

OREPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, primero (1º) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Radicación: 25000-23-36-000-2015-00310-02(58.084)
Demandante: ALIANZA FIDUCIARIA SA
Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS - ECOPETROL
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Asunto: APELACIÓN – DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN DE PAGO

*Síntesis del caso: el demandante pretende la reparación del daño derivado de la omisión en el pago de la factura no. 0308 de 20 de febrero de 2013 emitida por el Consorcio MK a cargo de Ecopetrol SA por concepto de pago parcial del contrato 5206684 por \$2.509.234.743, cuyos derechos económicos fueron cedidos en favor del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C administrado por Alianza Fiduciaria SA.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 333 a 344 cdno. apelación) contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección B (fls. 316 a 326 cdno. apelación) mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte actora y a favor de la parte demandada Ecopetrol SA. Dichas costas comprenden la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el proceso, y las agencias en derecho. Para lo cual una vez en firme esta sentencia, por Secretaría liquidense las mismas siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso y las tarifas establecidas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación, en los términos dispuestos en el artículo 243 y 247 del C.P.A.C.A.” (fl. 326 vlto. cdno. apelación – negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 23 de enero de 2015 (fls. 19 vlto. cdno. ppal.), la parte actora presentó demanda de reparación directa en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol SA (fls. 2 a 19 cdno. ppal.) con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare Responsable Patrimonialmente a la EMPRESA

*COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL S.A. por el daño antijurídico que le ocasionó a mi mandante, al omitir la autorización (o pasos requeridos) para el pago de la Factura No. 0308 de febrero 20 de 2013 emitida por el CONSORCIO MK a cargo de ECOPETROL S.A., cuyos derechos económicos fueron cedidos por el CONSORCIO MK (cedente) a favor del FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C (cesionario) administrado por ALIANZA FIDUCIARIA SA.*

SEGUNDA: *Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROSL SA a pagar a mi mandante la suma dos mil quinientos nueve millones doscientos treinta y cuatro mil setecientos cuarenta y tres pesos (\$2.509.234.743) m/cte.*

TERCERA: *Que las sumas de dinero a pagar a favor del FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C administrado por Alianza Fiduciaria SA., se hagan de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 195 ibídem.*

CUARTA: *Que se condene a la entidad demandada a pagar a favor de mi poderdante, los gastos, las costas procesales, agencias en derecho y demás costos generados por el presente trámite". (fl. 3 a 4 cdno. ppal. – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).*

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones de la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) El 16 de diciembre de 2009, se suscribió el contrato no. 5206684 entre Ecopetrol SA. y el Consorcio MK con el objeto de adelantar trabajos *i)* de mantenimiento técnico de tuberías, tanques y bombas de transporte de hidrocarburos y sus derivados; *ii)* obras civiles ambientales, de estabilización, geotecnia y conservación del derecho de vía de las vías de transporte de hidrocarburos y sus derivados; *iii)* labores de descontaminación y recolección de producto por actos dolosos; *iv)* labores de descontaminación y recolección de productos por operaciones incorrectas y fallas de tubería; *v)* labores diferentes de manipulación de tubería para retiro de válvulas, preparación de perforaciones y cortes, todos estos por actos ilícitos y, *vi)* otras actividades de apoyo y mantenimiento a bienes diferentes de tuberías tanques y bombas para transporte de hidrocarburos y sus derivados para los sistemas de transporte del departamento de mantenimiento sur de la Gerencia de Oleoductos de la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol SA durante las vigencias 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013. El acta de inicio del contrato se suscribió el 16 de diciembre de 2009 y se estipuló como fecha de finalización el 28 de junio de 2013.

2) La cláusula 11 de dicho contrato contemplaba expresamente la constitución de una garantía en favor de Ecopetrol SA que amparaba *i)* el cumplimiento de todas las obligaciones emanadas del contrato y, *ii)* el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales al personal vinculado para la ejecución del contrato, de

forma que el valor de los amparos resultaba suficiente para atender las obligaciones que supuestamente incumpliera el contratista.

3) El 20 de febrero de 2013, el Consorcio MK (cedente) suscribió un contrato de cesión con Alianza Fiduciaria SA como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C (cesionario), por medio del cual el cedente cedió en favor del cesionario los derechos económicos derivados de la factura no. 0308, la cual fue emitida por el Consorcio MK a cargo de Ecopetrol SA por concepto del pago parcial del contrato 5206684 por el periodo comprendido entre el 15 de enero y el 14 de febrero de 2013; cesión que fue notificada por el Consorcio MK a la entidad demandada el 20 de febrero de 2012, conforme a lo previsto en el artículo 1960 del Código Civil, la cual fue aceptada por esta sin glosa alguna.

4) Dicha factura fue aceptada por cumplir con la totalidad de los requisitos previstos en la cláusula cuarta del contrato -forma de pago- y fue incluida en el sistema SAP de Ecopetrol SA, plataforma tecnológica de atención de proveedores "<http://www.ecopetrol.com.co/serviciocliente/cp/>", donde se registró como beneficiario de la factura no. 0308 a Alianza Fiduciaria SA como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C desde el 1º de marzo de 2013.

5) El 13 de abril de 2013, el Consorcio MK suscribió un acuerdo de vinculación al Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C, administrado por Alianza Fiduciaria SA para que el fondo efectuara operaciones de descuentos de facturas, títulos valores y demás documentos de contenido crediticio que sean aprobadas por Alianza Fiduciaria SA.

6) El 3 de mayo de 2013, se suscribió el otrosí no. 1 entre Ecopetrol SA y el Consorcio MK, sin citación y audiencia del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia administrado por Alianza Fiduciaria SA mediante el cual se modificó la cláusula cuarta del contrato no. 5206684.

7) El 30 de julio de 2013 la Coordinación de Cuentas por Pagar de Ecopetrol SA le comunicó al demandante que *"En el historial de la factura recibida en Ecopetrol se tiene que el 20 de febrero de 2013 fue radicada la copia en el oficina de cuentas por pagar y posteriormente el día 20 de marzo de 2013 fue recibida en de (sic) la misma oficina la factura original con la cual se confirma el endoso y se verifica que el legítimo tenedor es el Fondo Abierto con Pacto de permanencia identificado con Nit. 900.058.687-4.- Así las cosas, dado que la confirmación sobre el legítimo tenedor de la factura se dio antes de 30 días para su vencimiento, la coordinación de cuentas por pagar procedió a direccionar el pago a la cuenta bancaria del FONDO ABIERTO CON*

PACTO DE PERMANENCIA” (fls. 7 a 8 cdno. ppal mayúsculas fijas del original).

8) El 15 de enero de 2014 Ecopetrol SA comunicó a la parte demandante que el contrato no. 520664 se liquidó unilateralmente y que como el contratista incumplió obligaciones con terceros no es exigible ningún derecho; de igual forma, mediante comunicaciones de 26 de mayo y 21 de junio de 2013 Ecopetrol SA presentó unos planteamientos omisivos para no autorizar el pago.

9) Ecopetrol SA omitió notificarle al Fondo Abierto con Pacto de Permanencia administrado por Alianza Fiduciaria SA la liquidación del contrato no. 520664, con lo cual limitó su derecho de interponer recursos contra el acto de liquidación unilateral.

10) Ecopetrol SA omitió hacer efectiva la garantía constituida por el contratista Consorcio MK para reclamarle a la aseguradora el valor asegurado con ocasión del incumplimiento del contrato.

11) El párrafo de la cláusula 11 del contrato no. 5206684 otorgaba la opción al Consorcio MK de entregar como garantía una carta de crédito *stand by*.

12) Ecopetrol SA le ocasiona al demandante un daño antijurídico al omitir actos necesarios para el pago de los derechos económicos derivados de la factura no. 0308 que ascienden a la suma de \$2.509.234.743, más la actualización e intereses, los cuales tiene el deber jurídico de indemnizar (fls. 4 a 10 cdno. ppal.).

3. Contestación de la demanda

La demanda fue admitida el 16 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B, quien dispuso la notificación personal del representante legal de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol SA. (fls. 32 a 342 cdno. ppal.).

Por su parte, Ecopetrol SA en su contestación replicó los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de i) *“cesión de derechos económicos de la factura No. 308 – oposición al pago por falta de cumplimiento de requisitos contractuales para el pago”*, ii) *“falta de exigibilidad de las obligaciones incorporadas en la factura”*, iii) *“falta de legitimación en la causa por activa”*, (iv) *“contrato no cumplido”* y, (v) *“la genérica”*.

Como razones de su defensa expuso, en síntesis, i) que Ecopetrol SA únicamente

podía cumplir con su obligación de pago hasta tanto el contratista cumpliera con las obligaciones contractuales; *ii*) mientras el Consorcio MK no demostrara el cumplimiento de la condición suspensiva prevista en la cláusula cuarta del contrato no podía exigírsele a Ecopetrol SA la obligación de pago de la factura, pues, en virtud de la cesión a los cesionarios les son oponibles las mismas condiciones contractuales, por lo cual las obligaciones incorporadas en la factura reclamada no son exigibles dado que el contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales para obtener el pago, razón por lo cual se opuso la excepción de contrato no cumplido al cesionario Alianza Fiduciaria (fls. 71 vlto. a 73 vlto. cdno. ppal.).

4. La sentencia apelada

El 17 de agosto de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B (fls. 316 a 326 cdno. apelación) negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

- 1) Se encuentra acreditado que Ecopetrol SA suscribió con el Consorcio MK el contrato no. 5206684, el cual tenía por objeto realizar trabajos de mantenimiento de la infraestructura de transporte de hidrocarburo, la realización de diversas obras civiles en esas líneas de transporte, labores de descontaminación y recolección de dicho compuesto por actos dolosos u operaciones incorrectas, tareas diferentes a manipulación de tuberías y otras actividades de apoyo, cuyo plazo de ejecución era de 1.291 días calendario contados a partir de la suscripción del acta de inició o en la fecha que esta indique.
- 2) En la cláusula 4 del contrato se estableció que Ecopetrol SA pagaría al contratista el valor del contrato a través de pagos vencidos previa radicación de la factura correspondiente, de conformidad con lo previsto en el clausulado general previsto en el capítulo 7° de las CGC según la tabla de pagos prevista.
- 3) Se probó que el Consorcio MK cedió a Alianza Fiduciaria los derechos económicos derivados de la factura no. 0308 que aquel emitió con cargo a Ecopetrol SA por un valor de \$2.509.234.743 a través del contrato de cesión de 20 de febrero de 2013, cuyo endoso fue notificado en esa misma fecha a la entidad demandada; no obstante, cuando el cesionario exigió el pago de dicha factura, Ecopetrol SA adujo el incumplimiento del Consorcio MK de las obligaciones estipuladas en el contrato no. 5206684 relativas al pago de acreencias laborales.

- 4) Según el Código de Comercio, la cesión de un crédito a un tercero una vez

notificada al deudor y aceptada por este, otorga al cesionario todas las obligaciones y derechos que el cedente tuviera frente a su deudor; por consiguiente, como el pago de la factura estaba sujeto a la condición de que el Consorcio MK se hallara a paz y salvo por todo concepto le eran oponibles al demandante las excepciones que podían proponérsele al cedente.

En ese orden, Ecopetrol SA no realizó el pago de dicha factura, porque el Consorcio MK no había cumplido con sus obligaciones contractuales y tuvo que afectar la póliza única de cumplimiento que amparaba el contrato No. 5206684, con el fin de obtener el pago de las cuantías que se generaron por el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

5) En consecuencia, si bien el no pago de factura no. 0308 le ocasionó al demandante un daño, este no tiene el carácter de antijurídico y, por ende, no es indemnizable, toda vez que la entidad demandada no podía cumplir su obligación de pago por el incumplimiento del contrato por parte del cesionario, por lo tanto, se trató de una carga que debía soportar la parte actora en su condición de cesionaria del crédito.

5. El recurso de apelación

La parte demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las súplicas de la demanda (fls. 333 a 344 cdno. apelación), por las siguientes razones:

1) Se encuentra demostrado en el expediente que no hubo incumplimiento del contrato no. 5206684 por parte del Consorcio MK, por lo tanto, las razones que presenta Ecopetrol SA para el no pago de la factura no. 0308 a la demandante son contrarias a la realidad.

2) La radicación de la factura no. 0308 se hizo conforme a las exigencias de la cláusula cuarta del contrato, pero tal circunstancia no fue tomada en cuenta en la sentencia impugnada.

3) En el expediente se demostraron omisiones de Ecopetrol que implican un daño antijurídico causado al Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C, tales como: *i)* que para el momento de la cesión de derechos derivados de la factura no. 0308 del 20 de febrero de 2013 el consorcio MK cumplía todos los requerimientos previstos en la cláusula cuarta del contrato no. 5206684; *ii)* no existe requerimiento, reclamación, proceso sancionatorio ni declaratoria de incumplimiento del contratista, salvo la

comunicación del 19 de noviembre de 2013 que fue descontado en el acta de liquidación unilateral del contrato; *iii*) Ecopetrol SA omitió hacer efectiva la póliza CEST2162 otorgada por Colseguros SA para asegurar el contrato; *iv*) Ecopetrol SA omitió notificar al demandante el acta de liquidación unilateral del contrato 5206684, circunstancia que le impidió oponerse o impugnarla; *v*) Ecopetrol SA dio un trato diferente a la factura no. 0308 en relación a otras facturas que pagó con ocasión de una cesión; *vi*) la accionada omitió pagar el saldo existente en “Fondos Retegarantía”; *vii*) Alianza Fiduciaria SA nunca recibió la devolución de la factura por parte de la entidad demandada ni esta le formuló reclamo escrito oponiéndose al pago de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008 y, *viii*) no existe prueba de incumplimiento posterior a la liquidación unilateral del contrato, sumado a que cualquier incumplimiento laboral que hubiese existido se encontraría superado por el fenómeno de la prescripción.

6. Actuación surtida en segunda instancia

El 28 de octubre de 2016 se admitió el recurso de apelación (fl.357 cdno. apelación) y, posteriormente, el 1º de marzo de 2017 (fl. 368 cdno apelación) se corrió traslado a las partes para alegaciones finales por el término común de diez (10) días y, se dispuso que en el caso del Ministerio Público se surtiera el trámite previsto en el artículo 59 de la Ley 446 de 1998 para que emitiera concepto, quienes expresaron lo siguiente:

1) Alianza Fiduciaria S.A. solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia por estar demostrado que Ecopetrol SA incurrió en responsabilidad extracontractual por el hecho de negarse a pagar la factura no. 0308 al cesionario del Consorcio MK, amparándose en un supuesto incumplimiento contractual que fue declarado unilateralmente por la accionada, a pesar de que el contratista cumplió sus obligaciones contractuales y que Ecopetrol SA omitió los trámites para efectuar el pago de la factura 0308, lo cual le generó un daño antijurídico a la demandante (fls. 365 a 378 cdno. apelación).

2) Por su parte, Ecopetrol SA solicitó la confirmación de la sentencia impugnada, porque no se satisfizo los requisitos de pago estipulados en la cláusula 4 del contrato no. 5206684; asimismo, el incumplimiento contractual se demostró con los múltiples requerimientos remitidos al Consorcio MK y a la Aseguradora Colseguros SA; por lo tanto, el daño reclamado no es antijurídico; finalmente, manifestó que Ecopetrol SA nunca aceptó la factura no. 0308 (fls. 390 a 394 cdno. apelación).

3) El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el presente asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) síntesis de la controversia y anuncio de la decisión, 2) hechos probados, 3) inepta demanda por indebida escogencia del medio de control de control incoado, 4) conclusión y, 5) condena en costas.

1. Síntesis de la controversia y anuncio de la decisión

Presentada la demanda de manera oportuna¹, se debe establecer si el medio de control de reparación directa es procedente para obtener el pago de la factura no. 0308 de febrero 20 de 2013 emitida por el Consorcio MK con cargo a Ecopetrol SA con ocasión del contrato no. 5206684 y que fue cedida en favor del “FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C”, administrado por la parte actora por valor de \$2.509.234.743.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda por estimar que la parte actora no demostró la antijuricidad del daño por el no pago de la factura no. 0308 de 20 de febrero de 2013 y, en su lugar, declarará de ofició la excepción de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control, porque, de conformidad con lo establecido en el artículo 140 CPACA, el medio de control de reparación directa no es procedente para obtener el pago del crédito contractual contenido en la factura no. 0308 de 20 de febrero de 2013, por lo cual Alianza Fiduciaria SA debió perseguir el pago de esa acreencia a través del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de esa codificación; sin embargo, la Sala se abstendrá de adecuar la presente controversia a dicho medio de control debido a que aquella no cuestionó la validez del acto de liquidación unilateral del contrato no. 5206684.

2. Hechos probados

En primer lugar, con fundamento en las reglas procesales la Sala otorgará valor probatorio a las copias simples de los documentos aportados al proceso porque no fueron cuestionadas por las partes, según reiterada jurisprudencia de esta Sección²;

En ese orden, la valoración del material probatorio le permite a la Sala tener por demostrados los siguientes hechos relevantes para adoptar la decisión:

¹ Según la demanda, el 14 de enero de 2014 la parte actora tuvo conocimiento efectivo del no pago de la factura no. 0308 de 20 febrero de 2013, como la demanda se presentó el 23 de enero de 2015 previo

agotamiento de la conciliación extrajudicial, se advierte que no se configuró la caducidad de la acción de reparación directa según lo previsto en el artículo 136-8 del CCA (fl. 19 vito. cdno.ppal. y 141 cdno. pruebas no. 2).

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, rad 25.022. MP Enrique Gil Botero.

1) Ecopetrol SA y el Consorcio MK celebraron el contrato no. 5206684 del 2 de diciembre de 2009 con el objeto de llevar a cabo *i)* trabajos de mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de hidrocarburos y sus derivados; *ii)* obras civiles, ambientales de estabilización geotecnia y conservación del derecho de vía de las líneas de transporte de hidrocarburos y sus derivados; *iii)* labores de

descontaminación y recolección de producto por actos dolosos; *iv)* labores de descontaminación y recolección de producto por operación incorrecta y falla de tubería; *v)* labores diferentes a manipulación de tubería para el retiro de válvulas, reparación de perforaciones y cortes, todos estos por actos ilícitos y, *vi)* otras actividades de apoyo y mantenimiento a bienes diferentes a tuberías, tanques y apoyo y mantenimiento a bienes diferentes a tuberías, tanques y bombas para transporte de hidrocarburos y sus derivados, para los sistemas de transporte del departamento de mantenimiento y operaciones sur de la gerencia de oleoductos de la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol SA durante las vigencias 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013. El Plazo de ejecución del contrato se pactó en 1.291 días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio o de la fecha que en ella se indicara; el valor del mismo se acordó en \$40.944.546.715, el cual debía ser cancelado por pagos mensuales vencidos, previa radicación de la factura correspondiente (fls. 60 a 80 cdno. de pruebas No. 2).

2) De acuerdo con la tabla de pagos que se estableció en el contrato, la anterior suma sería cancelada así:

Nro. Pago	Valor (en pesos colombianos)	Evento o fecha a partir de la cual contratista puede presentar factura
------------------	-------------------------------------	---

Pagos Parciales	Según avance de trabajo aprobado. Se estima en un 95% del valor del contrato	Pagos parciales mensuales de acuerdo al avance de obra ejecutada por el CONTRATISTA y aprobada por ECOPETROL . Los pagos parciales serán cancelados previa presentación, por parte del CONTRATISTA , de los siguientes documentos: - Acta de Avance de los trabajos suscrita conjuntamente entre el CONTRATISTA y el Gestor del Contrato , en la que este último debe certificar que se han cumplido los presupuestos de trabajos ejecutados para cada uno de los pagos.
		<ul style="list-style-type: none"> - Informe de las actividades ejecutadas durante el periodo de facturación. - Copia de las planillas mensuales de pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores del CONTRATISTA y sus subcontratistas, correspondientes al período de facturación. - Copia de los recibos de pago mensuales de los aportes efectuados por el CONTRATISTA y sus
		<p>subcontratistas (en caso de permitirse la subcontratación), al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, al Servicio Nacional de Aprendizaje – SEN, al Fondo Nacional de Formación de la Industria de la Construcción – FIC, y a las respectivas Cajas de Compensación Familiar.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constancia de pago de subcontratistas y proveedores de materiales, equipos y servicios según acuerdos con dichos proveedores y subcontratistas que deberá entregar el CONTRATISTA al gestor del contrato, al momento de su vinculación a la obra. - De cada pago se retendrá un cinco por ciento (5% a manera de retención en garantía.

Pago Final	Se estima en un 5% del Valordel Contrato	<p>Correspondiente al valor que resulte de la liquidación final, incluida la devolución de las sumas retenidas en garantía en cada pago parcial quincenal con sus respectivos rendimientos financieros, si a ello hubiere lugar, más cualquier otro saldo que existiere a favor del CONTRATISTA, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none">- Acta de Liquidación final debidamente suscrita porel CONTRATISTA, el Gestor del Contrato y/o el Liquidador designado por ECOPETROL.- Acta de terminación de los Trabajos a satisfacción de ECOPETROL, debidamente suscrita por ECOPETROL y/o el Gestor del Contrato y el CONTRATISTA.- Certificado de modificación a la garantía única de cumplimiento, en el cual se ajuste vigencia y valor del riesgo de estabilidad de la obra, en caso de ser necesario, según lo previsto en el Contrato. Dicho
------------	--	---

		<p>documento deberá contar con la aprobación del Gestor del Contrato y/o ECOPETROL.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Certificado de prórroga de la garantía única en el amparo de salarios y prestaciones sociales, al fuero necesario. Dicho certificado deberá contar con la aprobación del Gestor del Contrato y/o ECOPETROL. - Paz y salvos de todos los trabajadores (o de sus beneficiarios en caso de fallecimiento) del CONTRATISTA y de sus subcontratistas (en caso de permitirse la subcontratación), en los cuales se haga constar, que han recibido a satisfacción los salarios, prestaciones y sus indemnizaciones derivadas de sus contratos laborales. - Planillas en donde conste el pago de los aportes parafiscales a su cargo durante el periodo de las actividades objeto de cobro (Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales, Sena, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Cajas de Compensación Familiar y del Fondo Nacional de Formación de Industria de la Construcción – FIC. <p>Paz y salvos expedidos por los subcontratistas del CONTRATISTA, proveedores de materiales, equipos y servicios.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Certificaciones expedidas por las inspecciones de Trabajo o quien haga sus veces con jurisdicción en los sitios de los trabajos, en los cuales conste que contra el CONTRATISTA, sus subcontratistas o ECOPETROL, no cursan reclamaciones de carácter laboral por concepto de pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones laborales con motivo de la ejecución del contrato. - Comprobante de pago del Impuesto de timbre nacional con el valor final del Contrato, en caso de ser necesario. - Paz y salvos de pago de impuestos municipales.
--	--	---

3) El 25 de noviembre de 2010, la gestora técnico administrativa de Ecopetrol SA notificó irregularidades y sus consecuencias en la ejecución del contrato no 5206684 al Consorcio MK (fls. 149 a 151 cdno. ppal).

4) El 13 de abril de 2012 se celebró un acuerdo de vinculación al Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C Alianza para que el Fondo administrado por Alianza Fiduciaria SA efectuara operaciones de descuentos de facturas, títulos valores y

demás documentos de contenido crediticio del Consorcio MK (fls. 84 a 85 cdno. de pruebas no. 2).

5) El 19 de julio de 2012, los gestores técnico administrativos y jurídicos del contrato no. 5206684 requirieron al Consorcio MK para que se pongan al día en las obligaciones contractuales laborales (fls. 152 cdno. ppal.).

6) El Consorcio MK expidió la factura de venta no. 0308 del 20 de febrero de 2013 con vencimiento el 20 de marzo de esa misma anualidad por valor de \$2.509.234.743, la cual fue endosada a la Alianza Fiduciaria SA y se dejó constancia de que Ecopetrol SA no glosó ni rechazó la factura (fl. 87 cdno. de pruebas no. 2).

7) El 20 de febrero de 2013, el Consorcio MK y Alianza Fiduciaria SA celebraron el contrato de cesión de derechos económicos no. 20 de la factura no. 0308 e informaron a Ecopetrol el endoso de esa factura en favor de Alianza Fiduciara SA; en la cláusula tercera del contrato de cesión se estableció que el cedente se obliga a responder por la existencia y validez de los derechos económicos cedidos, igualmente, que en caso de que los estos fueran objeto de objeción, glosa o cualquier otra manifestación de no aceptación por parte del cedido, el cedente responderá por el valor que el cesionario hubiere pagado, más intereses (fls. 89 a 90 cdno de pruebas no. 2).

8) El 20 de febrero de 2013, el representante legal del Consorcio MK solicitó a Ecopetrol SA la factura original no. 0308 y le informó que había celebrado una operación de *factoring* con Alianza Fiduciaria SA como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C (fl. 88 cdno. de pruebas no. 2).

9) El 3 de mayo de 2013, Ecopetrol y el Consorcio MK celebraron el otro si no. 1 al contrato no. 5206684 para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y demás obligaciones contractuales, ampliaron la cláusula cuarta sobre forma de pago, con relación a que la totalidad de los saldos que a partir de la fecha de suscripción del presente documento que existían o llegarán a existir a la fecha en la Fiducia Mercantil serían cedidos a partir de la firma del documento, sin que ello constituyera novación del referido contrato (fls. 91 a 92 cdno. de pruebas No. 2).

10) El 24 de mayo de 2013 y el 23 de agosto de 2013, Ecopetrol SA negó la solicitud de Alianza Fiduciaria SA de desbloquear la factura no. 0308 con base en que el endoso de la factura no era válido según la Ley 1231 de 2008, toda vez que la factura en mención fue expedida el 20 de febrero de 2013 y Ecopetrol tenía 10 días calendario para manifestar su aceptación o rechazo, de manera que el 2 de marzo de 2013 el Consorcio MK podía válidamente endosarla, pero, en este caso, se endosó el mismo

día de la entrega de la factura a Ecopetrol; además, señaló que el Consorcio MK incumplió las obligaciones contractuales (fls. 154 y 158 cdno. ppal, 93 a 97 cdno. pruebas no. 2 y 6 cdno. pruebas no. 3).

11) El 21 de junio de 2013, el administrador del contrato no. 5206684 de Ecopetrol SA respondió la petición de 29 de mayo de 2013 presentada por la actora y negó la solicitud de desbloqueo de la factura No. 308 con fundamento en que Alianza Fiduciaria SA, en su condición de cesionaria solo podía reclamar el pago del crédito cedido una vez que el cedente cumpliera con todas las obligaciones contractuales para el pago de los créditos del contrato no. 5206684; asimismo, en relación el otrosí no.1, dijo que es aplicable a adicionales y demás otrosí que se llegaren a celebrar con el Consorcio MK, con el fin de proteger derechos legítimos de terceros (fl. 156 cdno. ppal, 106 a 108 cdno. de pruebas no. 2 y 7 a 8 cdno. pruebas no. 3).

12) Mediante oficios de 4 y 25 de julio de 2013, Ecopetrol SA le negó a la demandante la devolución de la factura original no. 0308 a Alianza Fiduciaria porque debía conservarla para soportar costos, deducciones e impuestos sujetos a descuento y dado a que la confirmación sobre el legítimo tenedor de la factura se dio antes de los 30 días para su vencimiento, la Coordinación de Cuentas por Pagar procedió a direccionar el pago a la cuenta bancaria del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia, de acuerdo con el parágrafo del artículo 2 de la ley 1231 de 2008. (fls. 157 y 221 cdno. ppal, 109 a 101 cdno. de pruebas no. 2 y 9 a 10 cdno. de pruebas no. 3).

13) El 20 de noviembre de 2013, Ecopetrol SA informó al Consorcio MK que reclamaría a la aseguradora el siniestro por el incumplimiento de las obligaciones contractuales del demandado respecto del contrato no. 5206684 (fls. 159 a 160 cdno. ppal).

El 29 de noviembre de 2013, Ecopetrol SA informó a la Aseguradora Colseguros SA y/o Allianz Seguros SA que efectuaba la reclamación de la garantía única de cumplimiento CEST 2162 y confirmó formalmente el siniestro por incumplimiento de obligaciones contractuales del Consorcio MK respecto del contrato no. 5206684, en cuanto a compromisos laborales, pago de liquidaciones, no pago a terceros y proveedores y, obligaciones de responsabilidad social (fls. 11 a 13 cdno. de pruebas no. 3).

14) El 26 de diciembre de 2013, Ecopetrol SA liquidó unilateralmente el contrato no. 5206684 y estableció que el Consorcio MK incumplió las obligaciones pactadas, razón por la cual Ecopetrol SA hizo efectiva la cláusula penal de apremio por pagos inoportunos de salarios, prestaciones sociales y seguridad social integral y

parafiscales, pagos de viáticos, pago de proveedores y no tenía insumos para ejecutar el contrato (fls. 162 a 175 cdno. ppal).

15) El 14 de enero de 2014, Ecopetrol SA le informó a Alianza Fiduciaria SA que el contrato 5206684 fue liquidado unilateralmente, toda vez que el Consorcio MK incumplió obligaciones laborales y comerciales con terceros, razón por la cual no le era exigible ningún valor de facturación derivado de la ejecución del contrato; por consiguiente las sumas que Ecopetrol SA debiese pagar solo podrían ser giradas y desembolsadas cuando el contratista allegara los paz y salvos correspondientes; asimismo, señaló que en caso de existir saldos suficientes podrían ser girados en favor de los cesionarios; finalmente, manifestó que la entidad demandada procedería con cargo a los recursos del contrato a pagar obligaciones laborales incumplidas por el Consorcio MK (fls. 112 a 113 cdno. de pruebas no. 2).

16) El 25 de marzo de 2014, el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá practicó un interrogatorio de parte con exhibición de documentos al representante legal de Ecopetrol SA, en la cual se aportó la factura original no. 0308 del 20 de febrero de 2014 con fecha de vencimiento 20-03-2013 por valor de \$2.509.234.743 y el oficio del 20 de febrero de 2013 donde se manifiesta que Alianza Fiduciaria SA como administrador del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia celebraron un contrato de *factoring*.

El interrogado manifestó, fundamentalmente, lo siguiente:

i) Es cierto que el 20 de febrero de 2013 el Consorcio MK había emitido y radicado en Ecopetrol SA la factura no. 0308 para un pago parcial de contrato, la cual tenía una

nota de endoso que no aplicaba para la fecha porque la factura no constituía un título valor.

ii) En esa misma fecha el Consorcio MK le solicitó a Ecopetrol la entrega de la factura original, le informó que esta había sido endosada a Alianza Fiduciaria SA, le instruyó para que fuese pagada al Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C Alianza y le manifestó que el Consorcio MK no negociaría la citada factura; desde entonces la factura 0308 ha permanecido en poder de Ecopetrol SA y Alianza Fiduciaria SA no ha sido tenedora de ese documento, pese a que en comunicación de 25 de julio de 2013 Ecopetrol SA le manifestó al Consorcio MK que se tendría al citado fondo como direccionado del pago de la factura 0308.

iii) El 14 de enero de 2014, Ecopetrol SA le informó a Alianza Fiduciaria SA que el contrato 5206684 fue liquidado unilateralmente por el incumplimiento del Consorcio MK frente a las obligaciones laborales y comerciales con terceros, por tanto, no era exigible ningún pago de facturación derivado de dicho contrato; asimismo, señaló que pese a que dicha entidad no era la tenedora legítima de la factura 0308, Ecopetrol le había reconocido la condición de cesionaria lo que implicaba que le eran exigibles las cargas que condicionan el pago de esa factura.

iv) Es cierto que en la factura 0308 hay una nota de endoso, pero, para su fecha de radicación, 20 de febrero de 2013, no había sido aceptada y por eso no era una factura cambiaria; aunque en el cuerpo de la factura 308 aparece un sello de recibido de 20 de marzo de 2013, no consta que fue radicada por Alianza Fiduciaria SA.

v) La nota de aceptado en el sello de radicación que aparece en la factura 0308, corresponde a aceptada para trámite, pues, la Ecopetrol SA disponía de 10 días para la aceptación de la factura, lo cual estaba sujeto a la verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

vi) Para el 1 de marzo de 2013, Ecopetrol SA no había recibido los bienes descritos en la factura 0308, por ello el contrato fue liquidado unilateralmente por incumplimiento de obligaciones del contratista, por lo cual esa factura no era exigible.(fls. 114 a 119 cdno. de pruebas no. 2).

17) Según informe rendido bajo la gravedad del juramento por parte del representante legal de Ecopetrol SA y por el Vicepresidente Jurídico de la empresa, la factura no. 0308 expedida por el Consorcio MK corresponde al pago parcial del contrato 5206684; por lo tanto, manifestó que una vez el contratista cumpliera con sus obligaciones contractuales, Ecopetrol SA procedería a realizar los pagos pendientes; de igual manera, señaló que la cesión de derechos económicos celebrada en favor de Alianza Fiduciaria SA implica su subrogación en todos los derechos del cedente y le son oponibles las excepciones que se le pueden oponer al Consorcio MK, por lo cual, debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, la actora no podía obtener el pago de la factura no. 308, incumplimiento que fue reclamado el día 11 de junio de 2013 por cuanto Ecopetrol dio noticia del siniestro de incumplimiento del contratista a Allianz Seguros S.A. (fls. 206 a 207 y 209 a 201 cdno. ppal).

18) El testigo Francisco Javier Carvajal León declaró, en síntesis, que:

i) Para la época de los hechos era el jefe del Departamento de Operaciones y Mantenimiento Sur, fungía como administrador del contrato no. 5206684 y evidenció

los incumplimientos del Consorcio MK ocurridos en los meses de noviembre y diciembre de 2010 y enero a marzo de 2013, pues le correspondía validar el cumplimiento de los requisitos contractuales para el pago de la factura 0308.

ii) La factura no. 0308 aún no se ha pagado porque el contratista hasta la fecha de la audiencia no ha demostrado cumplir con el pago de trabajadores, parafiscales y proveedores o subcontratistas conforme lo dispuesto en la cláusula 4 del referido contrato, obligación que tampoco cumplió en otros contratos suscritos con Ecopetrol SA.

iii) La decisión de no autorizar el pago de dicha factura le correspondió al administrador del contrato;

iv) El procedimiento interno para realizar el pago de las obras ejecutadas en virtud del citado contrato consistía en: a) la emisión de una orden de trabajo, b) la realización de la obra, c) la verificación de la cantidad y calidad de la misma, d) la emisión de unas actas parciales para que el contratista generara la factura correspondiente y, e) luego de comprobar el cumplimiento de la cláusula 4 se efectuaba el pago de la factura respectiva, previa revisión de un contratista de gestoría.

v) Los requisitos de pago previstos en la cláusula 4 del contrato no. 5306684 exigían que el contratista demostrara el pago de salarios, horas extras, viáticos, parafiscales y acuerdos o recibos de pago de sus proveedores o subcontratistas.

vi) El incumplimiento del contrato respecto de esos pagos se evidenció desde noviembre de 2012, por ello no se realizó el pago de la factura 0308.

vii) A finales del mes abril el contratista señaló que no podía cumplir con esas obligaciones de pago, por lo cual solicitó a Ecopetrol SA que con el dinero de retención en garantía se efectuaran los pagos de trabajadores y proveedores para tener flujo de caja.

viii) El contrato no. 5306684 se firmó en diciembre de 2009 y tres meses después el Consorcio MK solicitó a Ecopetrol SA la aprobación de la cesión de la totalidad de los derechos económicos en favor de la Fiduciaria Bancolombia, lo cual fue aceptado y evidenciaba que el contratista no tenía el flujo de caja para cumplir con el contrato.

ix) A través de un derecho de petición presentado por Alianza Fiduciaria SA tuvo conocimiento de la cesión de la factura 0308 en favor de esa entidad, cuando se realizó la cesión también había una nota de endoso.

x) Los derechos de petición pusieron en alerta a Ecopetrol SA sobre el incumplimiento del contrato por parte del contratista y los consorciados se encuentran en proceso de reorganización en la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que evidencia que le ha incumplido a sus trabajadores y proveedores.

xi) Antes de la finalización del contrato no. 5306684, Ecopetrol le informó en forma detallada a la aseguradora de los incumplimientos del contratista, posteriormente, el nuevo liquidador del contrato realizó un incidente ante la aseguradora.

xii) En derechos de petición los proveedores de vehículos al contratista se referían al impago de sus obligaciones por parte de este; los trabajadores del contratista se pronunciaron en el mismo sentido.

xiii) Frente al incumplimiento mencionado, Ecopetrol SA, además se abstiene de pagar la citada factura, envió múltiples comunicaciones al contratista, aplicó la multa y liquidó unilateralmente el contrato porque no hubo acuerdo para el efecto.

xiv) Alianza Fiduciaria no hizo ningún acercamiento con Ecopetrol para conocer la situación del referido contrato (fl. 227 cdno. ppal.).

19) La testigo Sandra Patricia Lara Ospina declaró, en resumen, que *i)* trabaja en Alianza Fiduciaria y era la gerente del Fondo C*C; *ii)* Alianza Fiduciaria vinculó en su momento al Consorcio MK para hacer unas operaciones de endoso de facturas para adquirirlas a través del Fondo de Inversión C*C e hicieron descuento de facturas a cargo de Ecopetrol que en su momento fueron pagadas con excepción de la factura no. 0308, dado que Ecopetrol les informó que tuvieron problemas con el Consorcio MK, pero fue un hecho posterior a la adquisición de la factura; *iii)* Ecopetrol con anterioridad nunca había dejado de pagar facturas; *iv)* Ecopetrol nunca citó o notificó a Alianza Fiduciaria sobre modificación o liquidación del contrato no. 5306684; *vi)* la aceptación de las facturas por parte de Ecopetrol se realizaba con la expedición del acta respectiva por parte del interventor y con la emisión de la factura que eran incluidas en el SAP de esa entidad; *vii)* Ecopetrol reconoció que el Fondo de Permanencia era el tenedor de la factura y por ello la Coordinación de Cuentas por Pagar procedió a direccionar el pago a la cuenta bancaria del citado fondo; *viii)* Ecopetrol nunca glosó la factura no. 0308 y, *ix)* reconoce el contrato de cesión de la factura 0308 (fl. 219 cdno. ppal).

20) La deponente Yoana Marcela Ariza declaró, en síntesis, *i)* trabaja en la empresa “Factor Dinero”; *ii)* el Consorcio MK era cliente de la empresa para el pago de facturas;

iii) Ecopetrol SA aceptó la factura no. 0308 de acuerdo al procedimiento establecido, pero, sorpresivamente, dicha entidad mencionó que no efectuaría el pago de la misma; *iv)* anteriormente había laborado en Alianza Fiduciaria entre enero 2012 hasta mayo de 2014; *v)* los propietarios de los dineros del Fondo Abierto de Permanencia C*C eran terceros, el cual descuenta títulos valores etc; *vi)* dicho fondo hacía descuento de facturas con Ecopetrol SA; *vii)* el procedimiento para el descuento de facturas con Ecopetrol consistía en lo siguiente: a) el proveedor le informaba que estaba interesado en descontar o endosar la factura para que dicha entidad la entregara, b) la factura previamente se endosaba y se notificaba a Ecopetrol SA, c) una vez aparecía la factura en el SAP de dicha entidad, se entendía que estaban aceptadas y se realizaría su pago al mencionado fondo, d) para el pago Ecopetrol SA exigía que se radicara la factura original; *viii)* el SAP es un sistema que utiliza Ecopetrol SA para sus proveedores donde aparecen las facturas contabilizadas, el valor, fecha de pago y el respectivo; *ix)* Ecopetrol SA no hizo ninguna glosa frente a la factura no. 0308; *x)* Ecopetrol nunca citó o notificó a Alianza Fiduciaria sobre modificación, cambios o liquidación del contrato no. 5306684; *xi)* Ecopetrol SA nunca había rehusado el pago de facturas al mencionado Fondo C*C con fundamento en el incumplimiento de obligaciones contractuales; *xii)* se entendía que la factura era aceptada por Ecopetrol SA cuando aparecía en el SAP y se establecía el beneficiario; *xiii)* Ecopetrol si le manifestó al Fondo que efectuaría el pago; *xiv)* el procedimiento de pago estaba publicado en la página de Ecopetrol SA y, *xv)* le consta que la factura no. 0308 fue endosada (fl. 219 cdno. ppal).

3. Ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control

1) La parte actora persigue que se declare la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por omitir el pago de la factura de venta no. 0308 de 20 de febrero de 2013 que le fue cedida por el Consorcio MK, quien la emitió con cargo a Ecopetrol SA dentro del contrato no. 5206684.

2) La entidad demandada sostiene que no efectuó el pago de dicha factura a la parte actora porque el cedente -Consorcio MK- no cumplió con sus obligaciones contractuales, razón por la cual en virtud del contrato de cesión del referido crédito al cesionario también le eran exigibles el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por dicho consorcio.

3) La parte demandante en el recurso de apelación sostiene, en síntesis, que el Consorcio MK no incumplió con lo pactado en el mencionado contrato en lo atinente al pago de las obligaciones laborales y comerciales adquiridas con terceros por cuanto

la entidad demandada hizo efectiva la garantía única de cumplimiento del contrato para cubrir esas obligaciones.

4) De acuerdo con los hechos probados descritos anteriormente, la Sala evidencia que entre la parte demandante y el Consorcio MK se celebró un contrato de cesión de los derechos económicos de la factura no. 0308; en la cláusula tercera se pactó que el cedente se obliga a responder por la existencia y validez de los derechos económicos cedidos, igualmente, que en caso de que estos fuesen objeto de objeción, glosa o cualquier otra manifestación de no aceptación por parte del cedido, el cedente respondería por el valor que el cesionario hubiere pagado, más intereses; finalmente, se estableció que se informó a Ecopetrol del endoso de esa factura en favor de Alianza Fiduciaria SA.

En efecto, para mayor abundamiento, en la cláusula tercera de dicho de contrato cesión celebrado entre las partes, a título oneroso, se expresa inequívocamente lo siguiente:

*“**EL CEDENTE** se obliga a responder por la existencia y validez de los derechos económicos cedidos, y en caso de que los mismos fueren objeto de objeción, glosa o cualquier otra manifestación de no aceptación, por parte del cedido, **EL CEDENTE** responderá por el valor que **EL CESIONARIO** hubiere pagado, más intereses”*

5) El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, prescribe:

*“**REPARACIÓN DIRECTA.** En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

*En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.
(negrillas y mayúsculas sostenidas del original).*

6) La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar que “(...) la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la

controversia y esta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional³; por tanto, las normas que regulan las condiciones para el ejercicio de cada medio de control no están al arbitrio de la escogencia del interesado, pues, se trata de normas de orden público y de imperativo cumplimiento.

En ese orden de ideas, la Subsección considera que el medio de control de reparación directa no resulta idóneo en este caso para que la entidad demandante le reclame a Ecopetrol SA el pago de la factura no. 0308 de 20 de febrero de 2013, pues, sin hesitación alguna, este evento no se enmarca en ninguno de los presupuestos previstos por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación para obtener el reconocimiento de un derecho económico cedido a la parte actora a título oneroso; admitir lo contrario significa, ni más ni menos, desnaturalizar indebidamente los cauces procesales establecidos por el ordenamiento jurídico para perseguir ante esta jurisdicción la reparación del daño antijurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 superior.

7) En virtud de lo dispuesto en el artículo 1669 del Código Civil⁴ la cesión de los derechos económicos que efectuó el Consorcio MK en favor de la entidad demandante contenidos en la factura no. 0308 que emitió con cargo a Ecopetrol SA dentro del contrato no. 5206684, solo podían reclamarse en este caso a través del medio de control de controversias contractuales prevista en el artículo 141 CPACA, toda vez que esa cesión implicó la transmisión de una acreencia de naturaleza contractual en beneficio de Alianza Fiduciaria SA, la cual no muta ni se altera por razón de la cesión del crédito, pues, el cesionario se subroga en todos los derechos y acciones que le corresponden al cedente para los fines legales pertinentes.

8) Ahora bien, pese a que en el presente proceso quedó demostrado que la parte actora no interpuso el medio de control de controversias contractuales sino el de reparación directa para lograr el pago del mencionado crédito, tampoco es posible para la Sala adecuar en esta oportunidad la controversia al mencionado medio de control y pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011. exp. 26.758. Así mismo, ver, entre otras, las sentencias de 7 de junio de 2007, exp. 16.474; del 19 de julio de 2007. exp. 30.905; del 31 de agosto de 2005. exp. 29.511.

⁴ *“ARTICULO 1669. SUBROGACION CONVENCIONAL. 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”.*

demandada no cuestionó el acta de liquidación unilateral del referido contrato donde se alude a la cesión de los derechos económicos contenidos en la factura no. 0308 de 20 de febrero de 2013 y se plasmaron los incumplimientos contractuales del Consorcio MK.

9) Sin perjuicio de lo dicho, se advierte que la parte actora bien podía haber iniciado el proceso declarativo correspondiente frente al citado consorcio en virtud de lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato de cesión de la mencionada factura de 20 de febrero de 2013.

10) Por consiguiente, la Sala declarará de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y se inhibirá de adoptar un pronunciamiento de fondo para resolver el presente litigio.

4. Conclusión

No prospera el recurso propuesto por la parte actora por cuanto se demostró que el medio de control de reparación directa propuesto por la entidad demandante no es procedente para obtener el pago de la factura 0308 de 20 de febrero de 2013, sino que, dicha acreencia debió reclamarse a través del medio de control de controversias contractuales, la cual no pudo adecuarse en este proceso para resolver de fondo la controversia porque la parte actora omitió cuestionar el acta de liquidación unilateral del contrato no. 5206684; por consiguiente, se revocará la sentencia de 17 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección B que denegó las súplicas de la demanda, para en su lugar, declarar de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control y, finalmente, se condenara en costas en esta instancia a la parte demandante.

5. Condena en costas

Según lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437, salvo en los procesos en se ventile un interés público se condenará en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil. En esta línea el artículo 365 del Código General del Proceso consagra que se condenará en costas *“a la parte vencida en el proceso (...) cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

En este caso, la parte vencida es la parte demandante, por consiguiente, se la

condenará a pagar las costas por concepto de gastos y expensas en esta instancia, en la medida de su comprobación, las cuales serán liquidadas por el tribunal de origen en forma concentrada según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

De otra parte, respecto de las agencias en derecho el numeral 4 del artículo 366 del CGP dispone que para su liquidación debe tenerse en cuenta *“la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”*, es claro que la parte vencedora fue representada por apoderado en ambas instancias; por lo tanto, la parte actora pagará en favor de la entidad demandada agencias en derecho en esta instancia, las cuales se fijaran en seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a esta fecha de conformidad con lo establecido en el artículo 6 numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Revócase la sentencia de 17 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección B que negó las pretensiones de la demanda la cual queda así:

2º) Declárase de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control y, en consecuencia, **inhibese** de pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones de la parte demandante.

3º) Condénase en costas por concepto de expensas y gastos en esta instancia a la parte demandante, las cuales deberán liquidarse por la primera instancia de forma concentrada en caso de haberse causado.

4º) Fíjanse por concepto de agencias en derecho en segunda instancia en favor de la parte demandada, la suma de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia a cargo de la parte actora.

5º) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección
Salva voto
(Firmado electrónicamente)

FREDDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
Aclara voto
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.