CCE-DES-FM-17

**CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Clasificación – Fundamento**

[…] existen dos (2) formas de ceder el contrato estatal: una bilateral y otra unilateral. La primera se fundamenta en el artículo 41, inciso tercero, de la Ley 80 de 1993, que –en concordancia con los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio– requiere la celebración de un contrato previa autorización escrita de la entidad contratante. La segunda se fundamenta en los parágrafos primero y segundo del artículo 9 del Estatuto General de Contratación, adicionados por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, y requiere la expedición de un acto administrativo. De esta manera, en el marco de las garantías del debido proceso reguladas en el artículo 29 constitucional, […] se analizará el procedimiento para la cesión unilateral del contrato estatal.

**CESIÓN UNILATERAL – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias**

Dado que a la fecha no se ha reglamentado el procedimiento especial del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, la respuesta a la inquietud planteada en el párrafo precedente es transcendental por los efectos prácticos de ambas posturas. Por un lado, quien opte por la *tesis de la aplicación directa* debe acudir a las normas del procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011. Esta solución se fundamentaría en el artículo 2, inciso final, del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el cual se aplicaría también en virtud de la remisión prevista en el artículo 77 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por el contrario, quien sostenga la *tesis de la reglamentación* no podría llenar el vacío con las normas anteriormente citadas, ya que en esta postura la expedición del decreto correspondiente es una condición necesaria para la cesión unilateral del contrato. Naturalmente, estas dos (2) tesis presuponen un modelo de relación entre la ley y el reglamento.

**REGLAMENTACIÓN PREVIA – Cesión unilateral – Ley 2014 de 2019**

[…] si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando «[…] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria […]». En este tipo de situaciones, «[…] las autoridades no tienen -ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación».

En ese orden de ideas, es posible afirmar que el legislador reconoce, en el artículo 6, la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2014 de 2019, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para el procedimiento de cesión unilateral del contrato estatal conforme al parágrafo 2 *ibidem*. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma condicionó el procedimiento a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido y antecedentes legislativos. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con el trámite para la selección del cesionario.

Bogotá D.C., **24/09/2020 Hora 18:50:55s**

**N° Radicado: 2202013000009167**

Señor

**Jeffrey León Balcero**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 551 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Clasificación – Fundamento / CESIÓN UNILATERAL – Tesis de la aplicación directa – Tesis de la reglamentación – Diferencias / REGLAMENTACIÓN PREVIA – Cesión unilateral – Ley 2014 de 2019 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000007057 |
|  |  |

Estimado señor Balcero:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 18 de agosto de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Cuál es la reglamentación del procedimiento que debe seguir una entidad estatal para determinar el cesionario del contrato, en el marco de la figura de la cesión unilateral obligatoria del contrato, prevista por el artículo 6, parágrafo 1 de la Ley 2014 de 2019? […]» y ii) «En caso que no exista una reglamentación al respecto ¿cuál es el procedimiento administrativo que debe aplicar la entidad estatal para determinar el cesionario?».

1. **Consideraciones**

Para resolver las inquietudes planteadas, en primer lugar, se analizará la figura de la cesión del contrato estatal y, en segundo lugar, se explicará la necesidad de la reglamentación previa para efectos del procedimiento de cesión unilateral del contrato que se regula en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-514 del 26 de agosto de 2020, C-516 del 26 de agosto de 2020, C-535 del 26 de agosto de 2020, C-537 del 26 de agosto de 2020, C-538 del 26 de agosto de 2020, C-568 del 26 de agosto de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020 y C-582 del 28 de agosto de 2020, explicó la relación entre la ley y el reglamento, de manera que si bien, por regla general, la primera rige a partir de su promulgación, excepcionalmente esta requiere desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación. En lo pertinente, la tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación:

**2.1. Cesión bilateral y unilateral del contrato estatal**

Conforme a lo previsto en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, la cesión de los contratos juega un papel importante en la gestión de los intereses patrimoniales de los sujetos de derecho privado, ya que –a diferencia de la regulada en los artículos 1959 y siguientes del Código Civil– facilita el tráfico jurídico tanto de los derechos como de las obligaciones surgidos con ocasión del acuerdo de voluntades, lo que permite su transferencia total o parcial a terceros como negocio generador de riqueza[[1]](#footnote-1).

 Al respecto, la cesión puede entenderse como un acto y como un efecto. Por un lado, «[…] es el contrato con el cual el cedente, parte de otro contrato ya en curso con otro sujeto (cedido), transfiere la relativa posición contractual (en sus componentes activos y pasivos) al cesionario, el cual le subentra (sic) en la relación con el cedido […]»[[2]](#footnote-2). Por otro, «[…] es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le subentra (sic) en la relación con la contraparte […]»[[3]](#footnote-3). Por tanto, la cesión de una posición contractual es una figura jurídica que permite que terceros ajenos a los contratantes iniciales participen en negocios que se están ejecutando cuando no se hayan cumplido la totalidad de las obligaciones, permitiendo que sea este tercero el que cumpla las obligaciones contractuales faltantes. En efecto:

[…] 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) […][[4]](#footnote-4).

 No obstante, para efectos de los contratos celebrados con el Estado, la cesión tiene una sustantividad propia, pues el artículo 41, inciso tercero, de la Ley 80 de 1993 dispone que «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 contiene una prohibición general –*faceta negativa*– y una autorización excepcional –*faceta positiva*–.

 En lo que respecta a la *faceta negativa*, el artículo 41 del Estatuto General ordena que el contrato se ejecute con quien inicialmente se celebró el acuerdo de voluntades, pues es la persona que –de acuerdo a los criterios definidos por la entidad para la selección del contratista– resulta idónea para cumplir con las obligaciones. De esta manera, la prohibición contenida en la norma citada es uno de los elementos de la naturaleza del contrato estatal, pues –conforme a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil– es de aquellos «[…] que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial […]»[[5]](#footnote-5).

 En su *faceta positiva*, la Ley 80 de 1993 permite excepcionalmente la cesión del contrato estatal siempre que exista autorización previa escrita de la entidad contratante. Por ello, «[…] El cocontratante que "ceda" el contrato sin estar autorizado para ello incurre en grave responsabilidad: su actitud implica "incumplimiento" del contrato; de ahí que esa cesión ilícita no resulte oponible a la Administración Pública […]»[[6]](#footnote-6). Este requisito introduce un elemento especial que no está previsto en el Código de Comercio, pues en el derecho privado –salvo las excepciones previstas en la ley– la cesión requiere el acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario, sin que medie la aceptación del contratante cedido.

 Autorizada previamente por la entidad cedida, esta forma de cesión requiere la suscripción de un contrato entre el cedente y el cesionario, por lo que es bilateral en la medida en que requiere un acuerdo voluntades. Con fundamento en el mismo, el cesionario reemplaza –en todo o en parte– al contratista cedente en la ejecución del contrato estatal, respondiendo por el cumplimiento de las obligaciones frente a la Administración. Sin embargo, el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019 –que modificó el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, sobre inhabilidades sobrevinientes– dispone una forma de cesión unilateral del contrato. Para estos efectos, la norma dispone lo siguiente:

Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este 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 un proceso de selección, 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, este 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.

Parágrafo 1º. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

Parágrafo 2º. El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses.

 Como disponen los parágrafos de la disposición citada, la cesión unilateral del contrato supone la configuración sobreviniente de la inhabilidad prevista en el artículo 8, literal j) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993 o que el contratista sea sancionado administrativamente por actos de corrupción, situaciones en los que la Administración escoge al cesionario conforme al trámite dispuesto en el reglamento[[7]](#footnote-7).

 Por su parte, los tres (3) primeros incisos de la norma citada conservan la redacción inicial de la Ley 80 de 1993. De hecho, la regulación de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes fue una innovación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues el tema no fue abordado en los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983. Naturalmente, no se trata de causales nuevas, sino de su configuración posterior antes de que finalice el procedimiento de selección o después de perfeccionado el contrato. En efecto, si el acuerdo se celebra con personas en situación de inhabilidad o incompatibilidad, este surge a la vida jurídica viciado de nulidad absoluta. En contraste, si se generan en forma sobreviniente, el contrato no es inválido porque se perfeccionó de forma lícita; pero conforme al principio de moralidad administrativa, se producen las consecuencias dispuestas por el legislador.

 Por un lado, si la inhabilidad o incompatibilidad se configura después del perfeccionamiento del contrato, el contratista cederá el contrato a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante; pero si esto es posible, está obligado a renunciar a la ejecución. Por otra parte, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un procedimiento de selección, se entiende que el proponente renuncia a la participación y a los derechos surgidos del mismo. Finalmente, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los integrantes de un proponente plural, este debe ceder su participación con la autorización escrita del contratante, con la restricción de que el cesionario no puede ser alguno de los demás integrantes del consorcio o la unión temporal[[8]](#footnote-8).

 Esta precisión es importante, porque en ausencia de los parágrafos introducidos por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, cualquier inhabilidad sobreviniente que afecte al contratista se regiría por el inciso primero de la norma citada, que corresponde a la redacción inicial de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, el legislador buscaba un efecto distinto para los contratistas en los que se configurara la inhabilidad del artículo 8, literal j) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993 o que fueran sancionados administrativamente por actos de corrupción, pues estos casos no son procedentes la cesión bilateral del contrato ni la renuncia a la ejecución. Todo lo contrario, el cumplimiento de las obligaciones continuará con el cesionario que la Administración escoja unilateralmente. Por ello, en la exposición de motivos del proyecto que originó la Ley 2014 de 2019, la Cámara de Representantes explicaba que conforme a la redacción inicial del artículo 9 de la Ley 80 de 1993:

[…] cuando una persona es condenada por peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abuso de autoridad o usurpación y abuso de funciones públicas, le corresponde ceder el contrato o renunciar a su ejecución si lo primero no es posible.

Sin embargo, lo anterior no garantiza la verdadera separación del corrupto y los contratos estatales, porque cuando la entidad decide no aceptar la cesión se enfrenta a un dilema jurídico para aplicar la “renuncia a la ejecución” que debe hacer el contratista.

De manera práctica, la renuncia implicaría la terminación unilateral del contrato. No obstante, esta no es una de las causales señaladas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, por lo que las entidades no la aplican por temor a incurrir en prevaricato[[9]](#footnote-9).

 Si bien el articulado del proyecto inicial incorporaba la configuración la inhabilidad del artículo 8, literal j) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993 como una causal de terminación unilateral, a partir de la plenaria se optó únicamente por la cesión unilateral del contrato conforme al texto definitivo aprobado, el cual no tuvo cambios durante el trámite de conciliación[[10]](#footnote-10).

 Conforme a la explicación precedente, existen dos (2) formas de ceder el contrato estatal: una bilateral y otra unilateral. La primera se fundamenta en el artículo 41, inciso tercero, de la Ley 80 de 1993, que –en concordancia con los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio– requiere la celebración de un contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante. La segunda se fundamenta en los parágrafos primero y segundo del artículo 9 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, adicionados por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, y requiere la expedición de un acto administrativo. De esta manera, en el marco de las garantías del debido proceso reguladas en el artículo 29 constitucional, en el siguiente apartado se analizará el procedimiento para la cesión unilateral del contrato estatal.

**2.2. Procedimiento para la cesión unilateral del contrato estatal: intervención necesaria del reglamento para su efectividad**

Considerando que el artículo 9, parágrafo 2, de la Ley 80 de 1993 dispone que el gobierno nacional reglamentará el procedimiento de cesión del contrato, en un término no mayor de seis (6) meses desde la entrada en vigencia de la Ley 2014 de 2019, es necesario analizar: i) si la cesión unilateral adicionada por el artículo 6 de la ley citada aplica directamente o, por el contrario, ii) si su efectividad está condicionada a la expedición reglamento correspondiente.

 Dado que a la fecha no se ha reglamentado el procedimiento especial del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, la respuesta a la inquietud planteada en el párrafo precedente es transcendental por los efectos prácticos de ambas posturas. Por un lado, quien opte por la *tesis de la aplicación directa* debe acudir a las normas del procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011. Esta solución se fundamentaría en el artículo 2, inciso final, del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el cual se aplicaría también en virtud de la remisión prevista en el artículo 77 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[11]](#footnote-11). Por el contrario, quien sostenga la *tesis de la reglamentación* no podría llenar el vacío con las normas anteriormente citadas, ya que en esta postura la expedición del decreto correspondiente es una condición necesaria para la cesión unilateral del contrato. Naturalmente, estas dos (2) tesis presuponen un modelo de relación entre la ley y el reglamento.

 Tratándose de la *tesis de la aplicación directa*, la intervención del reglamento es accesoria, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite. De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, la jurisprudencia explica que la competencia reglamentaria prevista en el artículo 189.11 superior también corresponde a un poder discrecional[[12]](#footnote-12). Al respecto, agrega que:

Se trata de una atribución conferida por el constituyente al Presidente de la República en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa, la cual le permite expedir actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, con la finalidad de reglamentar las leyes para su cumplida ejecución.

De la potestad reglamentaria también puede decirse que fue concebida con carácter intemporal, de suerte que ante la necesidad de reglamentar una ley por el Presidente de la República, éste en su condición de Suprema Autoridad Administrativa puede hacerlo en cualquier tiempo, siempre y cuando se mantenga vigente la ley objeto de reglamentación; incluso, puede el Presidente de la República modificar y hasta derogar los decretos que previamente haya expedido en ejercicio de dicha función, como una especie de facultad discrecional que puede activar al ser encargado de la conducción de los destinos públicos, funcionario que además determina la conveniencia y oportunidad con que ello debe realizarse[[13]](#footnote-13).

 En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contienen unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios. No obstante, es importante precisar que tratándose del procedimiento administrativo para la cesión unilateral del contrato, la falta de reglamentación no autoriza a las entidades para realizar un trámite *ad hoc*. Todo lo contrario, en la medida que los procedimientos administrativos –conforme al artículo 29 superior– son una manifestación de las «formas propias de cada juicio», sería necesario aplicar la remisión a las normas del Código de Procedimiento Administrativo conforme al artículo 2, inciso final, de la Ley 1437 y el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

 Por su parte, la relación entre estas dos (2) fuentes del derecho es totalmente diferente en la *tesis de la reglamentación*. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. Este el caso del artículo 6, parágrafo 2, de la Ley 2014 de 2019, pues dispone que «El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato […], en término no mayor a seis (6) meses».

 Desde el punto de vista del acatamiento de las normas superiores, el decreto no quedaría viciado de nulidad si se ejerce la potestad reglamentaria después del plazo previsto en la ley, pues la competencia del artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 es, en principio, intemporal. No obstante, contiene un mandato de reglamentación que debe acatar el gobierno nacional[[14]](#footnote-14). Sin el decreto la ley es inaplicable, porque delega en una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en la misma. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce «[…] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que […] la concreten» (Corchetes fuera de texto)[[15]](#footnote-15).

 Este tipo de lagunas no es ajeno a la contratación estatal, ya que –conforme a los antecedentes de la consulta– la aplicación del factor de desempate del artículo 3 de la Ley 2040 de 2020 también está condicionada por su reglamentación previa en los términos del artículo 4 *ibidem*. Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato[[16]](#footnote-16).

Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigor un plazo o una condición. Ejemplo de una norma que establece un plazo es la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 265 disponía «la presente ley entrará a regir cuatro meses después de su sanción y publicación». El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó este plazo hasta el 1 de julio de 2021.

Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció «Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección». La ley creó una modalidad de selección, la selección abreviada, sin embargo, esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: expedir el reglamento. Sobre este asunto, es preciso llamar la atención sobre la jurisprudencia. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

[…] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)[[17]](#footnote-17).

La referencia hecha en una ley a que el Gobierno Nacional reglamentará la materia es un reconocimiento de que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Naturalmente, este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigencia; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

Para la Subdirección de Gestión Contractual, las consideraciones de los párrafos precedentes también son aplicables al tema objeto de consulta, ya que el Congreso de la República dispuso la expedición de un decreto reglamentario para regular el procedimiento de la cesión del contrato estatal, por lo que no son aplicables las disposiciones legales subsidiarias de la Ley 1437 de 2011, sino las contenidas en el reglamento correspondiente. Por ello, en ausencia de este último existe una *laguna técnica* que impide desarrollar un trámite *ad hoc* para la cesión unilateral del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019.

En este caso, la necesidad de la reglamentación previa también deriva de los antecedentes legislativos. En lo pertinente, el texto inicial del artículo 4 del Proyecto de Ley No. 163 de 2018 disponía que «Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato […]. En este caso la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, deberá expedir en un término de 6 meses la reglamentación correspondiente para definir el procedimiento más efectivo en el marco de la cesión del contrato, contemplada en este parágrafo según cada modalidad de selección de contratista»[[18]](#footnote-18). No obstante, aunque en el primer debate de Cámara y Senado existía la duda sobre si la reglamentación sería competencia de Colombia Compra Eficiente o del Gobierno Nacional, a partir del segundo debate –como constan en las Gacetas del Congreso 517 del 12 de junio de 2019 y 1171 del 2 de diciembre de 2019– la atribución se encomendaría a este último.

Especialmente, tratándose de la cesión unilateral del contrato la remisión al reglamento es razonable y está justificada. De hecho, si eventualmente se aplicaran las normas generales del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, uno de los primeros obstáculos prácticos es si la cesión se realiza a través del procedimiento administrativo sancionador –art. 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011– o no sancionador –art. 34 y siguientes *ibidem*–. El artículo 6 de la Ley 2014 de 2019 no definió la naturaleza jurídica de la actuación, y esta determina tanto las etapas como los plazos del trámite. Por otra parte, las normas generales tampoco definen si el procedimiento se adelanta únicamente con el contratista cedente o si, además, es necesario vincular al cesionario como tercero interesado. Lo más importante es que las normas generales no definen la forma de escoger el cesionario. En este caso, ¿podrá seleccionar a quien ocupe el segundo lugar del procedimiento de selección? ¿debe aplicar un procedimiento especial para seleccionar al cesionario de una pluralidad de posibles aspirantes? ¿podrá hacerlo directamente? Estas y otras inquietudes son las que debe solucionar el reglamento, lo que redunda en la necesidad de su expedición.

Desde esta perspectiva, si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando «[…] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria […]»[[19]](#footnote-19). En este tipo de situaciones, «[…] las autoridades no tienen -ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación»[[20]](#footnote-20).

En ese orden de ideas, es posible afirmar que el legislador reconoce, en el artículo 6, la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2014 de 2019, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para el procedimiento de cesión unilateral del contrato estatal conforme al parágrafo 2 *ibidem*. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma condicionó el procedimiento a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido y antecedentes legislativos. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con el trámite para la selección del cesionario.

1. **Respuesta**

i) «¿Cuál es la reglamentación del procedimiento que debe seguir una entidad estatal para determinar el cesionario del contrato, en el marco de la figura de la cesión unilateral obligatoria del contrato, prevista por el artículo 6, parágrafo 1 de la Ley 2014 de 2019? […]».

ii) «En caso que no exista una reglamentación al respecto ¿cuál es el procedimiento administrativo que debe aplicar la entidad estatal para determinar el cesionario?».

Conforme a lo explicado en el presente concepto, a la fecha no se ha expedido el decreto reglamentario del artículo 6, parágrafo 2, de la de la Ley 2014 de 2019. Frente a la ausencia de esta norma existe una *laguna técnica* que impide aplicar el procedimiento para la cesión unilateral del contrato.

 Al respecto, la aplicación de las normas generales del procedimiento administrativo es insuficiente, porque –además de que la Ley 2014 de 2019 no define si la actuación es sancionadora o no sancionadora para efectos de las etapas y plazos del trámite– la Ley 1437 de 2011 no dispone la forma de seleccionar al cesionario. En estas circunstancias, conforme a la garantía del debido proceso previsto en el artículo 29 superior, las entidades no pueden adoptar procedimientos *ad hoc*.

Por tanto, el legislador reconoce, en el artículo 6, la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2014 de 2019, lo que demuestra una vigencia sometida a condición para el procedimiento de cesión unilateral del contrato estatal conforme al parágrafo 2 *ibidem*. Es decir, nos encontramos frente a un caso donde la norma condicionó el procedimiento a la expedición de un reglamento, pues así se infiere de su contenido y antecedentes legislativos. Esta conclusión se ajusta a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento, en relación con el trámite para la selección del cesionario.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Al respecto, el artículo 887 del Código de Comercio dispone lo siguiente: «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».

En contraste, el artículo 1959 del Código Civil prescribe que «La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento». [↑](#footnote-ref-1)
2. ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 547. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-3)
4. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 357. [↑](#footnote-ref-4)
5. No en vano, «Quien contrata con la administración debe reunir condiciones previas, acreditadas por muy distintos medios, relativas a su capacidad técnica, financiera e incluso moral. De esas personas se ha seleccionado aquella que resulta la más conveniente para el caso, y esa persona no puede ser reemplazada por otra, por la sola decisión de ese cocontratante.

»De ahí que el principio del cumplimiento personal de sus obligaciones por el cocontratante particular es una exigencia del contrato administrativo que resulta de su naturaleza, por lo que su aplicación es ineludible, aun en los casos en que no existen cláusulas expresas que impongan esa prestación personal o que prohíban la cesión o trasferencia del contrato o la subcontratación» (ESCOLA, Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 2012. p. 424). [↑](#footnote-ref-5)
6. MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo IIIA. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965. p. 116. [↑](#footnote-ref-6)
7. Es necesario tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019 también modificó el artículo 8, literal j) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-7)
8. Aunque el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 no regula el tema de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, es necesario tener en cuenta que el artículo 9, inciso cuarto, de la Ley 1150 de 2007 dispone que «[…] si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, [el acto de adjudicación] podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993» (Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-8)
9. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 163 de 2018. Gaceta No. 736 del 20 de septiembre de 2018. p. 22. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Texto definitivo aprobado en Sesión Plenaria el día 16 de diciembre de 2019 al Proyecto de Ley No. 119 de 2019 Senado, 163 de 2018 Cámara. Gaceta No. 1231 del 17 de diciembre de 2019. p. 5 y ss.

En contraste, el texto inicial del artículo 4 del Proyecto de Ley No. 163 de 2018 disponía: «Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 9 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

»“Parágrafo. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. En este caso, es obligación de la entidad estatal, en acto administrativo debidamente motivado, disponer de la terminación anticipada y unilateral del contrato, sin que haya lugar a indemnización alguna».

»Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato, respetando las normas de la modalidad de selección de contratista correspondiente. En este caso la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, deberá expedir en un término de 6 meses la reglamentación correspondiente para definir el procedimiento más efectivo en el marco de la cesión del contrato, contemplada en este parágrafo según cada modalidad de selección de contratista”». [↑](#footnote-ref-10)
11. El inciso final del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 dispone que «Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código».

Además, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 prescribe lo siguiente: «En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil». [↑](#footnote-ref-11)
12. El artículo 189.11 de la Constitución Política de 1991 dispone que corresponde al Presidente de la República «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes». [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 9 de junio de 2011. Rad. 25000232400020100062901(ACU). C.P. Susana Buitrago Valencia. [↑](#footnote-ref-13)
14. No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria «[…] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. *La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo*» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)
15. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: «[…] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.» (*Ibidem*).

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. pie de página No. 10 *ut supra*. [↑](#footnote-ref-18)
19. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203. [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-20)