CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | OFICINA JURÍDICA

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 26-10-2013 14:55
Al Contestar Cite Este No.: 2013EE0133561 Fol:10 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / GERMAN SILVA GARCIA
DESTINO ALBERTO BONILLA TORRES
ASUNTO RESPUESTA SIGEDOC 2013ER0114714
OBS

2013EE0133561

80112 –
Bogotá, D.C.,

Coronel
ALBERTO BONILLA TORRES
Subdirector Administrativo y Financiero
Dirección General de Sanidad Militar
Carrera 10 No 27-51Oficina 206
Residencias Tequendama
Bogotá, D.C

Asunto: CESIÓN CONTRATOS ESTATALES - CESIÓN DE CRÉDITOS.

Respetado Coronel Bonilla:

1. ANTECEDENTE

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República recibió el 08 de Octubre de 2013, su solicitud de concepto radicado número 2013ER0114714, mediante el cual se plantea:

1) "El contrato No. 075 de 2012. fue cedido por MEDISAN U.T a la Unión Temporal MEDFEN 18 y estableció en su artículo PRIMERO –PARÁGRAFO 1, "MEDISAN U.T. cumplirá sus obligaciones hasta el día 18 de Febrero de 2013y por lo tanto le corresponde facturar el periodo causado hasta la misma fecha"

¿Es posible que se presenten dos (02) cesiones en un mismo contrato, originadas en el mismo proveedor así:
-Uno (1) Cesión del Contrato a partir de una fecha.
- Uno (1) Cesión de Crédito por el valor que le corresponde facturar?"

2) "¿Es posible aceptar una solicitud de Cesión de Crédito por la obligaciones que se le adeudan a un proveedor este caso MEDISAN U.T., presentada en el mes de septiembre de 2013, cuando esta Unión Temporal cedió el contrato en el mes de Febrero de 2013?"

3) "¿Es viable aceptar la Cesión de un Crédito teniendo como justificación el que está siendo objeto de embargos?"

4) "¿Es conveniente dicha solicitud cuando en un primer documento de fecha 16 de Septiembre se plantea la cesión de de crédito par unos laboratorios y en un documento posterior de fecha 19 de septiembre se envía un Contrato de Cesión de Crédito con la COOPERATIVA MULTIACTIVA MACROMEDCOOP?"

5) "¿Es conveniente la cesión de crédito cuando se requiere que el proveedor amortice parte del anticipo que le fue entregado?"

6) "¿La Cesión de Crédito en un contrato estatal es conveniente cuando se solicita la cesión de pagos no a uno sino a varios terceros (laboratorios)?"

2. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución[1], ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*[2], así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*[3], y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*[4].

En este orden, mediante su expedición se busca "*orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal*"[5] y "*asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten*"[6].

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Num. 16[7] del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

---

[1] *Art. 28, de la Ley 1437 de 2011.*
[2] *Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[3] *Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[4] *Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[5] *Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[6] *Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[7] *Art. 43. OFICINA JURIDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en*

3. NORMATIVIDAD QUE REGLAMENTA EL TEMA

- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007
- Código Civil
- Código de Comercio

4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

Previo a emitir pronunciamiento alguno sobre la consulta objeto de estudio, es de precisar que mediante Resolución Orgánica No. 6421 de 28 de noviembre de 2011 "*Por la cual se reglamenta y actualiza la sectorización y categorización de los sujetos de control fiscal asignando la competencia de control y vigilancia de gestión fiscal en las Contralorías Delegadas Sectoriales*", se incluyó a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares como sujeto de control de categoría A y se asignó la vigilancia fiscal de ésta, a la Contraloría Delegada para la Vigilancia Fiscal del Sector Defensa Justicia y Seguridad de la CGR.

Vemos de la anterior resolución, que la Entidad que Usted representa es sujeto de control y vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República, en atención a esto y en virtud de lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, aunado al hecho que no corresponde a la Contraloría General de la República, ni a esta Oficina Jurídica Asesora, entrar a pronunciarse sobre casos específicos que eventualmente se encontraren en desarrollo, por cuanto ello implicaría una indebida intervención en los asuntos del resorte de la Administración o de otros entes de control, sobre los cuales este ente no ostenta la calidad de superior jerárquico, la conceptualización sobre el particular se emitirá de manera general y abstracta, como desarrollo de la función de apoyo institucional de este ente de control

Una vez aclarado esto, debemos decir que en los Contratos Estatales, el contratista tiene la obligación de ejecutar directamente el contrato adjudicado, toda vez que su selección fue producto de la verificación minuciosa del cumplimiento de los requisitos jurídicos, financieros, operativos, administrativos, técnicos y de experiencia que la entidad contratante exigió en el pliego de condiciones y de la evaluación de la oferta presentada, que en su momento, según los factores y criterios de calificación del proceso de selección, fue considerada comparativamente como la mejor propuesta[8].

---

todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

[8] *[De conformidad con el Art. 5, Núm. 2 de la Ley 1150 de 2007, la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en*

Por lo cual, carecería de sentido la exigencia de un proceso de selección riguroso para la adjudicación de un contrato, si luego de adjudicado y suscrito, se permitiera su cesión a un contratista de inferiores calidades y que no cumpliera como mínimo, los requisitos acreditados por el contratista cedente y que motivaron la adjudicación de dicho contrato.

De lo que se colige que la regla general en materia de Contratación Estatal, es que el contratista seleccionado debe ejecutar totalmente el contrato adjudicado y que solo por excepción, cuando las necesidades del servicio lo exijan y el contratista se enfrente a una imposibilidad de cumplimiento legal[9], financiero, técnico, o cualquier otra circunstancia que ponga en riesgo la ejecución del contrato y el cumplimiento de los fines del Estado, se puede justificar la cesión del contrato a un tercero.

El artículo13 de la Ley 80 de 1993, establece que los Contratos Estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias que estén particularmente reguladas en el estatuto general de contratación[10].

De conformidad con el mencionado artículo, tenemos que la Cesión de Contratos Estatales, se rige en principio por la legislación civil y comercial, establecida en los artículos 887 a 896 del Código de Comercio, salvo en aquellos aspectos que hayan sido expresamente regulados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y decretos reglamentarios.

Así las cosas, en lo concerniente a la cesión del contrato, prevé el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que:

> "*los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados* ***no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante***". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Es decir, que a diferencia de los contratos entre particulares en los que cualquiera de las partes puede hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte, de las relaciones derivadas de un contrato, sin necesidad de la aceptación expresa del contratante cedido, tal como lo establece el artículo 887 del Código de Comercio, en el caso de los Contratos Estatales, la cesión que haga el contratista, debe estar precedida de la autorización escrita de la entidad contratante.

---

los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos]

[9] [Por ejemplo, cuando le sobrevenga una inhabilidad, incompatibilidad y/o conflicto de intereses]

[10] Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y decretos reglamentarios.

Por lo cual en el caso de la Cesión en un Contrato Estatal, el cesionario frente al cedente (contratista) responde en principio solo por la existencia, validez y garantías del contrato cedido, y solo responderá por el cumplimiento de las obligaciones de la entidad estatal (contratante cedido) si así lo pactó, tal como lo estipula el artículo 890 del Código de Comercio, para lo cual será necesario que el cesionario le avise de la mora o incumplimiento dentro de los diez días siguientes a su ocurrencia, esto de conformidad con el artículo 891 del Código de Comercio.

Sobre este particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, mediante providencia Radicado 11001-03-26-000-2001-0062-01(21845) de febrero 7 de 2002, señaló:

> *"Para la Sala la calificación de intuitu personae que se pregona de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo. Corrobora el planteamiento que se viene haciendo, el hecho de que, por disposición legal, la administración tenga prohibido seleccionar al contratista atendiendo a consideraciones de naturaleza subjetiva; se le impone, en cambio, el deber de seleccionarlo objetivamente según el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva,* ***el contrato estatal se celebra intuitu personae en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan****, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización, por cuanto como bien se sabe, la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, de forma tal que frente al contratista originario* ***se extinguen las obligaciones y derechos derivados del contrato cedido en virtud del fenómeno de la novación, para ser trasferidas al cesionario quien en adelante ostentará la calidad de contratista y frente a quien la administración debe exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual****".* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así la cosas y de conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada en precedencia, podemos concluir que para que proceda la cesión de un Contrato Estatal, es necesario:

1. Que exista una Justificación;

2. Que el cesionario acredite ante la entidad contratante, los requisitos jurídicos, financieros, operativos, administrativos, técnicos y de experiencia que en su momento fueron acreditados por el cedente;

3. Que el cesionario acepte y garantice el cumplimiento de las obligaciones contractuales en las mismas condiciones en las que le fue adjudicado el contrato al cedente;

4. Que el cesionario acepte continuar la ejecución del contrato en el estado en que se encuentre a la fecha de la cesión; y

5. Que la entidad contratante autorice por escrito la cesión.

Una vez aclarado cómo y cuándo procede la Cesión de los Contratos Estales, debemos observar que esta figura es diferente a la Cesión de Créditos, situación por la cual también se indaga en sus escrito, por lo que a continuación nos permitimos hacer algunas acotaciones, sobre el particular.

La cesión de créditos, se encuentra regulada en el Código Civil Colombiano en los artículos 1959 a 1966, así:

*"**ARTICULO 1959. FORMALIDADES DE LA CESION: Subrogado art. 33, Ley 57 de 1887. El nuevo texto es el siguiente.** 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.*

***ARTICULO 1960. NOTIFICACIÓN O ACEPTACIÓN:** La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste*

***ARTICULO 1961. FORMA DE NOTIFICACION:** La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.*

***ARTICULO 1962. ACEPTACION:** La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.*

***ARTICULO 1963. AUSENCIA DE NOTIFICACION O ACEPTACION:** No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al*

cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros.

ARTICULO 1964. DERECHOS QUE COMPRENDE LA CESION: *La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.*

ARTICULO 1965. RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE: *El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa.*

ARTICULO 1966. LIMITES A LA APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE CESION DE CREDITOS: *Las disposiciones de este título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales"*

Sobre la Cesión de Créditos, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia de la Doctora Ligia López Díaz, en sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil seis (2006), bajo radicado número 25000-23-27-000-2001-00931-01(14869), estableció:

"Se desprende de la norma transcrita (Art. 1959 del Código Civil) que si el crédito cedido consta en un documento, la tradición consiste en la entrega del título, en el que conste la firma del cedente y su manifestación de haberlo cedido al cesionario. Pero si el crédito no consta en documento, el acreedor lo confeccionará haciendo constar en él la existencia del crédito, individualizándolo y manifestando que lo cede al cesionario. Documento que en todo caso no constituye prueba de la existencia del crédito para el deudor, simplemente demuestra que la cesión tuvo ocurrencia y que entre el cedente y el cesionario se celebró el contrato respectivo. ***Ahora bien, para que la cesión surta efectos contra el deudor y contra terceros, debe ser notificada judicialmente al deudor o aceptada por éste (art. 1960 ib.) y la notificación debe hacerse "con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente." (art. 1961 ib.). Es decir, que la cesión surte efectos frente al deudor con la entrega de la prueba escrita de la existencia del crédito objeto de cesión. Conforme a lo anterior, debe entenderse que la validez de la cesión está condicionada a la existencia previa de los créditos cedidos en cabeza del cedente, esto es que, para que un saldo crédito se aplique a una tercera persona diferente de su titular originario del mismo, necesariamente debe***

> ***existir cabeza del cedente, con anterioridad a la cesión.*** *" (Negrilla y Subrayado fuera de texto)*

Ahora bien respecto de las diferencias entra Cesión de un Contrato y Cesión de Créditos, nuevamente le Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, en sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2.012), bajo radicado número 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817), señalo:

> *"La diferencia entre la cesión de un contrato y la cesión de un crédito es bastante considerable, aunque tengan algunas semejanzas. Entre las últimas basta mencionar que en ambos casos se modifica el titular del crédito y el del contrato, es decir, se presenta una mutación de la posición, de manera que en adelante la relación habrá de desarrollarse con el nuevo sujeto. Sin embargo, las diferencias son demasiado profundas, y con efectos jurídicos así mismo importantes.* ***Por ejemplo, en la cesión del contrato el cedente deja de ser contratante o contratista –según la posición que ocupa en el negocio jurídico-, mientras que en la cesión de crédito derivado de un contrato el contratista cedente sigue siendo contratista del Estado, y sólo el derecho al pago es el que se traslada a otra persona, que sin duda es un tercero en la relación negocial****. Por la misma razón, cuando se cede el contrato, en adelante el obligado con el contratante será el cesionario, quien ocupará la posición contractual que tenía el cedente;* ***mientras que la cesión de un crédito contractual no modifica la relación contractual, sino al titular del derecho al pago****. En el mismo sentido, en la cesión de contrato el cedente –contratista- se libera del cumplimiento de las obligaciones pendientes, las que asume en adelante el cesionario; mientras que en la cesión de crédito derivado de un contrato el contratista continúa siendo el mismo, y por tanto conserva las obligaciones del contrato, que continúa, sin reserva alguna.* ***En estos términos, la cesión de contrato es más compleja y profunda en sus implicaciones jurídicas, porque traslada de una persona a otra la posición que tiene en el negocio, con sus derechos y obligaciones –salvo acuerdo en contrario-; mientras que la cesión de crédito sólo trasfiere al cesionario el derecho al pago de un crédito, y no se asumen cargas u obligaciones derivadas de la relación contractual de donde proviene la deuda.*** *(...)" (Negrilla y Subrayado fuera de texto)*

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia anteriormente referenciada, podemos decir que la cesión de un crédito es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero que acepta y que toma el nombre de cesionario

Requisitos y efectos:

a) La cesión de un crédito 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.

b) La cesión será oponible al deudor cedido y a terceros cuando le sea notificada al deudor o cuando la acepte. La aceptación puede ser expresa o tácita; ésta se deduce de algún hecho que la supone.

c) El crédito cedido se conserva como si existiera en cabeza del cedente, con todos sus derechos y vicios; comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, pero no traslada las excepciones personales del cedente.

d) La responsabilidad del cedente en el acto jurídico de la cesión puede ser mucho más amplia si así lo acuerdan las partes intervinientes, siempre y cuando la cesión sea onerosa, porque de lo contrario no sería lógico que el cedente se haga responsable de algo que no le reporto beneficio alguno.

e) La cesión de créditos se caracteriza por ser onerosa en la mayoría de los casos en los cuales el cedente es responsable según las reglas del artículo 1965 o bajo los términos establecidos por cedente y cesionario. De igual forma cuando es onerosa la cesión se caracteriza por ser unilateral pues la responsabilidad recae solamente sobre el cedente.

5. CONCLUSIÓN.

Visto el caso planteado se puede concluir que para que proceda la Cesión de un Contrato Estatal, es necesario: Que exista una Justificación; Que el cesionario acredite ante la entidad contratante, los requisitos jurídicos, financieros, operativos, administrativos, técnicos y de experiencia que en su momento fueron acreditados por el cedente; Que el cesionario acepte y garantice el cumplimiento de las obligaciones contractuales en las mismas condiciones en las que le fue adjudicado el contrato al cedente; Que el cesionario acepte continuar la ejecución del contrato en el estado en que se encuentre a la fecha de la cesión; y Que la entidad contratante autorice por escrito la cesión.

A su vez en lo que concierne a la Cesión de Créditos, ésta se hace efectiva sólo en virtud de la entrega del título, no obstante si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al

cesionario. Respecto de la oponibilidad ante el deudor cedido y a terceros, ésta sólo es procedente cuando le sea notificada al deudor o cuando la acepte, la aceptación puede ser expresa o tácita. El crédito cedido se conserva como si existiera en cabeza del cedente, con todos sus derechos y vicios; comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, pero no traslada las excepciones personales del cedente.

Recordamos finalmente que conforme al art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, es la Oficina Jurídica una dependencia asesora, por lo que los conceptos que emite carecen de fuerza vinculante, según el carácter que les atribuye el art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Le informamos además que puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad - conceptos de nuestro portal institucional: http://www.contraloriagen.gov.co.

Cordial saludo;

GERMAN SILVA GARCÍA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Lilibeth Lozada Rozo, Profesional Universitario, grado 01
Radicado: 2013ER0114714