

MEMORANDO

450

PARA: **YEIMY CAROLINA AGUDELO HERNANDEZ**
Alcaldesa Local de Kennedy

DE: **Director de Contratación**

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto cesión de derechos económicos. Rad. 20205820024323-20205820024483

Respetada señora Alcaldesa,

Conforme al memorando del asunto, la Dirección de Contratación en el marco de sus competencias procede a dar respuesta a la solicitud de concepto, en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme con lo dispuesto en los literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, dicha competencia funcional posibilita el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste de especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos, ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”* (Jaime Orlando Santofimio TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pag 196 y ss). Por su parte en la obra EL ACTO ADMINISTRATIVO Tomo I pag. 228 y ss, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*. El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...”* (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997, radicado 7736 se sostuvo que los conceptos jurídicos *“no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”*. Y otra jurisprudencia fue enfática en señalar que *“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”*¹

En este orden de ideas, es preciso concluir que por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los cuales no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

La Alcaldesa local de Kennedy solicita se emita un concepto sobre *“la cesión de derechos económicos que fue suscrita entre el Consorcio Santo Domingo y el Consorcio JASB ante notaría pública y que soportó la prórroga del contrato de consultoría No. 222-2017 y del contrato de interventoría No. 224-2017.”*

4. CONTEXTO JURÍDICO PREVIO

4.1 INTERVENTORÍA DE CONTRATOS

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

La Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales- G-EFSICE-02- de Colombia Compra Eficiente, establece que:

“Las Entidades Estatales deben contratar interventoría para los contratos:

(i) de obra pública cuya selección obedezca a una licitación (ii) los contratos que por su complejidad para su seguimiento es necesario conocimiento especializado. La interventoría es una especie del contrato de consultoría² por lo cual la Entidad Estatal debe seleccionar al interventor a través de un concurso de méritos, salvo que el presupuesto del contrato principal corresponda a la mínima cuantía, caso en el cual esta debe ser la modalidad utilizada. La Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación principal y la de la selección de la interventoría deben prestar especial atención para coordinar los plazos de acuerdo con las necesidades. Lo anterior para asegurar la existencia de la interventoría durante la selección, si esto es necesario, o durante el plazo de ejecución, o del plazo de ejecución de las obligaciones del contrato principal que requiere para su seguimiento conocimiento especializado, según sea requerido. La Entidad Estatal debe designar un supervisor del contrato de interventoría.

Las Entidades Estatales pueden prorrogar el plazo de los contratos de interventoría por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato principal y en ellos no pueden incluirse cláusulas excepcionales al derecho común so pena de que las mismas sean nulas absolutamente”

Además, los interventores son responsables por sus actuaciones y omisiones. En consecuencia, responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones³.

3.2 CESIÓN DE CONTRATOS-CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS

Frente a la cesión de los contratos, la Ley 80 de 1993 establece en el inciso 2 del artículo 41 que *“Los contratos estatales son intuitu personae (Sic) y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”*.

El artículo 13 ibídem, señaló que *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”*, conforme al cual, la cesión de derechos económicos encuentra su fundamento en las normas de derecho privado

De igual manera, el principio de la autonomía de la voluntad, incorporado por los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, y consagrado en el artículo 1602 del Código Civil⁴, faculta a las partes de una relación jurídica obligacional para darse sus propias reglas o estipulaciones contractuales, como puede ser un documento privado de cesión de derechos, siempre que no atenten contra el orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, la cesión es un contrato por el cual una de las partes, titular de un derecho (cedente), lo transfiere a otra persona (cesionario), para que ésta lo ejerza a nombre propio. Frente a lo anterior, cabe señalar que la cesión recae sobre activos de derechos del cedente, quien se despoja de una acreencia a favor del cesionario. En ningún momento se puede hablar de cesión de deudas, porque lo que reglamente el Código Civil es la figura de la disposición de un activo. Lo anterior conforme con los siguientes artículos:

² Numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

³ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_supervision_interventoria.pdf

⁴ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

“ARTICULO 1959. FORMALIDADES DE LA CESION. <Artículo subrogado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887> 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 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 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”

Frente a la cesión de derechos en materia comercial, se tiene que una de las partes de la relación contractual se hace sustituir por un tercero total o parcialmente en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que se requiera aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

Además, la cesión de un contrato en el Código de Comercio, indica que respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula “a la orden” u otra equivalente, en el que solo bastará el endoso⁵, por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes⁶

Por último, en los contratos “*intuitu personae*”, esto es, los celebrados en consideración a las personas que intervienen, la cesión contractual requiere de la “aceptación del contratante cedido”, de acuerdo con la regla del segundo inciso del artículo 887 del Código de Comercio el cual señala “*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*”

4.3. LEGALIDAD Y AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO DE CESIÓN

⁵ Artículo 894 e inc. 3 Artículo 888 del Código de Comercio

⁶ Artículo 85 del Código de Comercio

En sentencia C-710 del 05 de julio de 2001, se expone que la legalidad tiene como principio constitucional “*una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador*”⁷ Indica la misma sentencia que el principio rector debe ser entendido entonces así: “*que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley*”, por ende es deber de los funcionarios del Estado actuar siempre bajo el ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas. Más allá de este principio, le compete a los jueces de la República determinar la legalidad de las actuaciones, documentos y omisiones de los particulares y de la Administración.

Además, frente a la autenticidad de los documentos, en Sentencia SU-774/148 se indicó que, “*Un documento auténtico es aquel en el que existe total certeza en relación con la persona que lo elaboró, suscribió o firmó. Se ha establecido que “la autenticidad es un requisito que debe estar cumplido para que el documento pueda ser apreciado y valorado por el juez en lo que intrínsecamente contenga”. La Sala concluye que su valor probatorio deberá ser establecido caso a caso de conformidad con la totalidad del acervo probatorio y de acuerdo con las reglas de la sana crítica*”⁸

Conforme con lo anterior, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, señala:

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

*1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.
(...)”*

Sin embargo, la Ley 1395 de 2010, modificó el inciso cuarto de la citada norma procesal, señalando que se presumen auténticos los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes.

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 244 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012):

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. // Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. // También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. // Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo”

5. CASO EN CONCRETO

En su memorando de solicitud se afirma que “*al área de presupuesto de la Alcaldía le surge la duda sobre la legalidad del documento privado consentido entre los citados contratistas, razón por la que le solicito respetuosamente se emita un concepto (...) sobre la cesión de derechos económicos que fue suscrita entre el Consorcio Santo Domingo y el Consorcio JASB ante notaría pública*

⁷ Sentencia C-710/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Sentencia SU-774/14 M.P. Mauricio González Cuervo

y que soportó la prórroga del contrato de consultoría No. 222-20F y del contrato de interventoría No. 224-2017". Sobre el particular, se debe traer a colación los artículos 1959 y 1961 del Código Civil, mencionados anteriormente, los cuales consagran que la cesión opera luego de que exista un acuerdo entre cedente (quien es parte del contrato estatal) y cesionario (a quien se le transfieren los derechos económicos), y que el primero entregue al segundo un documento, en el que consten o se señalen los derechos contractuales que se están cediendo, así mismo se requiere que el documento entregado conste con la firma del cedente.

Conforme con lo anterior, el documento de cesión de derechos económicos firmado mediante documento privado entre el Consorcio Santo Domingo y el Consorcio JASB, el 20 de septiembre de 2019, cuenta con las respectivas firmas tanto del cedente como del cesionario, y se encuentra protocolizado ante notaría, por lo cual se desprende la presunción de documento auténtico, de conformidad con la Sentencia SU-774 de 2014 y el artículo 244 del Código General del Proceso.

Así las cosas, en los anteriores términos se emite el presente concepto, con base en la información y documentación que fue remitida a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, acorde con la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,



DANIEL RENE CAMACHO SÁNCHEZ
Director de Contratación

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación

Elaboró: Mónica Parra- Abogada Contratista Dirección de Contratación **M.P.**