**CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Noción**

La cesión de la posición contractual 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 encuentra en la relación con el cedido (…)”. Por otro, “(…) es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le encuentra en la relación con la contraparte (…)”. De esta manera, concurren tres (3) sujetos: i) el cedente, esto es, el contratista inicial; ii) el cesionario, es decir, quien asume total o parcialmente los derechos y obligaciones de este último; y iii) el cedido que, en el caso de los contratos estatales, sería la entidad suscribiente. Por tanto, la cesión de contrato es una figura jurídica por la que terceros ajenos a los contratantes iniciales participan en negocios que están ejecutando cuando no se hayan cumplido la totalidad de las obligaciones, permitiendo que sean éstos quienes realicen las prestaciones faltantes.

**CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos – Restricciones**

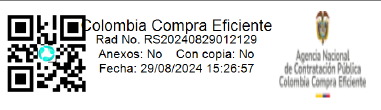
Por lo demás, el Consejo de Estado ha precisado como requisitos de la cesión del contrato estatal los siguientes: i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar; y iii) el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera suficientes para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato cedido.

Bogotá D.C., 29 de Agosto de 2024

Señor:

**Esequiel Vega Achagua**

[vega9008@hotmail.com](mailto:vega9008@hotmail.com)

****Yopal - Casanare

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 366 de 2024** |
| **Temas:** | * CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Noción/ CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos – Restricciones |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240719007412 |

Estimada señor Vega:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 19 de julio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“[…]¿pero es necesario que tambien cumpla con los requisitos ponderables del pliego?, ¿es necesario que la experiencia aportada del cesionario sea antes de la fecha de cierre del proceso o se puede acreditar con experiencia general con fecha posterior al cierre pero que esta terminada y liquidada al momento de la cesion?”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son los requisitos para la cesión de un contrato de obra?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Al respecto, el contrato estatal es intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante, tal y como lo prescribe el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; es decir, la cesión del contrato es permitida siempre que medie autorización escrita de la entidad contratante.  Téngase presente que la norma de forma taxativa no contempla requisitos para la cesión del contrato, salvo lo previamente citado, no obstante lo anterior, el cesionario deberá acreditar ante la Entidad Contratante el cumplimiento de los requisitos establecidos en los documentos precontractuales y contractuales del proceso de contratación, a fin de garantizar la capacidad financiera, jurídica y técnica para ejecutar el contrato, respetando los criterios normativos que resulten aplicables al proceso de contratación, entre otros, los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, a fin de evitar la afectación del erario público por aprobar una cesión sin el cumplimiento de los requisitos de idoneidad del cesionario.  Ahora bien, cuando se trate de un contrato de obra en donde exista pliego tipo, teniendo en cuenta que el artículo 2.2.1.2.6.1.4. del Decreto 1082 de 2015 que establece la inalterabilidad de estos y en virtud de el mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, en donde le asiste a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dar aplicación a las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, le corresponderá a la Entidad Pública verificar que el cesionario cumpla con los requisitos exigidos en el pliego tipo.  Asi mimo, el Consejo de Estado señaló requisitos adicionales como: 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 causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar; y iii) el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera suficientes para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato cedido.  En conclusión, debe advertirse que es la entidad contratante, al momento de adelantar su actividad contractual, quien debe determinar lo correspondiente a la cesión del contrato estatal. Dado esto, y en atención al alcance la función consultiva atribuida a esta Agencia, lo aquí mencionado no constituye un juicio de valor sobre un proceso contractual particular . |
|  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* La cesión de contrato es la figura jurídica que permite el traspaso de los derechos y obligaciones que emanan de un contrato; de tal manera que, un tercero ajeno a la relación inicial ocupa el lugar del contratista y se obliga a continuar dando cumplimiento a la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato. Es decir, un tercero, se subroga en los derechos y obligaciones del cedente, por medio de la modificación del contrato estatal originario.
* La cesión de la posición contractual 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 encuentra en la relación con el cedido (...)”. [[1]](#footnote-2)Por otro, “(...) es la transferencia de la posición contractual de un contratantea otro sujeto, que le encuentra en la relación con la contraparte (...)”[[2]](#footnote-3).
* En la Cesión de los contratos, concurren tres (3) sujetos: i) el cedente, esto es, el contratista inicial; ii) el cesionario, es decir, quien asume total o parcialmente los derechos y obligaciones de este último; y iii) el cedido que, en el caso de los contratos estatales, sería la entidad suscribiente.
* Tratándose de la cesión de contratos estatales, conforme a la regulación del EGCAP, confluyen una mixtura entre el derecho público y privado en su regulación. En efecto [[3]](#footnote-4):

1. los contratos estatales se regirán por las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en lo concerniente a las materias particularmente reguladas en dicha ley, de acuerdo con lo prescrito en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 19935, por lo que deben observarse en primer término las disposiciones establecidas en el EGCAP;
2. corresponderán como actos jurídicos bilaterales generadores de obligaciones, entre otros, a los previstos en el derecho privado, en los términos del artículo 32 *ibidem*; y
3. contendrán las estipulaciones que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza, conforme a lo dispuesto por el artículo 40 *ibidem*.

* En ese sentido, es pertinente indicar que cuando no se encuentren en la Ley 80 de 1993 disposiciones que permitan desarrollar la cesión del contrato estatal, se aplicará el Decreto Ley 410 de 1971 en las normas que rigen la cesión del contrato contenidas en sus artículos 887 y siguientes del Código de Comercio.
* Conforme a 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[[4]](#footnote-5). Para la doctrina, “La cesión del contrato sirve para hacer posible la *circulación del contrato en su integridad*, es decir, para hacer *subintrar* un extraño en la categoría de parte contractual, en *lugar* de uno de los contratantes originarios”[[5]](#footnote-6).
* En este sentido, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece disposiciones específicas relativas a la figura de la cesión contractual, de tal manera que, las normas relativas a la cesión del contrato contenidas en sus artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, serán procedentes ante la ausencia de norma que de manera particular que regula el asunto frente a la categoría especial del contrato estatal.
* Ahora bien, el inciso tercero del artículo 41 del EGCAP prescribe 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 con 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 […]”[[6]](#footnote-7).
* 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 […]”[[7]](#footnote-8). 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.
* En relación con lo anterior la doctrina define la cesión en los contratos estatales de la siguiente manera:

“La cesión en la contratación estatal supone, previa autorización de la entidad contratante, la sustitución *in genere*, total o parcial, de una de las partes de la relación jurídica (contratante o contratista) por un tercero, que se subroga en los derechos y obligaciones de aquella, por medio de la modificación del contrato estatal originario. La cesión posibilita el reemplazo total o parcial de una parte en su posición contractual originaria, sin que sea precisa la transferencia individual de cuantos derechos y obligaciones conforman la universalidad jurídica a ceder […]”[[8]](#footnote-9).

* 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. El inciso primero del artículo 888 del Código de Comercio señala que “La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito”. Como el contrato estatal es solemne en los términos de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, se impone la forma escrita para cederlo.

* Por lo demás, el Consejo de Estado ha precisado como requisitos de la cesión del contrato estatal los siguientes: 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 causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar; y iii) el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera suficientes para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato cedido.
* En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado que, en la medida que el tercero cesionario asume la posición contractual del contratista cedente, las disposiciones, los pliegos de condiciones y el contrato mismo serán aplicables a quien asuma la nueva posición contractual. De esta manera, la capacidad jurídica, económica y técnica del contratista cedente se exigirá también al cesionario, ya que “[…] el proceso cesión del contrato y las exigencias que se le impongan al tercero, no pueden alterar ni burlar los procedimientos de selección del contratista, en otras palabras, la figura de la cesión de contrato no puede servir como instrumento para desviar las obligaciones que tiene la entidad contratante de cumplimiento de los parámetros de la selección objetiva”[[9]](#footnote-10).

* Es por eso que, en el contrato de cesión, 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. En consecuencia, es deber tanto de las entidades estatales como del contratista cedente y cesionario garantizar que la aseguradora actualice la nueva información con el fin de mantener los amparos, coberturas y suficiencias requeridas en la etapa precontractual, por tanto una vez actualizada requerirá́ aprobación de la entidad estatal.
* Además, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993 establece una importante previsión en materia de cesión del contrato estatal, conforme a la cual “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”. Además, en el inciso tercero del artículo citado impone una limitación a la cesión dentro del contrato estatal, que consiste en que, si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene a uno de los miembros del consorcio o unión temporal, “[…] este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante […]”, y establece que “[…] En ningún caso, podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal”.
* En conclusión, la entidad estatal en el trámite de autorización de una cesión está obligada a respetar los criterios normativos que resulten aplicables al proceso de contratación, entre otros, los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, a fin de evitar la afectación del erario público por aprobar una cesión sin el cumplimiento de los requisitos de idoneidad del cesionario, para lo cual deberá exigir lo estipulado en los documentos precontractuales y contractuales del proceso de contratación. En otros términos, so pretexto de una cesión contractual, no pueden vulnerarse las reglas y principios de la contratación estatal.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículos 9, 13, 32, 39, 40 y 41. * Código de Comercio, artículos 887 y siguientes. * Código Civil, artículo 1501, 1959 y siguientes. * Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Rad. 1999-03028, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. * MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Santiago: Olejnik, 2018. * ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. * HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Libro en formato EPUB. * ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Decimocuarta Edición. Bogotá: Legis, 2021. * ESCOLA, Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 2012. * MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo IIIA. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. * RAMÍREZ GRISALES, Richard. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R., 2014. |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre la cesión del contrato estatal se pronunció esta Subdirección en los conceptos 4201913000007643 y 4201913000007669 del 26 de diciembre de 2019, así como en los Conceptos C-551 del 24 de septiembre de 2020, C-572 del 27 de agosto de 2020, C-582 del 28 de agosto de 2020, C-385 del 20 de agosto de 2021, C-069 del 24 de abril de 2023 y C –157 de 2024, C-172 del 6 de junio de 2023, C-032 del 16 de abril de 2024, C-100 del 12 de junio de 2024 y C-325 del 06 de agosto de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gloria Ximena Moreno Guio  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González Meza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contratual ANCP – CCE |

1. ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 547. [↑](#footnote-ref-2)
2. ibidem [↑](#footnote-ref-3)
3. Concepto C 100-2024 Expedido por la Agencia Nacional de Compra Pública Colombia Compra Eficiente, el cual puede ser consultado en https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ [↑](#footnote-ref-4)
4. 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-5)
5. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Santiago: Olejnik, 2018. p. 633. Énfasis dentro del texto). [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo IIIA. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 318. Énfasis dentro del texto. [↑](#footnote-ref-8)
8. RAMÍREZ GRISALES, Richard. La cesión. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez R., 2014. pp. 71-72. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Rad. 1999-03028, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-10)