MEMORANDO

PARA: Dra. **JULIANA SANCHEZ ACUÑA** Directora Jurídica - Instituto Nacional de Vías – INVIAS

DE: Enrique José Arboleda Perdomo – Asesor

FECHA: Abril 20 de 2022

REFERENCIA: Contrato de prestación de servicios No. 906 de 2022

ASUNTO: Concepto jurídico sobre la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS en el contrato No. 1006 de 2021.

I. Documentación analizada

El concepto jurídico que emitimos en este documento se basa en la información suministrada por la Dra. Juliana Sánchez y por los funcionarios del INVÍAS en la reunión sostenida el día de hoy en las oficinas de la entidad, y los siguientes documentos:

i. Resolución 02013 de 13 de agosto de 2021 por la cual se confirma la caducidad del contrato de Aporte No. 1043 de 2020 con la UNIÓN TEMPORAL CENTROS POBLADOS COLOMBIA 2020 y el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de este Ministerio.
ii. Auto que decreta medidas cautelares de urgencia, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 13 de septiembre de 2021.
iii. Auto del 28 de marzo de 2022 que levanta provisionalmente por 10 días la suspensión de los contratos.
iv. Acuerdo consorcial entre las partes del contrato 1006 del 2021.
v. Oficio del 12 de abril de 2022, radicado por el consorcio solicitando que se adelante la cesión.

II. Situación planteada

Plantea la Sra. Directora Jurídica en su solicitud de concepto que “Dada la declaratoria de caducidad declarada por el MinTic sobre Centros Poblados, se generó una inhabilidad sobreviniente que recayó en uno de los consorciados (ICM) que hacen parte del Contratista en el Contrato No. 1006 de 2021 (en adelante el “Contrato”). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca expidió Auto en el 2021, en el cual ordenó la suspensión de dichos contratos como consecuencia de una medida cautelar solicitada por la Procuraduría General de la Nación dentro de una acción popular. En el presente mes de abril, el Tribunal levantó dicha medida cautelar por el término de diez (10) días hábiles, con

el fin de que se terminaran los trámites de cesiones contractuales. Para el aludido Contrato, específicamente, no se trata de su cesión, sino que nos ocupa la cesión de la posición contractual de un miembro del consorcio, porque la voluntad manifestada de los otros dos miembros es continuar con la ejecución del contrato de obra. Los documentos presentados ante el INVIAS para llevar a cabo esta cesión no tienen la firma del miembro cedente, pero sí la del representante legal del consorcio."

Del párrafo transcrito se desprenden estos hechos:

i. La sociedad ICM INGENIEROS SAS es miembro del Consorcio San Sebastián 064, que suscribió con INVÍAS el contrato 1006 de 2021.
ii. La sociedad ICM INGENIEROS SAS está inhabilitada para contratar y para seguir ejecutando contratos estatales a partir de la ejecutoria de la resolución que declaró la caducidad del contrato de aporte 1043 de 2020 por ser miembro de la UNIÓN TEMPORAL CENTROS POBLADOS COLOMBIA.
iii. INVÍAS no puede seguir ejecutando el contrato 1006 de 2021, pues ICM INGENIEROS SAS está inhabilitado y es miembro del consorcio contratista.
iv. ICM INGENIEROS SAS no le ha manifestado a INVÍAS su decisión de ceder su posición contractual de miembro del Consorcio San Sebastián 064, y según afirma el representante legal de este consorcio en carta del 12 de abril de 2022, "el 26 de agosto de 2021, el Consorcio remitió el oficio CSS064-OPCL-062-2021, en donde reiteró lo establecido el 25 de agosto de 2021 mediante el oficio CSS064-OP-CL060-21, es decir nuevamente se le solicitó a ICM INGENIEROS SAS hacer la Cesión de la Posición Contractual, toda vez que la inhabilidad que recayó sobre sí, podría intervenir con la ejecución del contrato."
v. Los otros miembros del Consorcio y el mismo Consorcio en tanto contratista le han solicitado a INVÍAS que se autorice la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS a dos firmas constructoras presentadas por ellos, en vista de la negativa de ICM a ceder su pertenencia al consorcio, solicitud reiterada en la carta del 12 de abril de 2022.
vi. En este momento pesa sobre la ejecución del contrato 1006 de 2021 una "suspensión" decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual fue "levantada provisionalmente" para que INVÍAS pudiera realizar la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS.

Ante esta situación, se le plantea a INVÍAS la necesidad de dilucidar si debe dar por terminado el contrato 1006 de 2021 pues uno de los miembros del consorcio contratista está inhabilitado, o si puede autorizar la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS solicitada por representante legal del Consorcio contratista y los otros miembros del consorcio.

Con el fin de definir esta cuestión, plantea la consulta las siguientes preguntas:

1. De acuerdo con los antecedentes y la reunión sostenida el día de hoy, ¿cuál es la norma e hipótesis que debe aplicarse al caso particular y concreto?

2. Cuál es la consecuencia si el miembro inhabilitado no cumple la orden legal e imperativa de ceder, consagrada en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993?

3. Tiene facultad el representante convencional del consorcio para ceder la posición contractual del miembro inhabilitado, sin su anuencia?

4. Tienen la potestad los demás miembros del consorcio para ceder la posición contractual del miembro inhabilitado, o recomponer la conformación del consorcio, sin su anuencia?

5. Ante la falta de voluntad del miembro inhabilitado para ceder, puede la entidad estatal contratante acudir a la terminación y liquidación unilateral del contrato?

6. En caso negativo y de no manifestar la voluntad de ceder el miembro inhabilitado, podría entenderse que este renuncia, en su participación contractual, a la ejecución del mismo? Esto, en interpretación armónica con el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993.

7. Puede la entidad estatal autorizar la cesión o la reconformación del consorcio sin la manifestación de la voluntad del miembro inhabilitado; con la firma del representante convencional de dicho consorcio en la solicitud de autorización de la cesión.

8. Para efectos de materializar contractualmente la autorización de la cesión, qué documentos se requieren para continuar con la ejecución del contrato de obra, teniendo en cuenta la nueva reconformación del consorcio?

Pasamos a realizar el análisis jurídico para concluir con las respuestas a las preguntas formuladas.

III. Análisis jurídico

Como punto de partida de este análisis debemos entender que la inhabilidad para realizar determinada actividad consiste en la prohibición legal de ejecutar dicha actividad. Es común en la jurisprudencia de la Corte Constitucional encontrar que para definir la inhabilidad se refiera a ella como una prohibición.

El efecto jurídico de actuar en contra de cualquier prohibición es el de la nulidad absoluta de los actos celebrados o ejecutados, como bien los expresa en materia de contratación pública el numeral 1 del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

La inhabilidad puede darse en una persona antes de realizar determinada actuación, o una vez iniciada y por lo mismo se le denomina sobreviniente, lo que significa en este último caso que lo realizado antes de estar inhabilitado es válido, pero no puede seguir ejecutando la actividad prohibida so pena de la nulidad de lo actuado y demás sanciones legales y penales.

En materia de contratación pública, la ley 80 de 1993 regula la forma de actuar cuando en cabeza de un contratista o de un miembro de un consorcio o de una unión temporal recae una inhabilidad sobreviniente para ejecutar contratos estatales, ordenando la cesión del contrato cuando el inhabilitado es el contratista, o la posición jurídica de miembro del consorcio o unión temporal cuando recae sobre éste. Estas cesiones deben ser autorizadas por la entidad pública contratante, pues el contrato estatal es "intuito personae".

Esta regulación busca preservar el contrato ya suscrito y en ejecución, pues se sustituye al contratista inicial o al miembro del consorcio o unión temporal, y al mismo tiempo se cumple con la prohibición propia de la inhabilidad.

Ahora bien, qué sucede si no hay cesión? En el primer caso, es decir cuando el inhabilitado es el contratista, dice al artículo 9 de la citada ley que "si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución". Esto significa entonces que el contrato termina y procede su liquidación.

En el segundo caso, esto es cuando el inhábil no es el contratista sino uno de los miembros del consorcio o la unión temporal, en caso de que se niegue a ceder su calidad, el tercer inciso del artículo 9 de la ley 80 de 1993 nada dispone al respecto, de suerte que se podría producir la siguiente situación absurda: no se puede continuar con la ejecución del contrato pues está prohibida, y tampoco se puede cambiar el miembro del consorcio o unión temporal porque no ofreció ceder su posición dentro del grupo empresarial. El inciso citado no contempla en forma expresa la terminación del contrato ni la posibilidad de ordenar la cesión en forma unilateral.

El art 8 de la ley 153 de 1887 ordena acudir a las leyes que "regulen casos similares" o a las "reglas generales de derecho" cuando no haya norma expresamente aplicable, y sea necesario dirimir una situación en la cual el legislador no haya previsto expresamente una solución.

En la reunión sostenida en la mañana de hoy, se discutieron tres posibles soluciones:

(i) Aplicar el primer inciso del artículo 9 de la ley 80 de 1993 que regula la cesión de contratos por inhabilidades sobrevinientes del contratista, según la cual cuando no sea posible la cesión el contratista deberá renunciar a su ejecución, lo que conllevaría a la terminación del contrato,

(ii) Con base en el mismo inciso, entender que hay una renuncia únicamente de ICM INGENIEROS SAS a pertenecer al Consorcio San Sebastián 064 lo que abriría la puerta a la cesión a las firmas constructoras propuestas por los demás miembros del Consorcio, y,

(iii) Con base en el principio de conservación del contrato, que permea la ley 80 de 1993, que INVÍAS autorice la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS propuesta por el Consorcio San Sebastián 064 y sus demás miembros.

En concepto del suscrito, la solución debía ser la última de las propuestas, la cual, después de un largo debate entre los asistentes a la reunión, se aceptó. Los sustentos legales de esta solución los sintetizamos en la siguiente forma.

En primer término, hay que constatar que se trata de ceder la posición contractual de un miembro del consorcio, lo que constituye un negocio privado entre todos los miembros, frente a lo cual INVÍAS sólo tiene la competencia para autorizar o negar la cesión, de conformidad con los requisitos exigidos por el pliego de condiciones y el reglamento de contratación de la entidad. La relación entre ICM INGENIEROS SAS y los demás miembros del Consorcio es de derecho privado y los conflictos que pudieren surgir serán debatidos entre ellos. El Consorcio San Sebastián 064 le está presentando a INVÍAS una recomposición de los miembros del Consorcio para que autorice la cesión en la medida en que cumpla con los requisitos técnicos y financieros para sustituir a ICM. No es competencia de INVÍAS analizar o intervenir en las relaciones internas entre los consorciados.

Con base en lo dicho, INVÍAS no tiene competencia para tomar la decisión de reintegrar los miembros del Consorcio, ni declarar que uno de los miembros ha renunciado a la ejecución del contrato aplicando el primer inciso del artículo 9° citado.

Para INVÍAS, la inhabilidad sobreviniente de ICM INGENIEROS SAS es el hecho de un tercero que le es ajeno, el cual le modifica las condiciones fácticas con base en las cuales celebró válidamente el contrato 1006 de 2021. Nótese que en el momento de la presentación de la oferta por el Consorcio San Sebastián 064, y al serle adjudicado y suscrito, ICM como miembro del Consorcio, no estaba inhabilitado y por tanto podía válidamente ser parte del Consorcio. Inhabilitada por la decisión de MinTic cambió la situación de base del contrato que existía al momento de contratar, es un hecho nuevo que afecta las condiciones del contrato, frente al cual tanto el Consorcio contratista como INVÍAS deben solucionar, tomando las medidas adecuadas para continuar con la ejecución.

La recomposición del Consorcio presentada en conjunto con los miembros hábiles es una solución que ellos adoptaron, frente a la cual INVÍAS debe autorizar o no si se cumplen los requisitos técnicos y financieros para el efecto como se ha expuesto antes. Con esta fórmula el contrato es viable y puede ser ejecutado por ambas partes.

Ahora bien, INVÍAS en tanto entidad pública que celebra contratos estatales para ejecutar las funciones que le ha encomendado la ley, debe aplicar no solo los mandatos legales sino los principios contenidos en ella, uno de los cuales es el de mantenimiento o conservación del contrato. Este principio, que da forma a múltiples normas de la ley 80 de 1993, consiste en que ante las vicisitudes que se puedan presentar en la ejecución de los contratos estatales, para solucionarlas se debe preferir continuar con la ejecución del contrato en vez de darlo por terminado.

Dentro de las normas legales que se inspiran en este principio podemos citar: el artículo 4° sobre los derechos y deberes de las entidades públicas en la contratación pública, uno de los cuales es el de mantener las condiciones financieras y técnicas previstas inicialmente y mantenerlas durante la ejecución del contrato; el 9° que regula las inhabilidades sobrevinientes, norma que obliga a ceder el contrato cuando esto suceda en vez de terminarlo, lo cual sólo ocurre cuando sea imposible la cesión, incluso en casos de corrupción; el 14 que regula las potestades excepcionales de la administración las cuales tienen como “exclusivo objeto (el) de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”;

los artículos 15. 16 y 18 en los cuales la administración contratante debe preferir la continuidad del contrato frente a la terminación, que sería la última ratio inclusive en el caso de la caducidad; el 25 que regula el principio de economía, una de cuyas normas es la de generar mecanismos de solución oportuna e inmediata de los conflictos que surjan durante la ejecución; en fin el 49 que ordena sanear los procedimientos e irregularidades para conservar los contratos; y la consagración de los métodos alternativos de solución de las controversias, con miras igualmente a obtener soluciones efectivas durante la ejecución del objeto contratado.

Entonces, aplicando este principio al caso concreto, tenemos que INVÍAS tiene en su poder una solicitud presentada por el representante legal de Consorcio San Sebastián 064 en la que pide que se autorice la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS, miembro inhabilitado del Consorcio, en favor de otras dos compañías constructoras. Si las posibles cesionarias llenan las condiciones para sustituir a ICM, la autorización que dé INVÍAS permitirá continuar con la ejecución del contrato y la realización de la obra pública contratada, lo que es preferible a la terminación del contrato ante el silencio de ICM en avalar esta petición.

Este silencio de ICM, no puede tener como consecuencia bloquear la ejecución del contrato suscrito por el consorcio, pues este especial sujeto contratista está proponiendo una solución que permite continuar con el contrato. ICM es un miembro del Consorcio que en virtud del acuerdo consorcial le entregó al representante legal la representación sin restricciones de sus intereses frente a INVÍAS, por lo cual, la propuesta hecha por el Consorcio obliga a todos sus miembros incluyendo a ICM.

Si hay discrepancias internas entre los miembros, y eventualmente el representante legal del consorcio actuó por fuera del mandato que le fuera entregado, deberá responder ante sus mandantes, responsabilidad que no puede ser trasladada a INVÍAS, que como se ha expuesto, para él tiene pleno valor la petición formulada por el representante del Consorcio pues lo representa al igual que a sus miembros en lo que respecta a la ejecución del contrato.

La negociación entre los miembros puede ser anterior o incluso posterior a la cesión propuesta por el Consorcio, asunto en el cual no puede intervenir INVÍAS, pues la relación jurídica entre ellos es del derecho privado.

Con base en las anteriores consideraciones procedemos a dar respuesta a cada una de las preguntas formuladas.

1. De acuerdo con los antecedentes y la reunión sostenida el día de hoy, ¿cuál es la norma e hipótesis que debe aplicarse al caso particular y concreto?

Según se expuso, en principio sería el inciso tercero del artículo 9° de la ley 80 de 1993, advirtiendo que dicha norma sólo faculta a la entidad pública contratante para autorizar o no la sustitución que le presente su contratista, mas no a intervenir en el negocio particular entre los miembros.

2. Cuál es la consecuencia si el miembro inhabilitado no cumple la orden legal e imperativa de ceder, consagrada en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993?

El incumplimiento de esta obligación legal da lugar a responsabilidad, la cual será demandada por los demás miembros del consorcio o la unión temporal. La competencia de la entidad pública contratante se limita a verificar si el miembro propuesto por el Consorcio San Sebastián 064 para la cesión de la posición contractual de ICM INGENIEROS SAS reúne los requisitos técnicos y financieros para sustituir al cedente pero no tiene posibilidad de intervenir o juzgar sobre el negocio privado de los consorciados.

3. Tiene facultad el representante convencional del consorcio para ceder la posición contractual del miembro inhabilitado, sin su anuencia?

El representante legal de un consorcio o unión temporal debe presentar a la entidad pública contratante los posibles cesionarios de la posición contractual. Cómo llega el representante legal a formular esa propuesta y la negociación de la misma es del resorte privado de los consorciados. La petición en la que el Consorcio solicita la autorización de la cesión vincula a la administración que deberá responderla.

4. Tienen la potestad los demás miembros del consorcio para ceder la posición contractual del miembro inhabilitado, o recomponer la conformación del consorcio, sin su anuencia?

La respuesta es Igual a la anterior.

5. Ante la falta de voluntad del miembro inhabilitado para ceder, puede la entidad estatal contratante acudir a la terminación y liquidación unilateral del contrato?

Si la falta de voluntad del miembro inhabilitado tiene como consecuencia la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato considero que sí lo puede hacer.

6. En caso negativo y de no manifestar la voluntad de ceder el miembro inhabilitado, podría entenderse que este renuncia, en su participación contractual, a la ejecución del mismo? Esto, en interpretación armónica con el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993.

La administración contratante no tiene competencia para declarar que hubo o no una renuncia a la posición contractual de un miembro de un consorcio o unión temporal. Internamente los miembros de estos sujetos plurales deberán decidir cómo solucionar sus problemas y plantear las soluciones a la entidad pública.

7. Puede la entidad estatal autorizar la cesión o la reconformación del consorcio sin la manifestación de la voluntad del miembro inhabilitado; con la firma del representante convencional de dicho consorcio en la solicitud de autorización de la cesión.

La entidad pública contratante no tiene competencia para autorizar la "reconformación" del consorcio. Tiene la atribución de autorizar la cesión que le presente el representante legal del consorcio cuando se llenen las condiciones técnicas y financieras. La existencia de las negociaciones internas que dan lugar a la solicitud de autorización de la cesión escapa a la competencia de la

entidad contratante, quien entiende que el representante legal tiene los poderes necesarios para presentar la solicitud de autorización. Si excedió o no el mandato que le fue concedido es un tema sobre el cual no puede decidir.

9. *Para efectos de materializar contractualmente la autorización de la cesión, qué documentos se requieren para continuar con la ejecución del contrato de obra, teniendo en cuenta la nueva reconformación del consorcio?*

Los necesarios para poder adoptar la decisión, de conformidad con el pliego de condiciones y el reglamento de contratación de la entidad.

Dejo en los términos anteriores rendido mi concepto, poniéndome a su entera disposición para ampliarlo o aclararlo en lo que considere necesario.

Cordialmente,



ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO