



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 subentra en la relación con el cedido [...]”. Por otro, “[...] es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le subentra 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 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

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*.

CESIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Requisitos – Restricciones

[...] 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”.

[...]

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”.

PROPONENTE PLURAL – Consorcio – Unión temporal – Concepto – Diferencias

[...] los consorcios o uniones temporales son convenios de asociación provenientes de la colaboración empresarial, mediante los cuales sus integrantes se unen y se organizan mancomunadamente para lograr con mayor eficacia un fin común de contenido patrimonial y lucrativo, como lo es la obtención del derecho a ser adjudicatarios de un contrato estatal, compartiendo recursos, de toda índole, para su ejecución, así como las utilidades y los riesgos. La diferencia radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones por el incumplimiento de las obligaciones, toda vez que tratándose de una unión temporal, estas se individualizan según la participación de sus miembros, mientras que en el consorcio los miembros responden solidariamente, con independencia de este aspecto.

CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Ausencia de personería jurídica – falta de capacidad como cesionarios

[...] el consorcio o la unión temporal se da “Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato [...]”. Desde esta perspectiva, su capacidad para participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos estatales depende de que los integrantes de la estructura plural adopten la decisión conjunta de presentar una misma propuesta al





proceso de selección. Como existe una relación de medio – fin, sin la entrega de la oferta no surge la habilitación legal para todo lo demás.

La capacidad jurídica de los proponentes plurales se limita al campo de la contratación estatal de las entidades sometidas al EGCAP, es decir, a las relaciones en consorcios y las uniones temporales con las entidades estatales del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta precisión es importante, porque la habilitación de los numerales 6 y 7 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no les otorgan capacidad respecto a las relaciones entre particulares, como las que surgen entre el cedente y el cesionario del contrato. Como este último debe ser un tercero, es indispensable la personalidad jurídica.

De acuerdo con el inciso primero del artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas. Conforme al artículo 74 *ibidem*, las primeras corresponden a “[...] todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. En contraste, con fundamento en el inciso primero artículo 633 *ibidem*, las segundas son “[...] una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Como se explicó en el numeral 2.2 del presente oficio, los consorcios y las uniones temporales carecen de esta naturaleza. Asimismo, los numerales 6 y 7 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 tampoco otorgan capacidad a los proponentes plurales para ser cesionarios; por lo que al no existir una habilitación legal para que los contratistas cedan su posición contractual a los consorcios o uniones temporales, el SECOP II y la TVEC se limitan a la presentación conjunta de las propuestas para los fines dispuesto en el EGCAP. Esto excluye su creación para los efectos mencionados en la consulta.





Bogotá D.C., 12 de Junio de 2024



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20240612008444
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 12/06/2024 08:52:26



Señor

Martin Mateo Duque Ocampo

Medellín, Antioquia

Concepto C – 100 de 2024

Temas:

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



Requisitos – Restricciones / PROPONENTE PLURAL –
Consortio – Unión temporal – Concepto – Diferencias /
CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Ausencia de
personería jurídica – falta de capacidad como cesionarios

Radicación: Respuesta a la consulta P20240508004792

Respetado señor Duque Ocampo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 8 de mayo de 2024.

1. Problema planteado

Usted pregunta “[...] si una persona natural o jurídica puede ceder un contrato a un consorcio o una unión temporal y si la respuesta es afirmativa; se consulta cual es la forma en que debe crearse la U.T o Consorcio en el SECOP II y en la TVEC que permita la cesión del contrato”.

2. Consideraciones



La Agencia resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) cesión de los contratos estatales y ii) ausencia del personería jurídica y falta de capacidad para celebrar contratos de cesión en proponentes plurales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, abordó el régimen jurídico de la sesión del contrato estatal. También se ha pronunciado sobre los proponentes plurales en los Conceptos 4201913000007643 del 26 de diciembre de 2019, 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 y C-032 del 16 de abril de 2024¹. Las tesis propuestas se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1. Cesión de los contratos estatales

¹ Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.





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 riqueza². 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”³.

² 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”.

³ MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Santiago: Olejnik, 2018. p. 633. Énfasis dentro del texto).





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 [...]”⁴. Por otro, “[...] es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le subentra en la relación con la contraparte [...]”⁵. 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

⁴ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 547.

⁵ *Ibidem*.





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) [...]”⁶.

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 registrarán 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,

⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Libro en formato EPUB. En contraste con la cesión de créditos, “La cesión de contrato [...] al permitir la sustitución de una de las partes en el contrato que se ejecuta, valida al tercero cesionario para que adquiera los derechos y las obligaciones que correspondían al contratante cedente como efectos del contrato. Es decir, lo que en realidad se cede, es mucho más que las posiciones o lados activos de las relaciones obligacionales. se cede también el lado pasivo, pues del contrato surgen como efecto obligaciones y derechos para las partes y la cesión de la posición contractual de una de ellas coloca al tercero cesionario en su lugar, en las mismas circunstancias frente al otro contratante” (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Decimocuarta Edición. Bogotá: Legis, 2021. p. 251).



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 cedido⁷. 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 cedido⁸. Asimismo, los artículos 895 y 896

⁷ 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".

⁸ 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



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 contrato⁹.

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 *intuitu 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

mora o al incumplimiento, so pena de ser exonerado el cedente de la obligación de la garantía contraída con el cesionario”.

⁹ Código de Comercio: “Artículo 895. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”.

“Artículo 896. El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Podrá también oponer aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión”.





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 [...]”¹⁰.

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 [...]”¹¹. 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

¹⁰ 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 transferencia del contrato o la subcontratación” (ESCOLA, Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 2012. p. 424).

¹¹ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo IIIA. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 318. Énfasis dentro del texto.



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 [...]”¹².

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,

¹² 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.





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"¹³.

Por lo tanto, la entidad estatal en el trámite de autorización de una cesión de posición contractual está obligada a respetar los criterios normativos que resulten aplicables al proceso de contratación, entre otros, los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad. En otros términos, so pretexto de una cesión contractual, no pueden vulnerarse las reglas y principios de la contratación 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

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Rad. 1999-03028, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





caso, podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal".

En suma, la Ley 80 de 1993 no reguló en su integridad la cesión del contrato, como tampoco lo hizo el Código Civil en el que se consagra la figura de la cesión de créditos –arts. 1959 y ss.–. En cambio, los artículos 887 a 896 del Código de Comercio definen la cesión del contrato. Por consiguiente, resultan aplicables las normas del derecho civil y comercial pertinentes, sobre cesión del crédito y cesión de contratos respectivamente, salvo en las materias particularmente reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como lo señala el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con los requisitos y las restricciones explicadas *ut supra*, en los contratos estatales cuya ejecución aún no haya sido cumplida en todo o en parte, el contratista podrá hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada del contrato, quien en adelante ocupará su posición jurídica. Es una de las posibilidades en las cuales existe una modificación de uno de los extremos de la relación contractual, es decir de uno de los sujetos, siempre que sea autorizada previamente por la entidad cedida, en cuyo caso requiere la suscripción de un contrato entre el cedente y el cesionario, de manera que es de carácter bilateral en la medida en que es el resultado de un acuerdo voluntades. Con fundamento 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.

2.2. Consorcios y uniones temporales: ausencia del personería jurídica y falta de capacidad para celebrar contratos de cesión

Si bien las personas pueden presentarse individualmente a los procesos de selección, también pueden hacerlo en forma plural a través de consorcios o uniones temporales. En efecto, de acuerdo con el Código Civil, la capacidad se refiere a la facultad que la ley le confiere a la persona para ejercer derechos y contraer obligaciones. Esta norma parte del supuesto de que todas las personas naturales mayores de edad son capaces, con excepción de aquellas que la ley expresamente excluye de esta presunción –artículos 1502, 1503 y 1504–, y de que la capacidad de las personas jurídicas se circunscribe a su objeto social –artículo 99 del Código de Comercio–. Al respecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 –modificado por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021– dispone que: “Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales [...] los consorcios y uniones temporales”.

La capacidad para contratar, e incluso la de realizar actos jurídicamente vinculantes como la presentación de una oferta en un procedimiento de selección



de contratistas, se consideró por mucho tiempo uno de los atributos de la personalidad reservado, en tanto tal, a las personas jurídicas y naturales. No obstante, el progreso en las formas negociales y asociativas hizo necesario reconocer nuevas estructuras plurales y otorgarles ciertos atributos que tradicionalmente habían estado reservados a las personas jurídicas. Tal es precisamente el caso de la capacidad para contratar otorgada a los consorcios y uniones temporales. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Respecto de la capacidad legal para contratar y la personalidad jurídica señala, que la Ley 80 de 1993 al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales, y construirlas como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial: la necesidad de los contratos de colaboración económica para la efectiva realización de proyectos de contratación pública, altamente especializados e intensivos en capital y, así mismo, indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido-Preámbulo, artículos 1 y 2 de la Carta Política.

[...]

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse



mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”¹⁴.

La Corte Constitucional destaca, de un lado, que las estructuras plurales son el reconocimiento de una realidad negocial en materia de contratación estatal, y del otro, que esta colaboración económica entre sujetos de derecho permite la materialización de los fines del estado, al facilitar la efectiva ejecución de los contratos. Adicionalmente, puntualiza que la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales se reconoce sin necesidad de exigirles como condición de su ejercicio que sean personas morales lo que, hasta cierto punto, podría considerarse una evolución en la teoría de la personalidad jurídica.

Debido a que los consorcios y las uniones temporales no son personas jurídicas, su creación depende de un acuerdo en el que concurre la voluntad de sus integrantes para regular su objeto, la participación de los miembros, las obligaciones frente al proyecto, su responsabilidad, la forma en que regirán sus relaciones internas y el relacionamiento con la entidad contratante, mediante la

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.





designación de un representante, de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993. En lo pertinente, la norma precitada dispone que:

“Artículo 7º.- ENTIDADES A CONTRATAR. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021. Para los efectos de esta Ley se entiende por:
[...]

6. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

7. Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.
[...]

Parágrafo 1º.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos



y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

[...].”

Como se observa, el artículo citado señala que el consorcio o la unión temporal se da “Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato [...]”. Desde esta perspectiva, su capacidad para participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos estatales depende de que los integrantes de la estructura plural adopten la decisión conjunta de presentar una misma propuesta al proceso de selección. Como existe una relación de medio – fin, sin la entrega de la oferta no surge la habilitación legal para todo lo demás.

De esta manera, los consorcios o uniones temporales son convenios de asociación provenientes de la colaboración empresarial, mediante los cuales sus integrantes se unen y se organizan mancomunadamente para lograr con mayor eficacia un fin común de contenido patrimonial y lucrativo, como lo es la obtención del derecho a ser adjudicatarios de un contrato estatal, compartiendo recursos, de





toda índole, para su ejecución, así como las utilidades y los riesgos. La diferencia radica en la responsabilidad frente a las eventuales sanciones por el incumplimiento de las obligaciones, toda vez que tratándose de una unión temporal, estas se individualizan según la participación de sus miembros, mientras que en el consorcio los miembros responden solidariamente, con independencia de este aspecto.

La capacidad jurídica de lo proponentes plurales se limita al campo de la contratación estatal de las entidades sometidas al EGCAP, es decir, a las relaciones en consorcios y las uniones temporales con las entidades estatales del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta precisión es importante, porque la habilitación de los numerales 6 y 7 del artículo 7 *ibidem* no les otorgan capacidad respecto a las relaciones entre particulares, como las que surgen entre el cedente y el cesionario del contrato. Como este último debe ser un tercero, es indispensable la personalidad jurídica. Como explica la doctrina,

“El concepto de ‘tercero’, respecto de la condición que debe reunir el cesionario, puede tener dos sentidos: uno *subjetivo*, en virtud del cual tiene tal cualidad cualquier **persona** distinta al contratista o a los integrantes del consorcio o unión temporal y a la entidad estatal contratante. Otro *objetivo*, según el cual tiene tal calidad cualquier **persona** distinta al contratista 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 los integrantes del consorcio o la unión temporal (futuros cedentes)”¹⁵. (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con el inciso primero del artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas. Conforme al artículo 74 *ibidem*, las primeras corresponden a “[...] todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. En contraste, con fundamento en el inciso primero artículo 633 *ibidem*, las segundas son “[...] una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Como se explicó *ut supra*, los consorcios y las uniones temporales carecen de esta naturaleza. Asimismo, los numerales 6 y 7 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 tampoco otorgan capacidad a los proponentes plurales para ser cesionarios; por lo que al no existir una habilitación legal para que los contratistas cedan su posición contractual a los consorcios o uniones temporales, el SECOP II y la TVEC se limitan a la presentación conjunta de las propuestas para los fines dispuesto en el EGCAP. Esto excluye su creación para los efectos mencionados en la consulta.

3. Respuesta

¹⁵ RAMÍREZ GRISALES, La cesión... Op. cit., pp.159-160.



Usted pregunta “[...] si una persona natural o jurídica puede ceder un contrato a un consorcio o una unión temporal y si la respuesta es afirmativa; se consulta cual es la forma en que debe crearse la U.T o Consorcio en el SECOP II y en la TVEC que permita la cesión del contrato”.

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras públicas, es necesario tener en cuenta que el consorcio o la unión temporal se da “Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato [...]”. Desde esta perspectiva, su capacidad para participar en la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos estatales depende de que los integrantes de la estructura plural adopten la decisión conjunta de presentar una misma propuesta al proceso de selección. Como existe una relación de medio – fin, sin la entrega de la oferta no surge la habilitación legal para todo lo demás.

La capacidad jurídica de los proponentes plurales se limita al campo de la contratación estatal de las entidades sometidas al EGCAP, es decir, a las relaciones en consorcios y las uniones temporales con las entidades estatales del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta precisión es importante, porque la habilitación de los numerales 6 y 7 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no les otorgan capacidad respecto a las relaciones entre particulares, como las que surgen entre el cedente





y el cesionario del contrato. Como este último debe ser un tercero, es indispensable la personalidad jurídica.

De acuerdo con el inciso primero del artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas. Conforme al artículo 74 *ibidem*, las primeras corresponden a “[...] todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. En contraste, con fundamento en el inciso primero artículo 633 *ibidem*, las segundas son “[...] una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Como se explicó en el numeral 2.2 del presente oficio, los consorcios y las uniones temporales carecen de esta naturaleza. Asimismo, los numerales 6 y 7 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 tampoco otorgan capacidad a los proponentes plurales para ser cesionarios; por lo que al no existir una habilitación legal para que los contratistas cedan su posición contractual a los consorcios o uniones temporales, el SECOP II y la TVEC se limitan a la presentación conjunta de las propuestas para los fines dispuesto en el EGCAP. Esto excluye su creación para los efectos mencionados en la consulta.

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

Atentamente,



Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

