**CESIÓN DEL CONTRATO – 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 subentra en la relación con el cedido […]”3*. Por otro, *“[…] es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le subentra en la relación con la contraparte […]”4*. 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 que suscribió el contrato. 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 – Régimen jurídico aplicable – EGCAP – Código de comercio – Requisitos**

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, i) 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 1993, por lo que deben observarse en primer término las disposiciones establecidas en el EGCAP; ii) 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 iii) 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*.

Bogotá D.C., 05 de Septiembre de

2024



Señor

**Andrés Mauricio Quiceno Arenas** andres.quiceno@aqconsultorias.com Ciudad

# Concepto C –385 de 2024

**Temas:** CESIÓN DEL CONTRATO – Noción / CESIÓN

DEL CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico aplicable – EGCAP – Código de comercio / CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos –

Restricciones

**Radicación:** Respuesta a consulta con radicado

No. P20240724007614

Estimado señor Quiceno:

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 24 de julio de 2024, en la cual indaga lo siguiente: *“1. Es posible que, en el marco de un contrato celebrado entre personas jurídicas de derecho privado, la persona jurídica contratante de esta relación negocial, ceda a favor de una entidad estatal dicha posición de contratante, el contrato existente? 2. Es posible que la entidad acepte la cesión de dicho contrato a su favor y asuma la posición de ente contratante en el marco de la ley 80 de 1993 y demás normas concordantes o complementarias?”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de caráctergeneral 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 el problema jurídico de su consulta.

# Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguiente problema jurídico: ¿Puede una entidad estatal ser cesionaria de un contrato celebrado entre personas jurídicas de derecho privado?

# Respuestas:

De acuerdo con el tercer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 solo resulta posible ceder la posición de contratista de contratos estatales, previa autorización expresa de la entidad estatal contratante. En ese sentido, dicha norma no contempla la posibilidad de que una entidad estatal, por la vía de la cesión, asuma la posición de contratante de un contrato celebrado por particulares en el marco del derecho privado. Al respecto es necesario tener en cuenta que la naturaleza jurídica que rige el vínculo contractual entre personas jurídicas de derecho privado difiere del vínculo que surge entre una entidad pública y un contratista, ya que este último persigue fines públicos que están sometidos a un control fiscal, jurídico y administrativo más riguroso, mientras que el primero tiene como fin generar un lucro a las partes.

# Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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 riqueza1. 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” 2.

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 subentra en la relación con el cedido […]”3*. Por otro, *“[…] es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le subentra en la relación con la contraparte […]”4*. 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 que suscribió el contrato. 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. 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) […]”5.

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, i) 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 1993, por lo que deben observarse en primer término las disposiciones establecidas en el EGCAP; ii) 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 iii) 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 este sentido, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece disposiciones específicas relativas a la figura de la cesión contractual. En principio, si bien rigen las normas relativas a la cesión del contrato contenidas en sus artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, su aplicación procede ante la ausencia de norma que de manera particular regule el asunto frente a la categoría especial del contrato estatal.

Por ello, es pertinente indicar que el Decreto ley 410 de 1971 contempla ciertas disposiciones que no se encuentran en la Ley 80 de 1993, lo que conlleva su aplicación en materia de contratos estatales. Por ejemplo, el artículo 890 establece lo relativo a la responsabilidad del cedente frente al cesionario y en torno a la existencia, validez y garantías del contrato cedido6. Por otra parte, el artículo 891 obliga al cesionario a avisar al cedente de la mora o el incumplimiento dentro de los 10 días siguientes, siempre y cuando este se haya obligado a garantizar el cumplimiento por parte del contratante cedido7. Asimismo, los artículos 895 y 896 disponen que la cesión de un contrato implica la transferencia de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, excluyendo a aquellas que sean extrañas al mismo o que se funden en el estado o calidad particular de las partes, pudiendo, el contratante cedido, oponer contra el cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato8.

Al margen de estas y otras disposiciones que de manera particular consagra el Código de Comercio sobre la cesión del contrato, esta figura cuenta con algunas normas especiales en la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 41, inciso tercero, 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”.* En lo que respecta a la *faceta negativa*, el artículo 41 del Estatuto General ordena que el contrato se ejecute

6 Código de Comercio: “Artículo 890. El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes ”.

7 Código de Comercio: “Artículo 891: Cuando el cedente se obliga a responder del cumplimiento del contrato por parte del contratante cedido, el cesionario deberá darle aviso dentro de los diez días siguientes a la mora o al incumplimiento, so pena de ser exonerado el cedente de la obligación de la garantía contraída con el cesionario”.

8 Código de Comercio: “Artículo 895. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegiosy beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden

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 […]”*9.

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 […]”10. 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 […]”11.

9 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).

10 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo IIIA. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 318. Énfasis dentro del texto.

11 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.

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. Al respecto, 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”12.

Ahora bien, de cara a la resolución del interrogante objeto de consulta, es preciso advertir que, la cesión regulada por tercer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se refiere a un supuesto en particular, relativo a la cesión de la posición contractual del contratista en el marco de contratos regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese

12 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Rad. 1999-03028,

M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

sentido, dicha norma no contempla la posibilidad de que una entidad estatal sea cesionaria de un contrato estructurado en el marco del derecho privado.

Conforme a lo anterior, se estima que una entidad estatal no puede ser cesionaria de un contrato celebrado entre particulares principalmente debido al principio de legalidad. Este principio, consagrado en la Ley 80 de 1993, exige que las entidades públicas solo puedan actuar conforme a lo que la ley les autoriza expresamente. En este sentido, no existe una disposición que permita a una entidad estatal asumir la posición de cesionaria en un contrato entre particulares sin pasar por los procedimientos de contratación pública. Hacerlo implicaría asumir obligaciones sin observar los controles y requisitos que la normativa impone, lo que sería contrario a la legalidad.

Esto resulta apenas razonable si se tiene en cuenta que, los contratos de la Administración, a diferencia de los contratos celebrados entre particulares, buscan el cumplimiento de los fines estatales o la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, para lo cual existe un régimen particular, en el marco del cual las Entidades Estatales deben atenerse a unos principios, procedimientos, reglas y facultades que no son propias del derecho privado. Este régimen de contratación de la Administración Pública supone que cada contrato que se celebre deba estar dirigido a la satisfacción de una necesidad que tiene una Entidad Estatal de cara al cumplimiento de las funciones administrativas o servicios públicos a su cargo, necesidad que debe ser identificada en el marco de proceso de planeación, en el marco del cual se determina el alcance del objeto contractual requerido para satisfacer la necesidad, el valor del contrato y el plazo por el que debe ser celebrado, para luego desarrollar un procedimiento reglado que garantice la selección objetiva del contratista. Estos contratos además suelen incorporar una potestades unilaterales y exorbitantes, asociadas a la autotutela declarativa que detentan las autoridades administrativas, que se justifica en la relevancia de los contratos estatales prestación de servicios públicos esenciales, elemento que resulta ajeno a las relaciones negociales enmarcadas en el derecho privado.

Además, el principio de transparencia requiere que todas las actuaciones de las entidades estatales sean públicas y se realicen de forma abierta y accesible para garantizar que los recursos públicos se gestionen de manera eficiente y bajo un estricto control. Al permitir que una entidad estatal sea cesionaria de un contrato privado, se vulneraría este principio, ya que la

operación no pasaría por los procesos públicos de selección y adjudicación que aseguran la transparencia en la contratación pública. La cesión podría interpretarse como un mecanismo para eludir los procedimientos de contratación reglados.

Por último, el interés público es un principio rector que subyace en todas las actuaciones contractuales del Estado. Las entidades públicas tienen la obligación de asegurar que los contratos que celebran, o los compromisos que asumen, estén alineados con los fines del Estado y el uso eficiente de los recursos públicos. Si una entidad estatal asume la posición de cesionaria en un contrato privado, esto podría comprometer el cumplimiento de este principio, dado que la contratación no habría pasado por los filtros y procedimientos diseñados para proteger el interés público y asegurar una correcta asignación de los recursos.

# Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

* + Código de Comercio, artículos 887, 895 y 896. Disponible en: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/n](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-de-comercio-decreto-410-de-1971/) [ormativa/codigo-de-](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-de-comercio-decreto-410-de-1971/) [comercio-decreto-410-de-1971/](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-de-comercio-decreto-410-de-1971/)
	+ Código Civil, artículo 1501. Disponible en: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-civil-ley-84-de-1873/)

[normativa/codigo-civil-](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-civil-ley-84-de-1873/) [ley-84-de-1873/](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/codigo-civil-ley-84-de-1873/)

* + CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001.

M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

* + CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Rad. 1999-03028, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
	+ 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.

* + HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Libro en formato EPUB.
	+ MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Santiago: Olejnik, 2018.
	+ 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.
	+ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

# Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha analizado los fines de la contratación estatales, así como sus principales elementos, en los conceptos con radicado: C-343 del 17 de junio de 2020, C-518 del 9 de septiembre de 2020, C-614 del 5 de octubre de 2022, C- 882 del 21 de diciembre de 2022, C-172 del 6 de junio de 2023, C-032 del 16 de abril de 2024 y C-100 del 12 de junio de 2024.Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Te invitamos también a revisar la tercera edición del Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo:

[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/bol](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/boletin_de_realtoria_iii.pdf) [etin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/boletin_de_realtoria_iii.pdf)

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,

José Gabriel García

Elaboró:

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual Alejandro Sarmiento Cantillo

Revisó:

Gestor T1 -15 de la Subdirección de Gestión Contractual Carolina Quintero Gacharná

Aprobó:

 Subdirectora de Gestión Contratual ANCP – CCE