REQUISITOS PARA PERFECCIONAR LA CESIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES[1]

Sebastián Ramírez Grisales[2]

RESUMEN. Este escrito analizará los requisitos para perfeccionar la cesión de los contratos estatales, para lo que se seguirán, en líneas generales, las consideraciones realizadas por Richard S. Ramírez Grisales, en el libro la cesión[3]. De esta manera, se abordarán los siguientes contenidos: *i)* Se analizará el requisito de la «previa autorización», problematizando el momento cuándo debe darse esta actuación, los efectos que se siguen de que se celebre la cesión adoleciendo de este requisito, al igual que los instrumentos mediante los cuales puede otorgarse la autorización; *ii)* posteriormente se expondrán las conclusiones del autor aludido en torno a las calidades que debe acreditar el cesionario; *iii)* Por último, se estudiará el requisito de que la cesión recaiga sobre un tercero, donde se analizarán diferentes temas problemáticos y, en específico, la posibilidad de ceder la participación entre los integrantes del consorcio o la unión temporal.

Introducción

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en el inciso tercero, regula los requisitos especiales que debe reunir el acuerdo de cesión en materia de contratos estatales, de manera que esta norma debe estudiarse con bastante cuidado y detenimiento, ya que pese a ser breve encierra una importante parte de la regulación del tema; no obstante, también debe acudirse al desarrollo de esta figura en el Código de Comercio, en virtud de la remisión que hacen varias disposiciones del Estatuto Contractual —arts. 13, 32 y 40—, mediante la cual se llenan los aspectos no tratados en éste; pero sin dejar de observar los principios que rigen la contratación estatal y la lógica que le es propia, con lo que se hace referencia a aspectos como la declaración de *intuito personae* que le asigna el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— a estos contratos.

---

[1] Este ensayo, escrito para la sesión del 2 de abril de 2016, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación de un Profesor-Asesor, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA -que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo-, sino también para beneficio de la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es *la cesión*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Richard Ramírez Grisales.

[2] Auxiliar de investigación, nivel V, del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* -CEDA-.

[3] RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, 2014.

1. «Previa autorización» de la entidad contratante

Partiendo de los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se debe contar con *previa autorización* de la entidad contratante[4]. A partir de la exigencia anterior, Richard Ramírez señala que la celebración válida de la cesión queda sujeta a que la Administración faculte al contratista *de manera anticipada a su celebración*, de manera que este es el entendimiento que propone para el adjetivo *previa.* En tal sentido, señala que no es posible que la «autorización» se cumpla de manera posterior, sin afectar la validez del acuerdo, ya que ello constituiría en realidad algo diferente, una *aprobación*. Además, agrega que incumplir la autorización previa, cediendo irregularmente el contrato, conduce a un incumplimiento contractual por parte del contratista (cedente), que podría conllevar, eventualmente, a la declaratoria de caducidad del contrato; no obstante, lo procedente en estos casos consiste en exigir del contratista la ejecución material del contrato, impidiendo cualquier reconocimiento en favor del cesionario «putativo» —sin perjuicio de la controversia que pueda surgir entre cedente y cesionario—.

La idea global anterior debe problematizarse en torno al entendimiento que debe darse a la «previa autorización». El sentido otorgado en el párrafo anterior atiende a su literalidad; sin embargo, ¿sería viable interpretarlo teleológicamente, reduciendo su rigurosidad, pero manteniendo la finalidad del requisito? Lo anterior se sustenta en un análisis de cómo ocurre en la práctica la cesión de los contratos estatales, y partiendo de que la finalidad es que la entidad decida si permite que un contrato estatal se ceda, es decir, que se cuente con su pronunciamiento, aceptando o negando. En este sentido, a partir del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se percibe que la decisión sobre la autorización de ceder un contrato debe darse analizando *concretamente* las condiciones en que la cesión se haría y estudiando, particularmente, las calidades del cesionario; pero, cómo se haría esto si la autorización es previa, es decir, sin conocer de manera definitiva las condiciones de la cesión que, atendiendo a dicha lógica, sería posterior, dinámica que parece irrazonable.

En efecto, la decisión sobre la autorización de ceder —salvo el caso de que se haga desde los pliegos de condiciones— debe partir del conocimiento de las condiciones que tendría dicho acuerdo, de manera que se haga un verdadero estudio de la conveniencia sobre el negocio y el cabal cumplimiento del objeto contractual. Así, lo lógico es que el contratista le indique a la entidad,

[4] Inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante». Esta norma, como en general las que rigen la contratación estatal, se configuran partiendo del supuesto de que la Administración sea la *contratante*.

previamente, cuáles serían los parámetros de la cesión y en favor de quién se haría, para que esta decida si autoriza dicha modificación del contrato, de manera que sería necesaria la actuación posterior de la entidad aprobando cierta propuesta hecha por el contratista.

Que la actuación de la entidad sea posterior no suena descabellado, de hecho, se advierte como lo más lógico. El problema de proponer que el requisito consagrado en el inciso tercero del artículo 41 se cumpla mediante una *aprobación* —autorización posterior—, consiste en que se deja sin efecto útil el adjetivo añadido a la autorización, desconociendo la literalidad la norma y dejando sin efecto útil el adjetivo agregado a la «autorización».

No obstante, se considera que sí es posible partir de ese entendimiento, interpretando teleológicamente la norma, y entendiendo, como un posible sentido, que la previa autorización consiste simplemente en que debe contarse con la autorización de la entidad, quien decide si acepta o no una cesión. En efecto, si la decisión de la entidad se hace antes de conocer el contenido final que tendrá la cesión, ¿cómo controla que efectivamente el contratista atendió los parámetros fijados en la autorización si no es con un tipo de aprobación o aval posterior, que dé certeza a la Administración de que autorizó lo que efectivamente consideró autorizar?

La posibilidad anterior parte de entender que, materialmente, nada se garantiza o afecta con que la fecha del contrato de cesión y la de la autorización sea anterior o posterior; lo importante es que ambas confluyan, ya que la cesión solamente se perfecciona cuando se cuente con los dos. Un sentido similar al descrito es propuesto por GARCÍA-TREVIJANO GARNICA en el derecho español, donde la regulación de la figura es, incluso, más enfática en relación con que la autorización sea *previa*[5]; de esta manera, el autor avala la posibilidad de que la autorización sea posterior, en un asunto similar:

> «Obedecería a una visión extremadamente formalista la que pretendiera rechazar la posibilidad de que la autorización así prestada pueda desplegar sus efectos, simplemente con apoyo en la dicción literal del

[5] Así lo dispone el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCSP-: «Art. 226. Cesión de los contratos.

»1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

»2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

»a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión». (…) (cursiva fuera de texto)

> Artículo 115.2.a) de la LCA, en cuanto exige que la autorización se otorgue con carácter previo»[6].

Retomando la idea general, se considera que es al menos discutible la posibilidad de que la autorización no sea previa; por ejemplo, en el supuesto de que el contratista le entregue a la entidad el contrato de cesión firmado por el cedente y el cesionario, y que con base en él se otorgue la autorización, mediante acto administrativo, sin que sea necesario que se repita aquel documento, para que quede con fecha posterior.

Lo que no se discute es que la ausencia –definitiva- de autorización afecta el acuerdo realizado por el cedente y el cesionario, con la consecuencia apuntada por Richard Ramírez, esto es, que la entidad podrá ordenar al contratista que cumpla con la ejecución material del contrato, lo que se debe a que el acuerdo celebrado, con ausencia del requisito previsto en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, genera la inoponibilidad o ineficacia frente a la Administración, que deberá seguir cumpliendo sus obligaciones frente al contratista originario, y a él podrá exigirle el cumplimiento de las que le son propias.

La idea anterior se apoya en las disposiciones comerciales, ya que la Ley 80 de 1993 no contempla una consecuencia específica frente al incumplimiento del requisito de la autorización. En efecto, el artículo 894 del Código de Comercio prescribe: «la cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquélla se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, *sólo produce efectos* desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el artículo 888» (cursiva fuera de texto); disposición que se armoniza con el artículo 887 del mismo código, que se ocupa de los actos ineficaces prescribiendo: «cuando en este código se exprese que un acto *no produce efectos*, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial». De conformidad con las normas anteriores, y teniendo en cuenta que los contratos estatales siempre requieren *autorización* del cedido[7], concepto que debe asimilarse, para efectos de sus consecuencias, al de *aceptación*. Así, únicamente cuando se cumple este requisito el negocio de cesión celebrado entre cedente y cesionario es oponible a la Administración.

La consecuencia anterior también se extiende al caso de que la «previa autorización» se haga en los pliegos de condiciones —posibilidad que, por demás, es admitida por Richard Ramírez—, cláusula que haría cesible el contrato por decisión independiente del contratista; pero en el sentido de que debe *notificarse* al cedido —entidad— de la cesión, so pena de la ineficacia del acuerdo frente a la

---

[6] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. La cesión del contrato administrativo. La subcontratación. Madrid: Ed. Civitas, 1997. p. 61.

[7] Al menos en los típicos contratos estatales, donde la Administración es la contratante.

entidad, ya que la consecuencia del artículo 894 aplica tanto para los contratos cuya cesión requiere *aceptación*, como para los que basta la simple *notificación*. Conclusión que guarda armonía con el artículo 892 C.Co.[8] y con la posibilidad de hacer la reserva de no liberar al cedente, de que trata el artículo 893:

> «Art. 893. *Reserva de no liberar al cedente*. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, *al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente*, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor».
>
> »Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación».

En términos generales, de las últimas reflexiones se desprende que sin la puesta en conocimiento a la entidad sobre la cesión, o sin que ella dé la autorización, el acuerdo entre cedente y cesionario es inoponible a la administración, por ser ineficaz frente a ella.

Continuando con otro aspecto de la autorización, Richard Ramírez admite que se realice por los siguientes medios: *i) mediante un acto administrativo expreso*, posibilidad que no admite duda y de hecho fue el presupuesto del que se partió, en la mayoría de los casos, para las reflexiones anteriores.

ii) Como se anticipó, el autor parte de que la autorización, como únicamente se exigió que fuera previa, puede hacerse *en los pliegos de condiciones o en el contrato*, ya que se cumple con los elementos exigidos, agregando que puede permitirse de forma pura y simple, como condicionada a la acreditación de ciertos requisitos, por ejemplo, de solvencia del contratista o del cumplimiento de un porcentaje de la ejecución. Este aspecto puede presentar los siguientes inconvenientes, especialmente cuando la autorización se hace pura y simplemente, ya que se partió del principio de que la teleología que inspira al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, al no serle, ente otras cosas «indiferente para la administración la elección de su contratista, de allí que su escogencia se fundamente en un procedimiento reglado» –contratos *intuito personae en sentido*

[8] «Art. 892. *Responsabilidades del cedente y cesionario después de notificada la cesión*. El contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso».

»Si el cedente recibe o acepta tales prestaciones sin dar al contratante cedido aviso de la cesión o endoso del contrato, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa».

lato[9]-, consiste en que la Administración debe analizar, concretamente, el negocio de cesión propuesto, incluyendo quién sería el cesionario, para decidir si autoriza o no dicha modificación del contrato.

Cuando la autorización se hace en los pliegos de condiciones, especialmente de manera pura y simple, se contradice la finalidad aludida, ya que la Administración abstractamente permitió la cesión, como si le fuera indiferente, entre otras cosas, quién es su contratista. Con lo anterior se quiere indicar que, al menos si se considera legal dicha posibilidad —tornar abstractamente cesible lo que, en principio, no se puede ceder—, en todo caso, lo más conveniente es que la autorización se haga en cada supuesto y propuesta de cesión, salvo tipologías que podrían justificar una amplitud mayor de permisión, como un contrato de suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes, donde, aunque se exigen ciertos requisitos habilitantes, el puntaje y, por tanto, la elección de una propuesta entre las presentadas, se sustenta exclusivamente en el criterio económico.

iii) También se plantea que la autorización de cesión puede hacerse *mediante un acto ficto*, fruto del silencio administrativo positivo que rige en materia contractual –art. 25.16-: «16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley».

El autor aludido, luego de señalar las condiciones como procede el silencio administrativo positivo, que son generales para las distintas solicitudes que hace el contratista durante la ejecución del contrato, indica: «Para que el contratista invoque el silencio administrativo positivo a su favor debe protocolizar una escritura pública, ante notario, con la constancia o copia de recibo de la petición en la que solicitó la autorización para ceder el contrato estatal y la declaración juramentada de no haber sido notificada una decisión dentro del término de tres meses. La escritura suple el acto administrativo expreso, aprobatorio de la cesión, en atención a lo dispuesto por el artículo 85 del CPACA»[10].

La conclusión anterior se comparte en su totalidad, ya que, aunque se exija que la autorización de ceder deba ser por escrito, de conformidad con las formalidades que rigen la contratación estatal y en armonía con lo dispuesto en el artículo 888 del C.Co.[11], el silencio administrativo positivo es una institución

---

[9] Concepto y cita que realiza: RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La Subcontratación. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, 2012, p. 74.

[10] RAMÍREZ, La cesión, Op. Cit., p. 150.

[11] «Art. 888. Formas para hacer la cesión**.** La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito.

independiente, que hace abstracción de la formalidad escrita, pues un entendimiento diferente la haría nugatoria, en muchos casos, máxime si se tiene en cuenta que cualquier modificación del contrato estatal debe hacerse por escrito. Una interpretación contraria a la anterior restringiría excesivamente una figura que se estableció específicamente para la contratación estatal, y que, se repite, hace abstracción de la exigencia de forma escrita, pues los requisitos de existencia del acto ficto son los prescritos por las normas que regulan esta modalidad de acto, que al ser independiente, su regulación se basta a sí misma.

2. El cesionario debe acreditar determinadas calidades

Se comparten las conclusiones propuestas por Richard Ramírez, respecto a la acreditación de la capacidad jurídica y también a la idoneidad técnica y financiera del cesionario, pues, se reitera, a la entidad no le es indiferente quién es su contratista, como se señaló más arriba, en tanto los contratos estatales son *intuito personae,* al menos en sentido lato. Así las cosas, los criterios que la Administración debe tener en cuenta para ejercer su facultad discrecional de autorizar la cesión deben estar referidos a las exigencias plasmadas en el pliego de condiciones, que sirvieron como fundamento para seleccionar la oferta, de manera que deben mantenerse o mejorarse los mínimos requeridos.

En armonía con lo anterior, Richard Ramírez señala que debe tenerse en cuenta: *i)* el tipo de procedimiento de selección que originó la adjudicación; *ii)* el tipo de contrato a ceder; *iii)* el porcentaje de ejecución del contrato y las obligaciones que pretenden cederse, de manera que los requisitos anteriores, especialmente el primero, sean proporcionales; y *iv)* si la Administración liberará o no al cedente de las obligaciones asumidas con el contrato inicial –art. 893 C.Co-. Los criterios a tener en cuenta se comparten, de hecho, se destaca el tino del autor para proponerlos y explicarlos, al menos desde nuestra perspectiva.

3. El cesionario debe acreditar la condición de «tercero»

Es importante tener claridad en cuanto la noción de *tercero* en materia de cesión de contratos estatales, en razón a que dependiendo de ello se derivan importantes efectos en uno de los aspectos más relevantes: en quién se puede ceder el

---

«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».

contrato. La respuesta a esta cuestión no tiene plenos alcances generales, sino que se circunscribe a diversos supuestos que pueden presentarse dentro de un contrato estatal, siendo las variables posibles: *i)* que la cesión sea obligatoria o voluntaria, es decir, que tenga como fundamento la configuración de una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente que obligue al contratista a realizar la cesión, esto para el primer caso; y para el segundo, que la cesión se fundamente en una causa distinta al acaecimiento de una inhabilidad o incompatibilidad, como por ejemplo, que el contratista tenga que irse del país y no pueda ejecutar el contrato. *ii)* Además, en cada uno de los supuestos anteriores es necesario considerar si el contratista es singular o si se trata de un consorcio o unión temporal.

La noción de tercero es importante por cuanto la regulación mercantil establece que la cesión debe recaer en un tercero, por tanto, si se pretende transferir el contrato a alguien que no se enmarque en dicha categoría, se llegará a la conclusión de que no habrá cesión, sino un fenómeno diferente[12]. Esta exigencia también está consagrada en el Estatuto Contractual que, en el inciso tercero del artículo 9°, prescribe la obligación de ceder el contrato ante la configuración de una causal de inhabilidad o incompatibilidad[13]; y en el artículo 41[14], que se ocupa de la cesión para la generalidad de los casos, y aunque no establece expresamente este requisito se debe entender integrado por la remisión que hace el Estatuto Contractual a la normativa civil y comercial –EGCAP, Arts. 13, 32 y 40-.

---

[12] Sobre este asunto, el Código de Comercio establece: «Art. 887. *Cesión de contratos*. 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». (Negrilla fuera de texto).

[13] «Art. 9. *De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes*. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

»Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

»Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación *a un tercero* previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal».

[14] Establece el inciso segundo de esta norma que: «Los contratos estatales son "Intuito personae" y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante».

Siguiendo con el análisis planteado respecto a la cesión voluntaria del contratista singular, la cesión puede recaer en cualquier persona diferente del cedente, de esta manera, la entidad podría autorizar, inclusive, que el cesionario fuera una de las personas naturales que es socio en la sociedad cedente, pues en tal caso se trata de personas diferentes; claro está que en este caso hipotético, el cesionario, como en todos los casos, debe contar con la capacidad para continuar la ejecución del contrato[15]. Sin embargo, lo que no podría suceder es que el cedente pretenda transferir el contrato a una sucursal, pues no tienen personalidad jurídica autónoma, y dependen económica y administrativamente de la empresa principal, de manera que no serían terceros, por tanto en tales casos no operaría una cesión de contratos[16]. Hasta este punto, las ideas planteadas por Richard Ramírez coinciden con la perspectiva expuesta.

Ahora bien, cuando se trata de una cesión que se fundamenta en la configuración de una causal de inhabilidad o incompatibilidad en el contratista singular, la amplitud de los sujetos en quienes se puede ceder el contrato se reduce, por cuanto, además de lo señalado en el párrafo anterior, la cesión tampoco podrá recaer en una de las sociedades que haga parte de un grupo empresarial, es decir, no podrá tenerse como cesionario a una empresa subordinada, tanto cuando la subordinación sea directa, para el caso de las filiales, como cuando sea por intermedio de una filial, tratándose de subsidiarias. Esta posición es defendida por el Consejo de Estado:

> «En el presente caso, si existiera la inhabilidad sobreviviniente, la norma a aplicar la constituye el inciso primero del citado artículo, y es por ello que la sociedad Wackenhut de Colombia S.A. ha solicitado al INVIAS que le permita ceder el contrato a una sociedad que habría de constituirse, la cual sería también una sociedad subordinada de la misma matriz de la Wackenhut, con lo cual no se podría hablar en realidad, de que el contrato se cediera a un tercero, que es lo que debe acontecer en una cesión de contrato (art. 887 Código de Comercio), pues la transferencia del contrato se haría de una subordinada a otra subordinada de la sociedad matriz que las controla, lo que significa que en el fondo sigue siendo ésta la que se beneficia con el contrato [...]
>
> »Lo que sucede es que la sociedad propuesta para la cesión no es en realidad de verdad, un tercero, al cual válidamente se le pudiera

[15] La capacidad del cesionario para que la entidad considere conveniente permitir la cesión no es materia de análisis en esta instancia, por lo cual no se da mayor desarrollo. Por lo cual basta decir que las personas naturales pueden celebrar contratos con las entidades estatales.

[16] El Código de Comercio define las sucursales en los siguientes términos: «Art. 263. *Definición de sucursales - facultades de los administradores*. Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad».

> traspasar el contrato, puesto que se trataría de otra sociedad subordinada a la misma matriz, la cual por su dominio jurídico o económico sobre ella, le podría imponer su decisiones y su criterio sobre el manejo y la ejecución del contrato»[17].

A pesar de que se comparte la decisión tomada por el Consejo de Estado, el razonamiento con base en el cual llegó a la conclusión es discutible; esto se debe a que la corporación argumentó que en un supuesto como este el contrato no se cedería a un tercero (entendiendo tercero en los términos planteados por el artículo 887 del Código de Comercio); sin embargo, se considera que en este punto sí existe un tercero, pues si bien las sociedades filiales y las subsidiarias están subordinadas a la matriz, ellas cuentan con personería jurídica propia, con lo cual sí son posibles cesionarias de un contrato, incluso de uno estatal, pues si se partiera de tal razonamiento se llegaría a la conclusión de que incluso en derecho privado ello no sería posible por no cumplirse con los elementos esenciales de la cesión, siendo uno de estos la transferencia a un tercero. Lo que sucede en este caso es que la cesión tiene origen en una inhabilidad en el contratista, y es por la inhabilidad, y no por la falta de categoría de tercero que se proscribe la cesión en tales supuestos. Así, el motivo radica en la inhabilidad, porque lo que se busca es hallar el sentido teleológico de las normas del Estatuto Contractual: no permitir que el contratista directa o indirectamente se continúe beneficiando del contrato, a pesar de hallarse inhabilitado para contratar con el Estado, es decir, se busca preservar el principio de la moralidad administrativa al restringir el uso abusivo de la personalidad jurídica, que además es lo Richard Ramírez define como *tercero en sentido objetivo*[18].

Luego de analizar las situaciones del proponente singular, donde se expusieron conclusiones en las que coincide Richard Ramírez –sin querer decir que ello no sea aplicable a lo que sigue-, corresponde abordar el tema de la cesión en el caso de los consorcios y uniones temporales. Con base en la normativa contractual, para el caso de la cesión obligatoria, es decir, cuando se ha configurado en el contratista una causal de inhabilidad o incompatibilidad, se tiene que la cesión, además de las limitantes señaladas en párrafos anteriores, tampoco puede recaer en uno de los integrantes del consorcio o unión temporal; esto con fundamento en el inciso tercero del artículo 9° de la Ley 80 de 1993, que establece:

> «Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún

[17] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de mayo 17 de 2001. Exp. 1346. C.P. César Hoyos Salazar

[18] RAMÍREZ, La cesión. Op. Cit., p. 62.

> caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal».

Si respecto al supuesto anterior hay claridad, la confusión nace al considerar si tal prohibición de cesión del contrato, entre los miembros del consorcio o unión temporal, aplica tanto para la cesión obligatoria como para la voluntaria. El problema no parece tener una solución sencilla, lo que se debe a que la disposición que establece la prohibición de no ceder el contrato ente consorciados se encuentra integrada en una norma, que en su contexto, únicamente regula un supuesto de cesión: cuando se configure una causal de inhabilidad o incompatibilidad[19]; de ahí que surja la pregunta, ¿puede cederse el contrato entre miembros de un consorcio o unión temporal, cuando la cesión sea voluntaria y no por el acaecimiento de una inhabilidad o incompatibilidad? De este interrogante se ocupa el profesor Richard Ramírez, en los siguientes términos:

> «Un evento problemático, previamente estudiado, se predica respecto de la cesión entre integrantes o miembros de consorcios o uniones temporales. En estos casos, ¿puede predicarse la calidad de "tercero" (acepción subjetiva), en otro miembro del consorcio o unión temporal, para efectos de ceder el contrato estatal? La respuesta es negativa, con fundamento en cualquiera de las siguientes dos tesis. Por una parte, este supuesto se encuentra prohibido por la segunda parte del inciso tercero del Artículo 9 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, '[e]n ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal'. Por otra parte, supóngase que no existiera la restricción aludida; en este caso tampoco es válida la cesión en un integrante del consorcio o unión temporal dado que los consorcios o uniones temporales no tienen personalidad jurídica, sino solo capacidad para celebrar contratos con las entidades estatales, en virtud de la habilitación contenida en el Artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En estos casos se está en presencia, por tanto, de un contratista plural; esto es, la calidad de contratista se predica de cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal, de allí que, tal como se señalara en el numeral anterior, no es válida la cesión en el propio contratista»[20].

Pese a lo plausible de esta interpretación, que además encuentra fundamento en los anteriores estatutos contractuales, donde claramente se

[19] En efecto, el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 se ocupa de regular las inhabilidades sobrevinientes.

[20] Ibid., p. 162 y 163.

establecía la prohibición de ceder el contrato entre los integrantes del consorcio o unión temporal[21], es posible, en aras de enriquecer el pensamiento, plantear otra posición, con fundamento en lo que sigue: el estatuto actual que apoya la prohibición adolece de claridad, pues se encuentra integrada a una norma que se ocupa de regular el supuesto de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, y dentro de tal contexto regula la cesión del contrato, pudiéndose entender que cuando la norma señala en su segunda parte, que: «En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal», puede ser una aclaración a lo anterior, esto es a la regulación de la inhabilidad sobreviniente en un miembro de un consorcio, donde la cesión de la participación debe recaer en un tercero, regulándose claramente que no lo será, *para esos efectos,* otro de los miembros del consorcio.

Siguiendo tal perspectiva, y en vista de que las medidas limitativas de derechos deben interpretarse en sentido restrictivo, la prohibición únicamente cobija el supuesto de la cesión obligatoria —inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente—, no de la voluntaria; y no sería válido acudir a un criterio histórico para ampliar el espectro de acción de una prohibición.

Por los motivos anteriores, el primer fundamento expuesto en el texto comentado para prohibir la cesión voluntaria entre los consorciados no sería procedente. Sin embargo, el segundo argumento es bastante fuerte[22]; sin embargo, no es ajeno a cuestionamientos, esto es, el entendimiento que se le deba dar a la noción de tercero contenido en el artículo 887 del Código de Comercio.

Dicho concepto podría interpretarse simplemente en el sentido que el legislador lo haya utilizado para explicar la lógica de la cesión, significando que ocurrirá cuando cambie la persona obligada a ejecutar el contrato y a responder por el mismo, de manera que no se presenta cuando una sociedad le «ceda» el contrato a una de sus dependencias. En tal sentido podría incluirse la cesión de los consorcios o uniones temporales, pues si uno de los consorciados le cede a otro —supóngase que son 2 personas las que conforman la forma asociativa—, la persona obligada no seguiría siendo la misma, ya que en lugar de ser dos los

---

[21] De esta manera, el decreto 150 de 1976 establecía en su artículo 5°: «*De la prohibición de ceder el contrato*. Celebrado el contrato con varios proponentes no podrá haber cesión del mismo entre quienes integran el consorcio».

En forma igualmente clara se estableció la prohibición en el artículo 6° del Decreto Ley 222 de 1983: «Art. 6°. *De la prohibición de celebrar contrato*. Celebrado el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante.

»En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio».

[22] Que en los consorcios o uniones temporales, al no ser personas jurídicas, la calidad del contratista es plural, recayendo tal calidad sobre cada uno de los integrantes, por lo cual no podría cederse el contrato entre ellos, por no ser válida la cesión en el propio contratista.

responsables de la ejecución del contrato ahora sería una; de hecho, ya no habría consorcio, sino un contratista singular, con lo cual habría una modificación en el sujeto responsable de ejecutar el contrato.

Además, acudiendo a otro argumento, aunque en el derecho comercial no existen los consorcios, existen figuras similares; el ejemplo que más se adecúa es el de las cuentas en participación, cuya regulación se encuentra en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio. Al igual que en los consorcios, la participación es una forma de asociación que no origina una persona jurídica, de aquí que sea válido cuestionarse si el gestor puede ceder el contrato en otro de los partícipes, de lo que resulta que, con base en la autonomía de la voluntad, no hay impedimento para que ello se realice; además que ese acto jurídico produce los efectos propios de la cesión, entre otros, desplazar la responsabilidad por el cumplimiento del contrato y de los derechos a que da origen.

Analizando otras aristas, debe tenerse en cuenta que el contrato de cesión se celebra entre cedente y cesionario, de lo que resulta que es un contrato de derecho privado —siempre que se celebre entre particulares—, donde la entidad pública cedida, con su autorización, únicamente dota de eficacia el acuerdo, al permitir que un contrato cuya cesión se encontraba prohibida ahora pueda cederse[23]. Por este motivo, la autonomía de la voluntad en dicho contrato tiene mayor amplitud que en un contrato propiamente estatal, dicha naturaleza, exclusivamente privada, apoyaría la posibilidad de que un consorciado ceda su participación en otro, caso en el cual habría un cambio en los sujetos obligados con la ejecución del contrato.

De esta manera, la noción de tercero podría entenderse en el sentido de que al cederse ocurra una modificación en los sujetos obligados a ejecutar el contrato, presupuesto que se presentaría en el caso de cesión entre consorciados, donde en lugar de dos obligados ahora sería uno, modificándose radicalmente la composición subjetiva del contrato. No obsta decir que, bajo esta postura, la cesión debe estar acompañada del permiso de la entidad cedida, con lo cual quedará en sus manos conceder o no la autorización de cesión, posibilidad que genera más dudas sobre su procedencia si se acredita que el otro consorciado —o los nuevos que lo integren—, a quien se le trasferirá la totalidad del contrato cuente con los elementos para terminar lo que reste por ejecutar, es decir, que pese a la cesión se mantengan los requisitos técnicos y financieros exigidos que

[23] «En el caso de los contratos intuitu personae, la cesibilidad de la convención se encuentra sujeta a una autorización por parte del contratante cedido, sin que esto implique que la voluntad de este último sea necesaria para la formación del consentimiento en el contrato de cesión. Explico mi afirmación: el contratante cedido no es parte en el contrato de cesión y, por ende, su autorización no lo hace titular de ninguna obligación ni de ningún derecho de crédito. La autorización tiene por único efecto el de conferir la calidad de cesible a un contrato que en principio no la tenía». (MANTILLA ESPINOSA, Fabrico. La cesión de contrato, parte del libro: los contratos en el derecho privado. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2007).

condujeron a adjudicar el contrato, de conformidad con lo propuesto por Richard Ramírez, en cuanto a los requisitos que debe cumplir el cesionario, y que se trataron en el numeral 2. En este sentido, es posible que los consorcios o uniones temporales no siempre se creen con la finalidad de llenar falencias de sus integrantes, ya que dicha unión puede apoyarse en otras razones —*verbi gracia,* la especialidad de sus integrantes en la ejecución de parte del contrato— caso en el cual uno de los consorciados puede contar con todos los medios para ejecutar autónomamente el negocio, aunque quizá con unos costos mayores, que estaría dispuesto a soportar por obtener la utilidad total.

A partir de lo anterior, se pone en consideración la posibilidad de permitir la cesión voluntaria entre los integrantes del consorcio o unión temporal, es decir, por casos diferentes a la configuración de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, ya que en este caso está totalmente definida su improcedencia. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en caso de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente en el contratista o consorciado, este no puede ceder su participación en otra sociedad que se encontrara subordinada a la primera, pues dicha proscripción tiene fundamento en la inhabilidad y la protección del principio de moralidad administrativa, no así, el hecho de que no fuera un tercero, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en el concepto que fue citado. Este último aspecto se armoniza con lo que Richard Ramírez define como *tercero en sentido objetivo*, que se utiliza para los casos de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, donde la noción de tercero se amplía.

Pese a la larga discusión expuesta en este acápite, respecto a la posibilidad de ceder la participación de uno de los consorciados en otro, aspecto que se problematizó suficientemente, resta por exponer las conclusiones que expone Richard Ramírez, quien propone que el *sentido subjetivo de tercero*[24] se aplica en los casos de cesión voluntaria, sea que se trate de contratista individual o bajo las formas asociativas de consorcio o unión temporal; mientras que el *sentido objetivo*[25] se aplica a los casos de sesión impuesta, por sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en el contratista individual o en alguno de los integrantes del consorcio o unión temporal, caso donde el concepto se amplía, teniendo en cuenta el efecto moralizador del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Finalmente, el autor indica que el tercero, en vista de que pasará a ser parte de un contrato estatal, pese a que la cesión sea generalmente

[24] «En virtud del cual tiene tal calidad cualquier persona distinta del contratista o los integrantes del consorcio o unión temporal y a la entidad estatal contratante». (RAMÍREZ, La cesión, Op. Cit., p. 159).

[25] «Según el cual tiene tal calidad cualquier persona distinta al contratista o a los integrantes del consorcio o unión temporal y a la entidad estatal contratante, siempre y cuando tal persona no tenga un vínculo de dependencia o de subordinación con el contratista o con los integrantes del consorcio o unión temporal (futuros cedentes)». (Ibid, p. 159 y 160).

un contrato de derecho privado, no puede estar incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar.

Bibliografía

RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, 2014.

GARCÍA-TREVIJANO GÁRNICA, Ernesto. La cesión del contrato administrativo. La subcontratación. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. La Subcontratación. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, 2012.

MANTILLA ESPINOSA, Fabrico. La cesión de contrato, parte del libro: los contratos en el derecho privado, Universidad del Rosario, Legis.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de mayo 17 de 2001. Radicación: 1346. C.P. César Hoyos Salazar.