CONSORCIO CM PUTUMAYO

Bogotá D.C., 18 de marzo de 2022

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS
Atn. Carlos Felipe Sabogal Ocampo
Gerente Grandes Proyectos y Túneles

Referencia: CONTRATO No 1111 de 2021: CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO, GESTION PREDIAL, SOCIAL, AMBIENTAL SOSTENIBLE DE LA VARIANTE SAN FRANCISCO - MOCOA TRAMO 2 (FRENTE SAN FRANCISCO) EN EL DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO, EN MARCO DE LA REACTIVACION ECONOMICA, MEDIANTE EL PROGRAMA DE OBRA PUBLICA "VÍAS PARA LA LEGALIDAD Y LA REACTIVACIÓN VISIÓN 2030".

Asunto: Solicitud de aprobación para la Cesión del Contrato de Obra No. 1111 de 2021 a favor de Construcciones El Cóndor S.A.-Cláusula Vigésima Sexta.

Respetado ingeniero Sabogal, reciba un cordial saludo.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Contrato de Obra citado en la referencia, y por las razones que más adelante se exponen, en mi calidad de representante legal del Consorcio CM Putumayo, Contratista del proyecto "VIAS PARA LA LEGALIDAD Y REACTIVACIÓN VISIÓN 2030 MODULO 1" en el frente San Francisco, me permito solicitar a la entidad, aprobar la presente solicitud de Cesión del Contrato de Obra N° 1111 de 2021, actuando en calidad de Cesionario el CONSORCIO SAN FRANCISCO, conformado por las sociedades ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. (50%), identificada con el NIT 800.014.246-8, UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S. (35%), identificada con el NIT 900.655.891-1, TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. (7,5%) identificada con el N.I.T.890.903.035-2, y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.S. (7,5%), identificada con el NIT
860.006.282-8 ("El Cesionario Propuesto").

La anterior solicitud, al amparo de lo dispuesto en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA del citado Contrato se fundamenta en las circunstancias que procedemos a exponer, previas las consideraciones a continuación:

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS ("El Invías"), adjudicó al Consorcio CM Putumayo la Licitación Pública Número LP-DT-062-2020 ("La Licitación Pública"), a través de la Resolución No 869 del 31 de marzo de 2021.

CONSORCIO CM PUTUMAYO

El Consorcio CM Putumayo se encuentra actualmente conformado por las sociedades Constructora Meco S.A – Sucursal Colombia y Construcciones El Cóndor S.A, cada una con una participación del 50% en la conformación del Consorcio. El Consorcio CM Putumayo cedería, una vez aprobada esta solicitud por el INVIAS, al CONSORCIO SAN FRANCISCO, el Contrato de Obra N° 1111 adelantando para ello las formalidades que correspondan.

El CONSORCIO SAN FRANCISCO, está conformado por empresas ampliamente reconocidas en el sector de la infraestructura, por su experiencia, el buen desempeño en la ejecución de sus trabajos y el cumplimiento oportuno de sus obligaciones por lo que, podrá llevar a buen término la ejecución de las obras del proyecto.

i. Fundamentos jurídicos de la cesión del Contrato de Obra.

La cesión de un contrato estatal como es el caso del Contrato de Obra No 1111 de 2021, consiste en la sustitución de uno de los extremos de la relación contractual, en este caso del Contratista, y se efectúa tanto en negocios de tracto sucesivo como de ejecución instantánea – que no se hayan cumplido total o parcialmente, según dispone el artículo 887 del Código de Comercio.

Características de la cesión del contrato:

- El cesionario –"nuevo" contratista del Estado- ejecuta total o parcialmente el negocio, y responde ante la entidad Contratante –es decir, la cedida-. En efecto, éste se subroga en los derechos y obligaciones del cedente quien se desvincula del negocio, salvo estipulación en contrario.

- Si el cedido –la entidad estatal- hace la reserva de no liberar al cedente –contratista original, al autorizar o aceptar la cesión, al serle notificada o al conocer el endoso en el caso de que no la haya consentido previamente mediante una estipulación expresa, puede exigirle a éste el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla. Sin embargo, el incumplimiento hay que ponerlo en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del cesionario. Esta disposición aplica al caso por expreso pacto de lo dispuesto en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Obra, y su remisión al artículo 893 del Código de Comercio.

- En todo caso, para ceder un contrato estatal la ley exige autorización expresa de la entidad estatal –siempre que el cedente sea el contratista-, toda vez que, de conformidad con el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son intuito personae, porque *"el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son las más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan…"*

- La cesión debe además formalizarse de manera escrita, por exigencia del inciso 1 del artículo 41 de la ley 80 de 1993, que prescribe: *"Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito."*

- La cesión del contrato estatal es viable bajo las reglas de los artículos 887 a 896 del Código de Comercio, aplicables en el contrato estatal por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

- Una vez perfeccionada la cesión, este produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación.

Ahora bien, si bien, por regla general, el contratista seleccionado debe ejecutar totalmente el contrato adjudicado, solo por excepción, cuando las necesidades del servicio lo exijan y el contratista se enfrente a una imposibilidad de cumplimiento legal, financiero, técnico, o cualquier otra circunstancia que ponga en riesgo la ejecución del contrato y el cumplimiento de los fines del Estado, se puede justificar la cesión del contrato a un tercero.

Así las cosas, la cesión de un contrato estatal exige:

(1) Justificación;
(2) Que el cesionario acredite ante la entidad contratante, los requisitos jurídicos, financieros, operativos, administrativos, técnicos y de experiencia que en su momento fueron acreditados por el cedente;
(3) Que el cesionario acepte y garantice el cumplimiento de las obligaciones contractuales en las mismas condiciones en las que le fue adjudicado el contrato al cedente;
(4) Que el cesionario acepte continuar la ejecución del contrato en el estado en que se encuentre a la fecha de la cesión; y
(5) Que la entidad contratante autorice por escrito la cesión.

Sobre el particular de la cesión de los contratos estales son múltiples los fallos, incluso relativamente recientes, en los cuales el Consejo de Estado ha desarrollado el tema, al respecto nos permitimos citar de manera especial el emitido en la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C., con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio, y bajo Radicado No. 73001-23-31-000-1999-03028 (31.619) del 16 de marzo de 2015, en el cual se plantea que si bien la figura de cesión de contrato no se encuentra regulada en la ley 80 de 1993, por expresa remisión del artículo 13, 32 y 40 de aquella ley, se aplicarán las disposiciones comerciales para el efecto. Sobre el particular, tanto en la cesión de contrato de carácter comercial como estatal, se sustituye una posición jurídica y material de una de las partes contratantes, adquiriendo el tercero las obligaciones y derechos que le correspondían al contratista cedente dentro de la relación contractual. En cuanto a

la forma de hacerse el mencionado contrato, el artículo 888 del Código de Comercio establece que el acto de sustitución podría hacerse por escrito o de manera verbal, según si el contrato que se cede consta o no por escrito. Pese a lo anterior, existe una diferencia sustancial entre la cesión de carácter comercial y aquélla de carácter estatal, pues en la primera, la regla general es que no se requiere contar una autorización expresa del cedido, salvo en los casos de ejecución instantánea en donde la prestación aún no se ha cumplido en todo o en parte y los contratos celebrados bajo la modalidad "intuitu personae". Por el contrario, en materia de contratación estatal, la cesión del contrato requiere que exista una autorización previa y por escrito por parte de la entidad contratante, por cuanto, entendiendo que los contratos estatales son "intuitu personae", la administración debe actuar como lo dispone el artículo 41 inciso tercero de la ley 80 de 1993. Al respecto dijo el citado fallo:

"1.2 La figura de cesión de contrato se encuentra consagrada en el Código de Comercio en los artículos 887 a 896, tratándose de negocios jurídicos de carácter privado.

Por su parte, la ley 80 de 1993 en los artículos 9 y 41, menciona la cesión del contrato como una de las modalidades jurídicas en que una de las partes, dentro de la relación del contrato estatal, puede verse avocada, bien sea por imposición de la ley[1] o en su defecto, por voluntad de una de las partes contratantes (especialmente la parte contratista)[2].

Si bien la figura de cesión de contrato no se encuentra regulada en la ley 80 de 1993, por expresa remisión del artículo 13, 32 y 40 de aquella ley, se aplicarán las disposiciones comerciales para el efecto.

Sobre el particular, tanto en la cesión de contrato de carácter comercial como estatal, se sustituye una posición jurídica y material de una de las partes contratantes, adquiriendo el tercero las obligaciones y derechos que le correspondían al contratista cedente dentro de la relación contractual.

En cuanto a la forma de hacerse el mencionado contrato, el artículo 888 del Código de Comercio establece que el acto de sustitución podría hacerse por escrito o de manera verbal, según si el contrato que se cede consta o no por escrito.

Pese a lo anterior, existe una diferencia sustancial entre la cesión de carácter comercial y aquélla de carácter estatal, pues en la primera, la regla general es que no se requiere contar un autorización expresa del cedido, salvo en los casos de ejecución instantánea en donde la prestación aún no se ha cumplido en todo o en parte y los contratos celebrados bajo la modalidad "intuitu personae"[3].

[1] Tal como lo dispone el artículo 9 y 17 y 18 de la ley 80 de 1993.
[2] De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la ley 80 de 1993.
[3] Artículo 887 Código de Comercio: *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.*

Por el contrario, en materia de contratación estatal, la cesión del contrato requiere que exista una autorización previa y por escrito por parte de la entidad contratante, por cuanto, entendiendo que los contratos estatales son "intuitu personae", la administración debe actuar como lo dispone el artículo 41 inciso tercero de la ley 80 de 1993.

1.3 En materia de contratación estatal, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 expone una regla especial que se aplica de manera preferente a las normas contenidas en el Código de Comercio sobre cesión de contratos, y es la contenida en el inciso tercero que reza:

> *"(...) Los contratos estatales son "Intuito personae" (sic) y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante (...)".*

Esta disposición tiene una razón de ser fundamental en materia de contratación estatal, ya que, sin excepción alguna e independientemente del modo de contratación que se desarrolle[4], los negocios celebrados con los contratistas, se derivan de sus calidades técnicas, económicas y financieras, para efectos de cumplir con los fines estatales contenidos en el artículo 3 de la ley 80 de 1993; por lo tanto, en consideración a que los contratos estatales tiene la característica de ser "intiutu personae", es necesaria la autorización previa y por escrito de la misma.

Y es que es tan importante la característica de los contratos estatales consistente en que son catalogados "intuitu personae", que la entidad contratante debe observar, bajo su potestad discrecional pero objetiva, teniendo en cuenta o el estudio de conveniencia de la obra, los pliegos de condiciones o disposiciones que lo regule o reglamente, que el tercero, quien ostente la nueva posición contractual, cumpla con el objeto del contrato, por cuanto se encuentra de por medio el interés general.

Para el efecto, se ha establecido que la autorización previa y por escrito por parte de la entidad contratante de la cesión que se pretenda realizar del contrato, exige que la propia entidad estudie si el futuro cesionario cumple con ciertos requisitos necesarios para la consecución del objeto del contrato. Para el efecto, la cesión i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar y por último iii) debe contar con una

---

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

[4] Cuando se trata de contratación directa, como en el presente asunto, es más exigente el carácter *"intuitu personae",* ya que por las calidades del contratista es ese y no otra persona (jurídica o natural o incluso un consorcio o unión temporal) la que puede desarrollar el objeto a contratar por el Estado.

capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones y el objeto del contrato estatal[5].

Respecto del primero, debe entenderse que tercero, en términos generales, será aquél diferente a la persona contratista (persona jurídica, natural o integrantes de unión temporal o consorcio) y de la entidad estatal.

En cuanto al segundo requisito, es importante recordar que el tercero, quien potencialmente sería cesionario del contrato, asume la posición contractual del cedente dentro del contrato estatal y por lo tanto, las disposiciones, los pliegos de condiciones y el contrato mismo serán aplicables a quien asuma la nueva posición contractual, porque implica que cumple con las mismas calidades que el contratista cedente.

Por último, el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera para cumplir con el objeto del contrato. Si bien tal exigencia no se encuentra en ninguna de las disposiciones contenidas en el estatuto general de contratación, teniendo en cuenta que el cesionario sustituye la posición contractual del cedente (contratista), es indispensable que la entidad, en aras de proteger el interés público, el cumplimiento de los fines del Estado contenidos en la Carta Política y aquellos fines de la contratación (Artículo 3 de la ley 80 de 1993), analice y verifique que el tercero, con sus calidades, se reitera, por tratarse de un contrato intuitu personae, pueda cumplir con las obligaciones inherentes al objeto del contrato.

Significa que el potencial cesionario del contrato estatal debe cumplir con los mismos requisitos que se exigieron al contratista, para que así pueda ingresar a ser parte del contrato estatal y ejecutar su objeto y el cumplimiento de las prestaciones.

Adicionalmente es importante destacar que el proceso de cesión del contrato y las exigencias que se le impongan al tercero, no pueden alterar ni burlar los procedimientos de selección del contratista, en otras palabras, la figura de la cesión de contrato, no puede servir como instrumento para desviar las obligaciones que tiene la entidad contratante del cumplimiento de los parámetros de la selección objetiva[6].

La administración contratante al analizar la posibilidad o no de autorizar la cesión del contrato, debe observar por ejemplo, el tipo selección a que se llegó al contrato estatal, el tipo de contrato a ceder; el porcentaje de ejecución del contrato, todo porque teniendo en cuenta que los contratos estatales son "intuitu personae" las calidades del tercero que asumirá la posición contractual del contratista, deben ser similares a las de éste último, por cuanto el fin de la contratación estatal es el cumplimento del objeto del contrato del interés general.

---

[5] RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La Cesión. Librería Jurídica Sánchez R LTDA., y CEDA – Centro de estudios de derecho Administrativo. 214, páginas 139 y siguientes.
[6] Ibídem.

1.4 Ahora bien, retomando nuevamente lo establecido en el artículo 888[7] del Código de Comercio, si el contrato que se pretende ceder consta por escrito, la cesión, o lo que es lo mismo, la sustitución parcial o total de la posición contractual, debe hacerse de la misma manera[8].

Por lo tanto, si el contrato estatal es solemne porque así ha de celebrarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la ley 80 de 1993[9], la cesión del contrato también lo será." (s.f.t)

---

[7] Artículo 888 del Código de Comercio: *La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito. Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro. Si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula "a la orden" u otra equivalente, el endoso del documento bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato.*

[8] Otra posición que se ha sustentado para sostener que el contrato de cesión debe constar por escrito, es aquella que en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, de 12 de agosto de 2013, expediente: 23088. M.P. Enrique Gil Botero se expresó que: *"(…) Según esta norma* [inciso primero del artículo 41 de la ley 80 de 1993] *como la cesión sustituye a alguno de los sujetos del contrato estatal, y como el inciso 1 del artículo 41 establece que los contratos estatales constarán por escrito, es decir, que son solemnes, se entiende que de la misma forma se realizará cualquier acto modificación, y con mayor razón esta, que es relevante en el contrato. Por lo tanto, por esa vía se concluye que toda cesión será escrita (…)".*

[9] En sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, de 3 de marzo de 2014, expediente: 26270; 12 de febrero de 2014, expediente: 26272; 13 de junio de 2013, expediente: 23730; y 6 de marzo de 2013 expediente: 24896 sobre la existencia de los contratos estatales se ha expuesto que: *(…) De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil, los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide.Cuando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esa solemnidad consiste en un escrito o documento, con la característica de ser la única prueba admisible para ello por así disponerlo la ley.Con otras palabras, en este caso el documento cumple no sólo una función constitutiva sino además una función probatoria y éste será el único medio probatorio pertinente para ello.En consecuencia, cuando se pretenda que se declare que un contrato se ha incumplido o el cumplimiento de las obligaciones surgidas de él, o lo uno y lo otro, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento.*
El contrato estatal es un negocio jurídico solemne porque la ley dispone que debe celebrarse por escrito[9] y que se entiende perfeccionado "cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito"[9].
Sobre éste aspecto esta Subsección ha expresado:
"En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,[9] salvo algunos casos de urgencia manifiesta,[9] la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil[9] y 232 del Código de Procedimiento Civil.[9]
Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito.

De acuerdo con lo expuesto, y verificadas todas las condiciones exigidas en la ley y el Contrato, la cesión del Contrato en favor del CONSORCIO SAN FRANCISCO, no solo satisface los requisitos exigidos en la Licitación Pública, sino que en si mismo satisface el interés general y la garantía de la continuidad del servicio público que se requiere como fines últimos de la función pública y el servicio público.

ii. Solicitud

De conformidad con los artículos 887 a 896 del Código de Comercio, así como por los artículos 13, 32, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993 y lo dispuesto y pactado en la cláusula VIGÉSIMA SEXTA del Contrato de Obra No 1111 de 2021 suscrito entre El Invias y el Consorcio CM Putumayo, y en consideración de todos los argumentos expuestos en la presente comunicación, me permito solicitar a El Invias imparta su autorización y/o aprobación para proceder, suscribir y perfeccionar la cesión de la totalidad del contrato del CONSORCIO CM PUTUMAYO (Cedente) y en beneficio o favor del CONSORCIO SAN FRANCISCO (Cesionario), siendo este, quien de manera individual, continuará como Contratista en la ejecución del citado Contrato Estatal de Obra.

iii. ANEXOS.

De acuerdo con lo establecido en el Manual de Contratación del Instituto, con el fin de adelantar el trámite de cesión, adjuntamos los siguientes documentos:

- Contrato privado de cesión entre cedente y cesionario.
- Certificados de existencia y representación legal de las sociedades que conforman al cesionario y de las consorciadas que conforman el Consorcio CM PUTUMAYO, con vigencia no mayor a treinta (30) días.
- Acta de Reunión a través de la cual cada uno de los integrantes del consorcio autorizan de manera expresa al representante del consorcio para tramitar la cesión total del contrato.
- Documentos del cesionario CONSORCIO SAN FRANCISCO exigidos en los pliegos de condiciones del proceso de licitación pública.

CONSORCIO CM PUTUMAYO

Quedamos atentos a su amable y pronta respuesta, así como a cualquier requerimiento adicional.

Cordialmente,

ALBERTO ARANGO LÓPEZ
Representante Legal
Consorcio CM PUTUMAYO
Contrato de Obra 1111 de 2021.

MARCO TULIO MENDEZ FONSECA
Representante Legal
CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA

LUZ MARIA CORREA VARGAS
Representante Legal
CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.