Acta de terminación del 4 de julio de 2010 (fls. 212 – 213, Anexo 1).

²⁴ Acta de liquidación del 23 de febrero de 2011 (fls. 260 – 263, Anexo 1).

²⁵ Fls. 138 – 140, c1. La denominación y el clausulado del contrato evidencian que la intención de las partes fue celebrar un contrato de cesión de crédito, de conformidad con los artículos 1959 y siguientes del Código Civil.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2012, Radicación No. 73001-23-31-000-2003-02007-01 (33.609), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez: “(...) la legitimación material en la causa alude a la **participación real de la(s) persona(s) accionante(s) y/o demandada(s) en los hechos que originaron el respectivo litigio**, independientemente de que dicha(s) persona(s) haya(n), o no, demandado o sido demandada(s). De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo” (negrilla fuera del texto original).



del negocio jurídico. En ese sentido, esta Corporación ha señalado que, si un tercero acude al medio de control de controversias contractuales, deberá acreditar que se encuentra facultado para ello en virtud de la cesión de la posición contractual:

Así las cosas, encontrándose legitimados en la causa, contratante y contratista, para reclamar del juez natural el incumplimiento de las obligaciones contraídas a partir del vínculo negocial, el tercero que acuda en el ejercicio de la acción de controversias contractuales debe acreditar la condición que lo faculta para formular la pretensión procesal sin ser parte del contrato, porque le fue cedida la posición contractual y en tal sentido estaría habilitado como parte²⁷.

Como se advirtió previamente, la Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A. -integrante del consorcio que suscribió el contrato de obra No. 115 de 2009 con Megabús S.A.- celebró un acuerdo de cesión de créditos y/o derechos con la señora Fabiola Montoya Ríos. Sin embargo, este acuerdo de voluntades no facultaba a la ahora demandante para elevar reclamaciones de incumplimiento en sede de controversias contractuales, pues la cesión del crédito no la convirtió en parte del contrato.

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el cesionario de un crédito derivado de un contrato estatal no se encuentra legitimado para ejercer el medio de control de controversias contractuales y, por lo tanto, no puede solicitar que se declare su incumplimiento. A esta conclusión se llega a partir de la diferencia que existe entre la cesión del contrato -que, en efecto, implica ceder la posición de parte- y la cesión del crédito -que únicamente transmite el derecho al pago de dicha acreencia-:

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

*Por la misma razón, cuando se cede el contrato, en adelante el obligado con el contratante será el cesionario, quien ocupará la posición contractual que tenía el cedente; mientras que **la cesión de un crédito contractual no modifica la relación contractual, sino al titular del derecho al pago (...)**²⁸ (negrilla fuera del texto original).*

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2016. Radicación No. 08001-23-31-000-2002-02050-01 (34.586), C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Si bien esta providencia fue expedida con fundamento en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la redacción del artículo 141 del CPACA mantiene la legitimación en la causa en las partes del contrato, por regla general, y excepcionalmente en el Ministerio Público o un tercero con interés directo que podrán solicitar la nulidad absoluta del negocio.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 25 de abril de 2012. Radicación No. 25000-23-26-000-1994-09759-01 (20.817), C.P.: Enrique Gil Botero.



De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala concluye que la señora Fabiola Montoya Ríos carece de legitimación en la causa, pues el acuerdo celebrado con la empresa Comercializadora Internacional AD-COM Telecomunicaciones S.A., tiene la naturaleza jurídica de un contrato de cesión de crédito y no la de una cesión del contrato, el cual se encontraba terminado y liquidado para la fecha en que la demandante se convirtió en cesionaria de los derechos económicos derivados de este.

Por tal razón, la señora Montoya Ríos no ostenta la calidad de parte en la relación comercial y no cuenta con legitimación en la causa por activa para solicitar, a través del medio de control de controversias contractuales, que se declare el incumplimiento del contrato de obra No. 115 de 2009 -celebrado entre Megabús S.A. y el Consorcio Infraestructura del Café-.

En consecuencia, la Sala modificará el fallo de primera instancia, para declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y negará las pretensiones de la demanda.

Los demás puntos de la sentencia (entre ellos, la condena en costas de primera instancia) no serán modificados, toda vez que no fueron objeto de reproche al interponerse el recurso de apelación.

4. Costas:

En el sistema procesal actual, la condena en costas adoptó un régimen objetivo, en el que se condena a la parte vencida, con independencia de su conducta. Teniendo esto de presente, y para efectos de la condena en costas en segunda instancia, se tiene que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por el procedimiento civil.

Así, el artículo 365 del Código General del Proceso estipula que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso; adicionalmente, el artículo 361 *ibidem* establece que las costas “[...] están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”. Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, defina el Consejo Superior de la Judicatura, en virtud del numeral 4 del artículo 366 de esa misma disposición.



Bajo estos términos, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, es decir, a quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, debido a que este no prosperó²⁹. La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En relación con las agencias en derecho correspondientes a esta instancia, y de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, se tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, si las hubiere. En ese sentido, se observa que se trata de un proceso de controversias contractuales, cuyas pretensiones ascendían a la suma de \$1.965'205.729.

Teniendo en cuenta el Acuerdo No. 1887 de 2003³⁰, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, se fijarán las agencias en derecho de la segunda instancia en el 1% de las pretensiones, es decir, la suma de DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS M/L (\$19'652.057) a favor de Megabús S.A. La anterior condena deberá incluirse en el auto de liquidación de costas a cargo de la parte vencida, en este caso, la demandante.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2 de la sentencia del 16 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Tercera de Decisión, la cual quedará así:

2. Declarar probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa de Fabiola Montoya Ríos, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

²⁹ El numeral 3 del artículo 365 del CGP dispone: “[...] 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”.

³⁰ “ARTÍCULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: [...] III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. [...] 3.1.3. Segunda instancia. Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.



SEGUNDO: CONDENAR a la demandante a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS M/L (\$19'652.057), a cargo de la parte actora.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

VF