Bogotá D.C., diciembre 7 de 2023

Señores
Instituto de Desarrollo Urbano - IDU
Atn. Dra. **Cindy María de los Remedios Arredondo Sánchez**
Directora Técnica de Gestión Contractual
Calle 22 No. 6 – 27, piso 10
Vía correo electrónico: cindy.arredondo@idu.gov.co
Ciudad

Referencia: Contrato IDU No. 746 de 2023 *"Prestación de servicios especializados en materia de contratación estatal"*

Asunto: Opinión jurídica relativa a la viabilidad de la cesión del Contrato de Obra 1760 de 2021 *"Construcción de las vías y espacio público asociado a las zonas de Montevideo y Puente Aranda en la ciudad de Bogotá D.C. Grupo1"*.

Estimada doctora Cindy, reciba un cordial saludo.

En atención a la solicitud que nos fue formulada por el Instituto de Desarrollo Urbano (el "IDU" o la "Entidad") el pasado viernes 1 de diciembre de 2023 mediante correo con asunto: *"SOLICITUD CONCEPTO CESIÓN PARCIAL POSICIÓN CONTRACTUAL IDU – 1760 - 2021"*, en el cual nos fueron remitidos los documentos que se detallan en el acápite correspondiente, nos permitimos rendir nuestra opinión jurídica sobre la cesión contractual del asunto.

En todo caso, cabe indicar que está opinión jurídica, y las conclusiones en ella presentadas, se han formulado por Palacio, Jouve, García Abogados, sobre la base de la información que hasta el momento ha suministrado el IDU, de manera verbal y escrita. Adicional a lo anterior, es preciso recalcar, como es de amplio conocimiento, que nuestro alcance contractual y la asesoría que prestamos es de medio y no de resultado, haciendo los mejores esfuerzos por brindar a la Entidad, propuestas y herramientas que disminuyan el riesgo de daño, siendo decisión del Instituto el adoptar o no las recomendaciones que aquí aportamos y la posición jurídica que para ello se ha expuesto.

1. DOCUMENTOS RECIBIDOS Y ANALIZADOS POR PJG

Con el fin de emitir la presente opinión jurídica, PJG tuvo en cuenta los siguientes documentos remitidos por la Entidad.

1.1. Memorando de solicitud SGI a DTGC de fecha 27 de noviembre de 2023.

1.2. Solicitud de cesión Contratista de fecha 29 de marzo de 2022.

1.3. Documento privado de cesión de fecha 1 de abril de 2022.

1.4. Concepto de interventoría de fecha 16 de noviembre de 2023.

1.5. Concepto de la compañía aseguradora Mundial de Seguros de 15 de noviembre de 2023.

1.6. Documento soporte de existencia y representación legal de la sociedad Simelec Ingenieros S.A.S. y otras de 15 de noviembre de 2023.

1.7. Evaluaci´´on de al DTPS remitida mediante Memorando DTPS 202341500352823 del 10 de noviembre de 2023.

2. CONCLUSIONES

Considerando la idoneidad de los estudios y documentos remitidos por las diferentes dependencias del IDU, los cuales dan cuenta de: i) la verificación al cumplimiento de requisitos habilitantes establecido en el pliego de condiciones del proceso de selección; ii) la adopción en el acuerdo privado de las buenas prácticas acogidas por el Instituto[1]; iii) su procedencia conforme a las reglas establecidas en el Capítulo 11 "SEGUIMIENTO DEL CONTRATO" numeral 11.1.4. "Cesión del Contrato" del Manual de Gestión Contractual Versión 18 adoptado mediante RESOLUCIÓN NÚMERO 5386 DE 2022 por la Entidad, así como el Manual de Interventoría y/o Supervisión de Contratos V-9, Numeral 8.1.1. Tramite de modificaciones contractuales - literal C. Condiciones especiales para la cesión del Contrato; y iv) el clausulado del Contrato de Obra Pública No. IDU 1760 de 2021, esta Firma de abogados, en su condición de asesor externo del Instituto, se permite señalar la procedencia jurídica de la cesión revisada dentro del Contrato IDU 1760 de 2021; sin embargo y sobre el particular, conviene a las áreas implicadas del Instituto, revisar lo atinente a la temporalidad de los documentos de solicitud y el documento privado de cesión, pues los mismos tienen más de un año, cunado no más, de expedidos, razón por la cual, llama la atención que el procedimiento hubiera tomado un tiempo tan extenso y si las condiciones de modo, tiempo y lugar se mantienen aun.

[1] En procura de salvaguardar el erario y lograr la obtención del fin perseguido por el contrato, ha sido política del IDU, para viabilizar las cesiones de los contratos, solicitar claridad frente a aspectos como los siguientes: i) el otorgamiento de concepto favorable por parte de la compañía aseguradora, que permita establecer el reconocimiento del cesionario como tomador del contrato de seguro; ii) pacto expreso en el contrato privado de cesión, respecto a la responsabilidad de cedente y cesionario frente a posibles incumplimientos y retrasos anteriores y posteriores a la aprobación del acuerdo privado.

Sea esta la oportunidad de hacer referencia a lo que en varias ocasiones hemos señalado al IDU alrededor del procedimiento de cesión, que se ratifica en el análisis jurídico que sigue a este párrafo, y es el hecho de que la cesión de los contratos estatales es un trámite cuya viabilidad y aprobación final corresponde al Contratante, quien en todo caso, debe tener en cuenta, además del cumplimiento formal de los requisitos estalbecidos en la Ley y la jurisprudencia, criterios de conveniencia y oportunidad para motivar su decisión, no constituyéndose el trámite referido en una obligación o un proceso al que tenga derecho el contratista *per se*.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

En el presente acápite, teniendo en consideración los hechos y circunstancias referidos por la Entidad se procede a continuación, con el desarrollo del concepto de la cesión contractual, que sustenta la conclusión a la que hemos llegado:

El contrato de cesión, definido por la legislación colombiana, como aquel negocio jurídico en virtud del cual una persona (cedente) transmite a otra (cesionario) la posición jurídica activa y pasiva, es decir, como acreedor y deudor, que ostenta en un contrato celebrado con un tercero. Esta figura jurídica en principio tiene su base legal en el artículo 887 del Código de Comercio, el cual, por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 es plenamente aplicable al contrato estatal, señala que:

> *"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.*
>
> *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****".* (Negrillas y subrayas fuera del texto)

En efecto, el contrato de cesión implica la transferencia de una universalidad jurídica, pues supone la sustitución total o parcial de una de las partes de la relación jurídica; sobre el particular ha manifestado la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de noviembre de 2011. C.P. Marta Nubia Velázquez Rico, lo siguiente:

> "*En estos términos, la cesión de contrato es más compleja y profunda en sus implicaciones jurídicas,* ***porque traslada de una persona a otra la posición que tiene en el negocio, con sus derechos y obligaciones****, mientras que la cesión de crédito sólo trasfiere al cesionario el derecho al pago de un crédito, y no se asumen cargas u obligaciones derivadas de la relación contractual de donde proviene la deuda.*" (Negrillas y subrayas fuera del texto)

A partir de las anteriores consideraciones, y, siendo objeto de este análisis la cesión de un contrato estatal, circunstancia que supone la primacía del interés público y la defensa del patrimonio de las entidades estatales, es preciso recordar los requisitos que se han impuesto para la validez y aprobación de esta figura; Así, previo a establecer las condiciones particulares que se exigen para la validación de la cesión en el marco de un contrato estatal, resulta prudente analizar los requisitos de perfeccionamiento, y, sobre todo, de ejecución referidos por la Ley. Frente al particular, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, señala:

> "*Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. "Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. Los contratos estatales son intuito personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante."*

De la lectura del artículo 41 del Estatuto General de Contratación Administrativa, es posible colegir lo siguiente: i) la contratación del Estado se encuentra precedida de una selección objetiva, la cual tuvo en cuenta características y atributos propios del contratista, por lo cual, se tornan en contratos *"intuitu personae"*; ii) para la cesión del contrato estatal se establece como requisito "*sine qua non*" la autorización escrita de la entidad*;* y iii) para la ejecución del contrato se requiere la aprobación de las garantías exigidas por la ley. Sobre la cesión en torno a la contratación estatal señala el Consejo de Estado que:

> *"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 [14] o en su defecto, por voluntad de una de las partes contratantes (especialmente la parte contratista).*
>
> *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.*

> ***<u>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.</u>***
>
> ***<u>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 (sic) personae".</u>***
>
> *Por el contrario,* ***<u>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 "intuite personae", la administración debe actuar como lo dispone el artículo 41 inciso tercero de la ley 80 de 1993</u>***.*"*[2] (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Así las cosas, cuando el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[3], expone una regla especial por la cual habrá de emitirse de manera escrita la autorización o aprobación de la cesión por parte de la Entidad, se forja una institución fundamental a la hora de evaluar o considerar la procedencia y aplicabilidad de la figura de la cesión en los contratos estatales, ya que, sin excepción alguna e independientemente del modo de contratación que se desarrolle, deberá tenerse en cuenta que los negocios celebrados entre la Administración (IDU) y los particulares, se han materializado en razón de sus específicas calidades técnicas, económicas y financieras, reflejadas en los factores habilitantes previamente establecidos y que fueron base fundamental de la selección, para efectos de cumplir con los fines estatales contenidos en el artículo 3 de la Ley 80 y que, para su ejecución, y particularmente para la protección del erario, requieren de la aprobación de las garantías otorgadas en favor de la Entidad que amparan, entre otras, el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En consideración a que los contratos estatales, como antes se señaló, tienen la característica de ser *"intiutu personae"*, se hace relevante que, una vez efectuado un análisis detallado de estos factores sobre la persona del cesionario, y por ende considerada factible la cesión, la Entidad emita una autorización previa y por escrito, observando la oportunidad y conveniencia de la cesión[4], pues no es posible la existencia de contrato estatal en forma

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 03028.

[3] *"(…) Los contratos estatales son "Intuito personae" y, en consecuencia,* ***una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante*** *(…)".* (se resalta)

[4] ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

verbal. Así mismo, y ante las exigencias legales que imponen, para el inicio de la ejecución, debe tenerse la expresa autorización y aval de quien suministro en principio la garantía, para hacer viable el negocio jurídico en comento.

Ahora bien, para efectos de determinar la procedencia de una posible cesión, se hace necesario citar lo manifestado por la Entidad en su Manual de Gestión Contractual Versión 18 adoptado mediante Resolución No. 006799, específicamente lo regulado en el Capítulo 11 "SEGUIMIENTO DEL CONTRATO" numeral 11.1.4. "Cesión del Contrato" numeral que limita la celebración de una cesión por parte del IDU siempre que las circunstancias se ajusten a uno o varios de los siguientes escenarios:

> "*11.1.4 Cesión del Contrato*
>
> *La Cesión del contrato legalmente celebrado será procedente en los siguientes casos:*
>
> 1. *Por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente del contratista (Art. 9. Ley 80 de 1993).*
>
> 2. *Por inhabilidad o incompatibilidad de uno de los integrantes del consorcio o de la unión temporal (Art. 9. Ley 80 de 1993: "En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal", lo que implica además la prohibición de modificar la participación accionaria de las sociedades cuando se presentaron al proceso de selección como promesas de sociedad futura – Art. 7. Ley 80 de 1993).*
>
> 3. *Cuando por motivos de conveniencia, para satisfacción de los intereses de las partes o para la oportuna, eficaz y completa ejecución del objeto, en concordancia con los principios de economía, celeridad y eficacia de la labor administrativa contractual, las partes acuerden o convengan cederlo (arts. 26 y 3. Ley 80 de 1993).*
>
> 4. *Cuando esta sea aceptada por el IDU, y cuando el pretendido cesionario acredite los mismos o mejores requisitos habilitantes a los establecidos en el pliego de condiciones que originaron el contrato.*
>
> *Efectos jurídicos de la cesión en los contratos estatales:*

1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

1. *La cesión no tiene efectos presupuestales, ya que de conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el contrato se ampara y respalda por el CDP y el CRP del contrato inicial. Esto significa que no es necesario expedir nuevos CDP's ni realizar un nuevo registro.*

2. *El cesionario deberá aportar garantía única que ampare los mismos riesgos del contrato inicial. Esta garantía se somete a aprobación de la Entidad (Art. 41. Ley 80 de 1993), dentro del plazo estipulado para tal fin.*

La cesión del contrato no exime de responsabilidad al cedente de este, la responsabilidad será solidaria entre cedente y cesionario frente al IDU.

De tal suerte, el cesionario se obliga a cumplir el contrato, de acuerdo con el pliego de condiciones, sus anexos y con los ofrecimientos adicionales realizados por el cedente en la presentación de la oferta y que fueron objeto de puntaje en la adjudicación.

En caso de que un integrante de un Consorcio o Unión Temporal desee ceder su participación en el contrato a un tercero, la nueva conformación de la Unión Temporal o Consorcio debe cumplir los criterios señalados en el párrafo anterior.

En ningún caso, un integrante de un Consorcio o Unión Temporal podrá ceder su participación a otro integrante del mismo Consorcio o Unión Temporal."

En efecto, la cesión del contrato estatal impone una mayor carga a la Administración a efectos de proteger los derechos y fines de esta, siendo posible inclusive que, de tornarse necesario, el análisis de viabilidad de la cesión y el cumplimiento de los requisitos y condiciones del Cesionario se pudiere tornar más rígidas o exigentes, de conformidad a las necesidades y contextos en que se presenta la cesión. Sobre este respecto la sentencia del Consejo de Estado, del 17 de mayo del 2001, Rad 1346, señala que:

"2.3 No es obligatorio para la entidad estatal aceptar la cesión del contrato propuesta por el contratista, al cual se le presentó una inhabilidad sobreviniente de conformidad con el inciso primero del artículo 9º de la ley 80 de 1993. ***Los criterios jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal para aceptar o negar dicha cesión de contrato, son verificar si la cesión es procedente o no de acuerdo con las normas legales, proteger los derechos de la entidad (art. 21-1º ley 80 /93****), observar el carácter de intuitu personae que tienen los contratos estatales (inc. tercero art. 41 ibídem) y por ende,* ***analizar la capacidad, organización y experiencia del cesionario propuesto, ejercer la autonomía de la voluntad (inc. primero art. 32 e inc. segundo art.***

40, ibídem) y buscar alcanzar los fines de la contratación estatal (art. 3º ibídem). (subraya y negrita fuera del texto original)

En los anteriores términos dejamos a Ustedes rendida la opinión jurídica solicitada, indicando que el contenido de esta es confidencial y está solamente dirigido a sus destinatarios iniciales.

PALACIO JOUVE GARCÍA ABOGADOS



OSCAR ALFREDO HERNÁNDEZ MORALES
Socio

Con copia: Dra. **María Angela Vives Mendoza**
Abogada
maria.vives@idu.gov.co
Dra. **Tania Yulieth Rojas Figueroa**
Abogada
tania.rojas@idu.gov.co