

 Cerrar
  Imprimir
  Verificar Anexos

 INVIAS INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	MEMORANDO No DO-GGP 71102	Fecha 24/09/2021 DD/MM/AAAA
---	--	--

No. Radicación Interna	1623330
-------------------------------	---------

Los campos marcados con ■ son requeridos

Información de Asignación

■ Para	DIRECCIÓN OPERATIVA
	JUAN ESTEBAN ROMERO TORO
De	DIANA KARINA ANGARITA CASTRO
De Dependencia	GERENCIA GRANDES PROYECTOS
Copia a	
Asignación de la Copia:	
Asignado a:	JUAN ESTEBAN ROMERO TORO

Información del Documento

■ Referencia	Respuesta del Memorando Individual No. DO 70949 23/09/2021
---------------------	--

Anexos

■ Anexo	3. Acta de Reunión Orinoquía.pdf
----------------	--

■ Contenido

Estimado Ingeniero Juan Esteban, En atención al requerimiento realizado mediante Memorando No. DO 70949 del 23 de septiembre del 2021, la Gerencia de Grandes Proyectos, remite pronunciamiento al mismo en los siguientes términos: 1. Se anexa documento denominado "3. Acta de Reunión Orinoquía". 2. Se anexa documento denominado "CONTRATO PRIVADO DE CESIÓN Firmado VICHADA72". 3. La Gerencia de Grandes Proyectos, de acuerdo con la solicitud de la Cesión realizada por el CONSORCIO MECO ORINOQUÍA en fecha del 1 de septiembre, y alcance del 21 de septiembre del 2021, se pronuncia en los siguientes términos: CONCEPTO JURÍDICO DE LA UNIDAD EJECUTORA RESPECTO DE LA VIABILIDAD DE LA CESIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL CONSORCIO. Conviene subrayar que para emitir viabilidad por parte de esta Unidad Ejecutora relacionada con la cesión del Contrato de Obra Pública No. 974 del 2021, el cual tiene por objeto contractual "MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO, GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL Y
--

AMBIENTAL SOSTENIBLE DE LA CONEXIÓN PACÍFICO – ORINOQUÍA SECTOR PUENTE ARIMENA – VIENTO – SANTA CECILIA (PUENTE ARIMENA – VIENTO; JURIEPE – PUERTO CARREÑO), EN LOS DEPARTAMENTOS DE META Y VICHADA, EN MARCO DE LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA, MEDIANTE EL PROGRAMA DE OBRA PÚBLICA "VÍAS PARA LA LEGALIDAD Y LA REACTIVACIÓN VISIÓN 2030". MÓDULO 4.", se hace necesario poner de presente el siguiente contexto:

Por mandato expreso del Estatuto de la Contratación – Ley 80 de 1993-, los contratos que se celebren con las entidades estatales se rigen por las normas comerciales y civiles salvo en aquello que de forma expresa se regule en la mentada normatividad.

En este orden de ideas, en algunos apartes de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la cesión de la posición contractual, planteó lo siguiente *"Los contratos estatales son intuitu personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante."* De lo que subyace ineludiblemente, que no fue desarrollada *in extenso*, sino que por el contrario, para proceder a entender la misma, debe echarse mano, de las otras normas del Ordenamiento jurídico tal y como lo dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que entre otros dispone: **"Artículo 13. De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones **comerciales y civiles pertinentes**, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...) Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. (...) Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera." (Énfasis en texto original), siempre y cuando no contradigan la naturaleza del negocio jurídico celebrado.

El Código de Comercio aborda la *"posición de la cesión contractual"* o comúnmente se conoce como cesión de los contratos desde el artículo 887 hasta el 896 y concordantes, y la define así: *"En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución"*.

Si bien lo indicado, hace referencia un negocio de naturaleza privada, es decir, celebrado entre particulares, ello no dista que por mandato de la integración normativa prevista en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pueda ser aplicado a la Contratación Estatal, observándose por supuesto, el mandato bajo el cual, para que la misma nazca a la vida jurídica, debe mediar autorización expresa y escrita por parte de la Entidad Contratante, teniendo en cuenta que el negocio jurídico contiene obligaciones relacionadas con los fines de la contratación estatal establecidos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993; así como la satisfacción de los servicios públicos a cargo y de conformidad con el objeto misional de la entidad.

Sobre lo reseñado, el Consejo de Estado en sentencia del 10 de septiembre del 2014 bajo radicado No. 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875) y con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dispuso:

"(...) Del artículo 887 del Código de Comercio se desprende que la cesión de la posición contractual es un contrato en virtud del cual una de las partes de un determinado contrato, ya sea de ejecución sucesiva o instantánea, transfiere a un tercero, total o parcialmente, los derechos y las obligaciones derivados de una relación contractual."

Se denomina cedente al sujeto que cede o transfiere en todo o en parte los derechos y las obligaciones derivadas de la relación contractual, cesionario a quién sustituye al cedente en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y contratante cedido al otro contratante que sigue siendo parte de la relación contractual cedida y que no lo es de la cesión.

Ahora, si bien el contrato de cesión produce efectos jurídicos entre el cedente y el cesionario desde el mismo momento de su celebración, frente al contratante cedido y a los terceros sólo los produce a partir de la notificación o aceptación de la cesión.

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

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

Reconociendo y aplicando el panorama jurídico antes descrito, el Contrato de Obra Pública 974 de 2021, celebrado entre INVIAS y el CONSORCIO MECO ORINOQUÍA reconoció tal posibilidad, y la consagró de la siguiente forma:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: CESIÓN Y SUBCONTRATOS. – EL CONTRATISTA no podrá ceder los derechos y obligaciones emanados del Contrato, sin el consentimiento previo y expreso del INSTITUTO, pudiendo este reservarse las razones que tenga para negar la cesión. La cesión se efectuará de conformidad con lo establecido en el artículo 893 del Código de Comercio en concordancia con las demás disposiciones vigentes sobre la materia. EL CONTRATISTA sólo podrá subcontratar con la autorización previa y expresa del INSTITUTO. (...)".

En concordancia con la posibilidad de cesión dispuesta en el Contrato, el Manual de Contratación del INVIAS, en el numeral 25.4 CESIÓN DEL CONTRATO dispone que:

*"(...) Es responsabilidad del jefe de la dependencia solicitante el trámite de las cesiones y por tanto, será él quien verifique las condiciones de su viabilidad, **entendiéndose que sólo circunstancias excepcionales o sobrevinientes y de imposible resistencia para el contratista determinan la procedencia de la cesión.***

*El contratista deberá solicitar por escrito la Cesión del Contrato a la Unidad Ejecutora **precisando las razones por las cuales pretende ceder el mismo** con el fin que sea ésta última quien rinda su concepto técnico y jurídico respecto a su viabilidad o no, constatando que con dicha cesión no resulten vulnerados el principio de selección objetiva y el carácter de intuitu personae de los contratos estatales, concepto que deberá ser aprobado a su vez por la Dirección Técnica o la Dirección Operativa o la Secretaría General, según el caso."* (Énfasis en texto original).

En el contexto descrito, la posibilidad de cesión del contrato se erige como una facultad del contratista, que en todo caso debe ser avalada y aprobada por la Entidad, la cual ineludiblemente se encuentra sujeta, al cumplimiento de los requisitos legales y del pliego de condiciones dispuesto para cada proceso de selección adelantado que dieron origen a cada contrato en particular.

Adicionalmente, la posibilidad de cesión obedece a situaciones que ponen de manifiesto la imposibilidad de seguir ejecutando el contrato, o en su defecto, la suspensión de la prestación de un servicio público.

En el caso concreto, el CONSORCIO MECO ORINOQUÍA, presentó solicitud de cesión del Contrato de Obra Pública No. 974 del 2021, aludiendo *"Con el fin de solventar factores o contingencias que puedan afectar que el desarrollo del objeto del contrato de obra se cumpla, y como medida eficiente en procura de garantizar la ejecución de las obras contratadas y de esta manera lograr la satisfacción de los intereses de la entidad y los fines por ella perseguidos (...)"*.

En consecuencia, la Gerencia de Grandes Proyectos, en utilización de la principalística jurídica y fines que rigen la Contratación Estatal, pone de presente el principio de prevención, sobre el que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto radicado No.11001-03-06-000-2015-00129-00 del 27 de agosto del 2015, desarrolló así:

"(...) en virtud del principio de responsabilidad las actuaciones de los servidores públicos en la contratación estatal están presididas por las "reglas sobre administración de bienes ajenos" de acuerdo con el artículo 24, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, lo que comprende no sólo una forma de actuar, sino que obliga a tomar en cuenta otras circunstancias, como las medidas de prevención y el riesgo sospechado.

El señalado deber de actuar en un grado calificado de prudencia que se desprende del principio de precaución se relaciona con uno de los principios rectores de la función administrativa como es el de eficacia que encuentra sustento constitucional, entre otros, en los artículos 2 y 209 de la Carta."

Lo anterior y en consonancia con la advertencia realizada por el Contratista de Obra en cuestión, con fundamento en la existencia de *"factores o contingencias que puedan afectar que el desarrollo del objeto del contrato de obra se cumpla, y como medida eficiente en procura de garantizar la ejecución de las obras contratadas y de esta manera lograr la satisfacción de los intereses de la entidad y los fines por ella perseguidos"*, la aplicación del principio de prevención, junto con los principios de precaución y daño antijurídico, cumplen con los requisitos de necesidad y pertinencia de cara a la salvaguarda de los recursos públicos, la prevalencia del interés general y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del Estado.

Esta Coordinación al momento de evaluar la petición del contratista, puede inferir la existencia de un riesgo y/o probabilidad de que el mismo, según su dicho, no pueda seguir con la ejecución del contrato en los términos acordados, lo que fundamenta la solicitud elevada, y constituye el punto de preocupación para la Entidad, de evaluar y viabilizar la cesión del contrato planteada.

Así las cosas y a la luz de los principios antes mencionados, el INSTITUTO logra deducir qu

el contratista puede conocer anticipadamente de un posible riesgo que afecte el desarrollo normal del contrato citado en referencia; y alerta de tal situación a la Entidad, para que se tomen las medidas adecuadas para evitar la vulneración de intereses protegidos por el Ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el principio de selección objetiva tratándose de una "*cesión de la posición contractual*" impone a la Entidad unas cargas adicionales, por lo que esta Gerencia se permite informar que en cuanto a la propuesta de "...*CESIÓN DEL CONTRATO DE OBRA No. 974 del 2021...*", la misma resulta viable, ya que al tenor del Numeral 25.4 del Manual de Contratación del INVIAS, constituye una "*circunstancia excepcional*" que torna en procedente la cesión.

En los anteriores términos damos respuesta al requerimiento indicado.

Atenta a sus comentarios.

Nota. Por el peso de los archivos, la plataforma SICOR no permite su cargue, por lo anterior se remitirán los mismos, mediante correo electrónico.

DIANA KARINA ANGARITA CASTRO

Coordinadora de la Gerencia de Grandes Proyectos.



Documento Origen

[Documento Origen No. DO 70949](#)

► [Historia del documento](#)