GOBERNACION DEL HUILA

Secretaría de Hacienda

RESOLUCIÓN No. 042 DE 2021

(19 DE MARZO)

"POR LA CUAL SE ACEPTA UNA CESION."

EL SECRETARIO DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA

En uso de las atribuciones, en especial las delegadas mediante el Decreto 070 del veintisiete (27) de Febrero de 2020, y

C O N S I D E R A N D O:

Que **JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO,** identificado con cédula de ciudadanía número 70.556.844 expedida en Envigado, en su condición de Delegado del departamento de Antioquía con Nit. 890.900.286—0, debidamente facultado conforme la propuesta presentada dentro del proceso de licitación No. SHLPCON0007-20, suscribió con el Departamento del Huila el contrato No. 657 de 2020, cuyo objeto contractual es "CONTRATO BAJO LA MODALIDAD DE CONCESIÓN PARA LA PRODUCCIÓN, COMERCIALIZACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DEL AGUARDIENTE DOBLE ANÍS TRADICIONAL Y SIN AZÚCAR EN EL TERRITORIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA, LA CUAL SE OTORGA POR PARTE DEL DEPARTAMENTO EN SU CONDICIÓN DE TITULAR DEL MONOPOLIO DE LICORES DESTILADOS EN EL DEPARTAMENTO."

Que, en nota dirigida a este despacho, se solicitó autorizar la cesión del Contrato anteriormente señalado, conforme lo establece la cláusula vigésima octava denominada CESIÓN, señalando que:

> *"(...) en virtud de lo anterior, y en los términos previstos en la cláusula vigésima octava del contrato de concesión N° 657 de 2020 celebrado entre el departamento del Huila – Secretaría de Hacienda y el departamento de Antioquia – Secretaría de Hacienda - Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, se hace necesario ceder la posición contractual del departamento de Antioquia – Secretaría de Hacienda a la Empresa Industrial y Comercial del Estado Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, como la entidad descentralizada propiedad del departamento de Antioquia encargada de la producción, comercialización, venta, importación y distribución de licores destilados, alcohol potable y no potable; así como, bebidas alcohólicas y no alcohólicas, productos sanitarios, medicinales, alimenticios, complementarios. (...)"*

Que para los efectos relacionados con la cesión, se estableció que

> **"CLASULA PRIMERA. OBJETO. EL CEDENTE** manifiesta que de manera voluntaria y gratuita realiza la cesión total a favor de **EL CESIONARIO** la posición contractual que tiene en el contrato de concesión N° 657 de 2020 que tenía por objeto *"Contratar bajo la modalidad de concesión para la producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís Tradicional y Sin Azúcar en el territorio del departamento del Huila, la cual se otorga por parte del departamento en su condición de titular del monopolio de licores destilados en el departamento"* celebrado entre el departamento del Huila – Secretaría de *Hacienda y el departamento de Antioquia – Secretaría de Hacienda - Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia el día diecinueve (19) de junio de 2020.*

> ***CLAÚSULA SEGUNDA. ALCANCE DE LA CESIÓN.*** *A partir de la suscripción del presente Contrato, todos los derechos y obligaciones emanados del contrato objeto de cesión, quedarán radicados en cabeza de* ***EL CESIONARIO,*** *quien a su vez declara conocer todas y cada una de las estipulaciones del contrato en mención, así como el estado actual de la relación existente entre* ***EL CEDENTE*** *y* ***LA CEDIDA,*** *departamento del Huila – Secretaría de Hacienda."*

Que el Profesional en Derecho JOEGE PINO RICCI, quien presta sus servicios profesionales al Departamento del Huila como jurídico externo, emitió un concepto jurídico mediante el cual se soportó la verificación de los documentos e información suministrada por el Departamento de Antioquia para la solicitud de cesión del contrato 657 de 2020.

Que dentro del referido concepto el profesional analizo la procedibilidad de la solicitud de cesión, señalado que la misma es procedente jurídica, técnica y financieramente y así mismo revisó el proyecto del contrato de cesión que suscribirían el Departamento de Antioquia y la Empresa Industrial y Comercial del Estado Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, concluyendo que:

> *"(...) Teniendo en cuenta que el proyecto de acuerdo de cesión la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia se compromete a continuar cumpliendo con las obligaciones adquiridas por el Departamento de Antioquia y que no se realiza ninguna salvedad al respecto, cumple con las condiciones y requisitos para ser aceptado por el departamento del Huila. (...)"*

Que el equipo interdisciplinario conformado para la verificación de la solicitud de cesión del contrato 657 de 2020, estructuró el documento de fecha dieciséis (16) de Marzo de 2021, mediante el cual concluye que:

> *"(...) luego de verificar la solicitud de cesión, y cada uno de los documentos que integran la misma, se pudo establecer que la Empresa Industrial y Comercial del Estado Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, reúne los requisitos requeridos dentro del pliego general del proceso de licitación No. SHLPCON0007-20, en los siguientes términos:*
>
> ***Condiciones Jurídicas:***
>
> *"(...) los documentos allegados por el Departamento de Antioquia, referente a la Empresa Industrial y Comercial del Estado Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, son suficientes para acreditar los requisitos requeridos dentro del pliego de condiciones del proceso de licitación No. SHLPCON0007-20."*
>
> ***Condiciones Técnicas:***
>
> *"(...) Verificados cada uno de los documentos allegados con la solicitud de cesión, referentes a certificados de experiencia, de comercialización, sanitarios y de infraestructura, se constató que los mismos se ajustan a los exigidos dentro del proceso de Licitación Pública SHLPCON0007-20."*
>
> ***Condiciones Financieras:***
>
> *"(...) Así las cosas, y una vez verificados los soportes financieros remitidos por el Departamento de Antioquia – Fabrica de Licores y alcoholes de Antioquia, el equipo verificador puede evidenciar que los mismos se ajustan respecto a los indicadores financieros, los cuales fueron acreditados a través del estado de situación financiera inicial. Por su parte, una vez realizado el proceso de transformación de La FLA como una unidad administrativa adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, a la hoy en día empresa industrial y comercial del estado, y con el fin de determinar la idoneidad y medir la fortaleza financiera, se procedió a verificar el histórico de los reportes administrativos de estado de situación financiera publicados por la Unidad Administrativa, encontrándose que La Fábrica de Licores y alcoholes de Antioquia, es una empresa que demuestra solidez y solvencia financiera para llevar a cabo la ejecución del contrato de concesión."*

Que el Honorable Consejo de Estado, mantiene línea jurisprudencial, respecto a la procedibilidad de la cesiones de contratos estatales, línea que se hace visible dentro de la sentencia 1999-03028 del dieciséis (16) de Marzo de 2015; con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, de la SUBSECCIÓN "C", de la SECCIÓN TERCERA dentro del proceso con Radicación No. 73001-23-31-000-1999-03028 (**31.619**); al sostener que:

"(...) 1.1. Reiterando las consideraciones expuestas en sentencia proferida por la Subsección C de 26 de marzo de 2014, expediente 22831, se observa que

"(...) 1.3. Los negocios jurídicos son instrumentos que permiten que las personas regulen o dispongan de los intereses radicados en su cabeza, exceptuados por supuesto aquellos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico prohíba su regulación o disposición, y dentro de ellos se distinguen los contratos que no son otra cosa que negocios jurídicos que se caracterizan por requerir de la presencia de dos o más partes para hacer la regulación o disposición y que lo regulado o dispuesto tiene un contenido económico.

Ahora, los contratos persiguen crear, regular o extinguir relaciones jurídicas económicas, tal como se lee en el artículo 864 del Código de Comercio, y por ende específicamente se puede afirmar que el contrato puede ser fuente de obligaciones, las que pueden surgir a cargo de una de las partes o de todas ellas, caso éste último en que el contrato se califica como sinalagmático o de obligaciones recíprocas.

Por su parte la obligación, como suficientemente se sabe, consiste en un vínculo jurídico en que una parte asume el deber de satisfacer una prestación en favor de la otra.

Con otras palabras, de la relación obligatoria surge un derecho personal para el acreedor que tiene por objeto una conducta o prestación del deudor, conducta que sólo puede ser exigida de éste.
El derecho personal del acreedor se denomina crédito y puede ser transferido a terceros mediante el negocio jurídico que la ley y la doctrina comúnmente llaman cesión del crédito y cuya regulación se encuentra en los artículos 1959 del Código Civil.

La "adpromissión" y la "expromissión" son formas de asunción de la deuda y en esencia persiguen, en el primer caso, que un tercero asuma la posición del deudor junto con éste o, en el segundo, que simplemente lo sustituya en ella.

Luego, como puede advertirse tanto en la cesión del crédito como en la asunción de deuda se trata de ocupar el lugar del acreedor o del deudor inicial pero considerando aislada o individualmente el crédito o la deuda.

Por su parte 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.

En este sentido la doctrina precisa que "en cambio, cuando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora-deudora)" (13) .

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 (14) o en su defecto, por voluntad de una de las partes contratantes (especialmente la parte contratista) (15).

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" (16).

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 (17) , 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 capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones y el objeto del contrato estatal (18)

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, pueda cumplir con las obligaciones inherentes al objeto del contrato."

Que por lo antes expuesto, el suscrito Secretario de Hacienda (e), teniendo en cuenta los fundamentos antes señalados

R E S U E L V E

ARTICULO PRIMERO: APRUÉBESE la cesión contenida con el radicado No. 2021010001128, de fecha diecinueve (19) de Marzo de 2021, celebrado entre el Departamento de Antioquia identificado con el Nit. 890.900.286-0 y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia EICE identificada con Nit. 901.436.775-1 concesionario del contrato No. 657 de 2020, cuyo objeto contractual es "CONTRATO BAJO LA MODALIDAD DE CONCESIÓN PARA LA PRODUCCIÓN, COMERCIALIZACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DEL AGUARDIENTE DOBLE ANÍS TRADICIONAL Y SIN AZÚCAR EN EL TERRITORIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA, LA CUAL SE OTORGA POR PARTE DEL DEPARTAMENTO EN SU CONDICIÓN DE TITULAR DEL MONOPOLIO DE LICORES DESTILADOS EN EL DEPARTAMENTO.".

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDÉNESE la modificación de las garantías del contrato No. 657 de 2020, con las novedades contenidas en el acto de cesión, las cuales deben ser allegadas por el CONTRATISTA, para que sean aprobadas por la Administración Departamental.

ARTÍCULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Se expide en Neiva a los diecinueve (19) días del mes de Marzo del año 2021

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:

MILTON MUÑOZ CORTES
Secretario de Hacienda (e)

Revisó: Manuel Ricardo Molina Archila
Componente Jurídico Secretaría de Hacienda