

CCE-DES-FM-17

Bogotá, 30 Abril 2021

Señor(a)
Ciudadano(a) anónimo(a)
Ciudad

Radicación: Falta de competencia de la consulta No. P20210423003388

Estimado(a) señor(a);

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su petición del 23 de abril de 2021. De conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»¹. Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública.

¹ «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».

Página 1 de 4



Usted manifiesta que, «la norma» enuncia dos tipos de cesión, a saber, de posición contractual y de crédito. Afirma que, en virtud del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dicha norma se refiere a que los contratos estatales son «intuitu personae», y que, al remitirse al artículo 887 del Código de Comercio, se enuncia que «[e]n 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».

En ese contexto, la solicitud tiene como propósito que Colombia Compra Eficiente le brinde asesoría, emitiendo un concepto jurídico, teniendo en cuenta que las relaciones derivadas de un contrato pueden sustituirse de forma parcial o en su totalidad y que el término de duración puede entenderse como una de las obligaciones del contrato, en el que se establezca si, un contratista de una entidad pública puede realizar una cesión de su posición contractual por un término definido.

Adicionalmente, en el marco de una sanción consistente en la suspensión temporal de la personería jurídica para operar un bien y servicio, y partiendo de la base de que dicha personería jurídica es certificada por la misma entidad contratante que, en el presente caso, tiene un régimen especial de contratación, usted pretende que esta Agencia le indique, respecto a los contratos estatales en ejecución, en primer lugar, si el contratista puede ceder la posición contractual con carácter temporal, teniendo en cuenta el plazo de suspensión de la personería jurídica. En segundo lugar, en caso de no ser procedente lo anterior, si se debe realizar una cesión por el término del contrato. En tercer lugar, si puede entenderse que el contratista está inmerso en una inhabilidad sobreviniente, en consideración a que la suspensión de la personería jurídica es temporal. Y, por último, si en caso de cederse la ejecución total del contrato, se estaría sancionando dos (2) veces al contratista.

Desafortunadamente no podemos responder su solicitud, pues no se refiere al alcance de alguna norma que rija la contratación de las entidades públicas sino a la resolución de una problemática particular y concreta.

En efecto, usted no está solicitando que se absuelvan dudas sobre la interpretación y aplicación de esta, ni de otras normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En realidad, procura una asesoría, cuyo propósito es determinar si es viable o no que un contratista ceda su posición contractual, y las inhabilidades y sanciones que podrían derivarse de ello, así como las decisiones que pueden adoptar las entidades públicas y los contratistas en relación con una cesión contractual. El pronunciamiento por parte de esta entidad sobre sus preguntas desborda nuestra competencia consultiva, la cual está limitada a resolver problemas de aplicación de normas de carácter general. Revisada la consulta, se desprende que esta se refiere a la solución de un caso que, además, envuelve una controversia cuya resolución no le compete a esta entidad.



Lo anterior, teniendo en cuenta que la competencia de Colombia Compra Eficiente, tal como se desprende de la lectura del Decreto Ley 4170 de 2011, se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones y/o decisiones de las autoridades o de los demás participantes del sistema de contratación pública, en desarrollo de la actividad contractual. La competencia consultiva se circunscribe a la interpretación de normas de «forma general» y, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública no cuenta con funciones de asesoría particular. Por ello, no puede determinar si es viable, jurídicamente, que los contratistas de las entidades públicas cedan o no su posición contractual en un contrato. Tampoco puede determinar el término por el cual es procedente la cesión, ni las inhabilidades o sanciones que podrían derivarse de ello.

Es bueno señalar que corresponde a los particulares y a las autoridades administrativas, como responsables de su actividad contractual, y conforme al régimen jurídico de contratación que les resulta aplicable, adoptar las decisiones y adelantar las actuaciones que estimen pertinentes para el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, les corresponde, de forma autónoma e independiente, establecer las situaciones bajo las cuales es procedente o no realizar una cesión de su posición contractual en un contrato, así como el término por el cual es procedente hacerlo y las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de ello.

De otra parte, acorde con las disposiciones que rigen su actividad contractual, así como con la asesoría de sus equipos jurídicos, les corresponde a las autoridades evaluar, en cada caso, algunas de las decisiones que adopten sus contratistas en desarrollo de su actividad contractual, así como llevar a cabo las actuaciones que estimen pertinentes en relación con dichas decisiones.

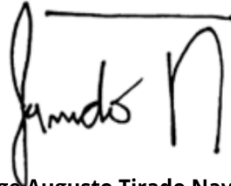
Debe destacarse que la competencia consultiva de esta entidad fue acotada de manera precisa por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011 y debe ser ejercida en los términos consagrados en esas disposiciones. En efecto, admitir que se puedan plantear dudas de todo tipo, implicaría actuar por fuera de la competencia asignada por el legislador, y se desnaturalizaría el objetivo institucional de servir de «guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado y genere mayor transparencia en las compras y la contratación pública».

De otro lado, el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011 señala que, si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará al interesado dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción, si obró por escrito, y remitirá la petición al competente con copia del oficio remitario al peticionario. En aquellos eventos que no exista funcionario competente así se le comunicará al solicitante. Por ello, teniendo en cuenta



que en el país no existe alguna autoridad que tenga el deber de resolver su caso, le comunicamos que no es posible remitir la petición a otra institución.

Atentamente,



Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

Elaboró: Kevin Arlid Herrera Santa
Analista T2 – 04 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor T1 – 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Ximena Ríos López
Gestor T1 – 11 de la Subdirección de Gestión Contractual

