

Ibagué, 31 de mayo de 2023

Doctor
DEIDER MORA
Secretario de Gobierno y Ordenador del Gasto
MUNICIPIO DE FLANDES
Ciudad

Referencia: Minuta contrato de cesión del contrato No.202 del 7 de junio de 2022.

Respetado Doctor Mora:

Se recibió por parte de su despacho para mi correspondiente firma, minuta de “Contrato de cesión del contrato No.202 del 7 de junio de 2022, que tiene por objeto contractual la adquisición de dos vehículos recolectores y compactadores de residuos sólidos para el Municipio de Flandes”, gestión sobre la cual me permito manifestar expresamente, ***que no es posible la suscripción del mentado documento toda vez que no es mi voluntad conforme las condiciones actuales de ejecución del referido contrato, ceder los derechos del mismo.***

La anterior decisión se soporta en que a la fecha el contrato se encuentra en ejecución, además en término para su cumplimiento y con previo agotamiento de todas las instancias de mi parte para que pueda darse cumplimiento al objeto contractual, pese a las condiciones ajenas a mi voluntad que han afectado su ejecución en el plazo inicialmente previsto.

Conforme quedo constancia en el acta de prorroga número 3, desde el día 21 de abril de 2023, solicite a la administración municipal el restablecimiento del equilibrio económico con ocasión a la ocurrencia de causas ajenas al suscrito en calidad de contratista, relacionadas con la fluctuación del precio del dólar y escases de materia prima, petición que a la fecha no ha tenido respuesta o pronunciamiento alguno por parte de la administración municipal.

Las anteriores circunstancias como son de su conocimiento, han afectado el valor inicialmente pactado y los plazos de entrega de los vehículos recolectores y compactadores de residuos sólidos para la entidad territorial y han dificultado el cumplimiento del contrato.

En consecuencia, sin un pronunciamiento expreso por parte de la administración frente a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de fecha 21 de abril de 2023, se dificulta el cumplimiento del mismo, no solo de mi parte, sino de cualquier contratista que asuma el contrato por vía de cesión o por otros medios que la administración pretenda adelantar para el efecto.

Hechas las anteriores precisiones, me permito manifestar sobre la minuta del contrato de cesión, que el pretendido negocio jurídico es contrario a derecho en razón a: ***1. La administración municipal no puede ser parte del negocio jurídico de la cesión del contrato. 2. El contrato de cesión del contrato 202 de 2022, estaría viciado de nulidad.***

3. La decisión unilateral de la administración de la cesión del contrato 202 de 2022, es contraria a los principios que rigen la contratación pública. 4. No se encuentra conforme a los derechos y solicitudes realizadas de mi parte en consecuencia del desequilibrio contractual.

La primera contrariedad al ordenamiento jurídico de la minuta del contrato de cesión se encuentra en que *la administración municipal no puede ser parte del negocio jurídico de la cesión del contrato*. En la minuta se lee que son partes del negocio jurídico, el Grupo de Inversionistas S.A.S. en calidad de cedente, persona jurídica que represento legalmente; en calidad cesionario HD Soluciones integrales S.A.S. y Usted en calidad de ordenador del gasto.

Sobre este tenor debe considerarse que la cláusula Décima Séptima del contrato 202 de 2022, establece la prohibición de la cesión del contrato en todo o en parte a persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

Si bien es cierto esta cláusula debe interpretarse a la luz del inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1991, que regula que los contratos estatales son *intuitu personae* y en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante, también lo es, que dicha autorización no es una habilitación legal para que la administración pública haga parte del contrato de cesión, que es un negocio jurídico entre particulares y más aún, que sea la administración quien disponga sin consentimiento alguno quien debe ser el cesionario, tal como se contempla en la minuta enviada para refrendar.

El Consejo de Estado ha señalado, que de conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio, la cesión de la posición contractual es la figura mediante la cual un tercero, llamado cesionario, sustituye, en todo o en parte, a un contratante, denominado cedente, en una relación contractual de tracto sucesivo, de ejecución periódica o de ejecución instantánea en los que no se hayan cumplido aún las obligaciones¹.

Así mismo, dentro del pronunciamiento referido el Alto Tribunal señaló en cuanto a los efectos de la cesión respecto del otro extremo del contrato cedido, que si bien los contratos regidos por el derecho privado la regla general es que, salvo pacto en contrario, pueden cederse sin autorización del contratante cedido, cuando se ceden los contrato *intuitu personae*, sí requieren de su aquiescencia cuando se trata de contratos regidos por la Ley 80 de 1993, en consideración a los fines propios del contrato estatal que requieren que el contratista sea idóneo, que reúna las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras iguales de quien sustituye, por lo tanto la cesión solo producirá efectos respecto de la entidad pública, cuando medie la autorización expresa de ella.

Con fundamento en lo anterior la jurisprudencia concluye, que la cesión del contrato estatal producirá efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que se llegue a un

¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia 10 de noviembre de 2021. M. P. José Roberto Sáchica Méndez. Radicación: 13001-23-33-000-2012-00162-01 (50130).

acuerdo, pero frente a la entidad pública cedida, la cesión solamente tendrá efectos a partir de la suscripción del documento mediante el cual se autorice.

Por lo tanto, no puede la administración municipal a través del ordenador del gasto, ser parte en un negocio jurídico que solo se circunscribe entre particulares y que para que cobre efectos plenos debe contar con la autorización de la administración en garantía de los principios que rigen la contratación estatal, instancia que se da con posterioridad al acuerdo suscrito entre las partes.

El segundo motivo por el cual se opone al ordenamiento el documento enviado para la firma, encuentra su sustento en que el acto estaría viciado de nulidad por vicios en el consentimiento.

Resulta que la minuta remitida, expresa en una de sus cláusulas que en calidad de representante legal del Grupo Inversionista el Transportador S.A.S., decido libre de apremios, constreñimientos y demás acciones que puedan viciar la voluntad, ceder todos los derechos y/o posición contractual, que resulte del contrato de compraventa para que se transfiera a perpetuidad y sin limitación alguna al cesionario HD SOLUCIONES INTEGRALES S.A.S., identificado con NIT 800.153.102-1, representada legalmente por Fabian Alberto González Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía No.1.113.622.201, puesto que en primera instancia, nunca he manifestado ni formal ni informalmente mi deseo o pretensión de ceder el contrato, cuando no conozco la persona con quien se suscribiría el negocio jurídico y cuando he agotado todas las instancias para lograr la ejecución del objeto contractual, sin que la administración haya agotado los mecanismos jurídicos necesarios para lograr la ejecución del objeto contractual, fin principal de la contratación pública.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la administración y los particulares pueden celebrar los contratos y negocios jurídicos que se estimen necesarios para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que persigan la satisfacción del interés público en el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos (art. 3 Ley 80 de 1993), pero es una actividad que para que surta eficacia, esto es, la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1518 del C.C.). La validez indica la regularidad del contrato, o sea, que existiendo responde a las prescripciones legales y su inobservancia conduce a la nulidad del contrato².

La sentencia en cita, explica que, dentro de los requisitos de validez establecidos en el ordenamiento jurídico, se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C.). En lo que se refiere al consentimiento hace referencia a la exteriorización de la voluntad de una persona para aceptar derechos y obligaciones, en el marco de la autonomía privada. Significa la

² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B. Sentencia 26 de julio de 2012. M. P. Danilo Rojas Betancourt. Radicación: 13001233100019980034301 (23605).

manifestación o declaración de voluntad, expresa o tácita, ya sea en forma verbal o escrita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. Es la exteriorización de una conducta, por acción u omisión, en la que una parte acepta y otorga su conformidad sobre el contenido del contrato o negocio jurídico celebrado con otra, que a la vez emite en forma coincidente su asentimiento o aquiescencia en torno al mismo.

Por lo tanto, se explica que el consentimiento debe ser libre, sano, lo que significa que debe estar exento de vicios, como son el error, la fuerza y el dolo (art. 1508 C.C.).

La fuerza, explica la sentencia referida, consiste en la presión física o moral que se ejerce sobre una persona con el fin de lograr la celebración del contrato, y para que vicie el consentimiento debe ser injusta, grave, determinante; debe producir una impresión fuerte a una persona en sano juicio, según las consideraciones de sexo, edad y condición (temor: metus). En efecto, doctrina y jurisprudencia han entendido por fuerza o violencia aquella injusta presión o coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en la celebración de un acto o negocio jurídico, vicio que tiene por efecto su nulidad (arts. 1504, 1741, 1743, 1750 C.C.), en tanto el orden jurídico privilegia la libertad negocial y la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación y disposición de sus intereses. Por eso, la presión o coacción en que consiste la fuerza o violencia, se ha dicho, con acierto, debe producir en la víctima un sentimiento de miedo o temor que la sitúa en la disyuntiva de realizar el acto que se le propone o de sufrir un mal grave e irreparable, con lo cual se le coarta o mengua la libertad de decisión o voluntad que demanda la ley para el ejercicio válido de la disposición de intereses en el negocio jurídico. De ahí que, realmente, la causa que vicia la voluntad no es la fuerza (vis) per se, sino el temor (metus) que a través de ella se infunde en el ánimo de la víctima y que la compele a otorgar su consentimiento en el acto o negocio jurídico.

En el presente caso se encuentra que la administración establece como procedimiento la suscripción de un contrato de cesión de mis derechos contractuales, que en primera instancia nunca he solicitado y que aunada a la omisión de respuesta por parte de la administración a mi petición de desequilibrio económico del contrato por causa ajenas a mi voluntad de fecha 21 de abril de 2023, evento que permitiría la ejecución del objeto contractual, configuran la presión o fuerza para su suscripción de la cesión y con ella la nulidad del mismo por vicio en el consentimiento. Sobre el particular es también necesario reiterar, que la cesión del contrato, no cambia en nada la situación del equilibrio o desequilibrio financiero del contrato, ya que, con el cambio de precios, ni el suscrito o un eventual cesionario, puede dar cabal cumplimiento al objeto del contrato.

En cuanto al tercer motivo, circunscrito a que *La decisión unilateral de la administración de la cesión del contrato 202 de 2022, es contraria a los principios que rigen la contratación pública*, es necesario recordar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en la contratación administrativa las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, que colaboran con ellas en cumplimiento de esos fines, y para obtener el buen servicio debe haber continuidad en su prestación, razón por la cual el artículo 14 de la misma disposición, dota a las entidades de medios para lograr el eficaz cumplimiento del objeto contractual, encaminado a obtener la satisfacción del interés público colectivo.

En igual sentido, el artículo 4 numerales 1, 2, 4, 5 y 7 y el artículo 5 numerales 2 y 4 de la Ley 80 de 1993, establece que las entidades beneficiarias del contrato y los particulares que colaboran con ella deben desplegar toda su actividad en procura que el contrato se cumpla y que los bienes, obras o servicios sean de la calidad suficiente para permitir alcanzar las necesidades y metas que se habían trazado con su celebración.

A la luz de las disposiciones en cita, se genera una obligación para las entidades el desplegar su actividad para proteger al contratista y colaborar con la remoción de los obstáculos que durante la ejecución del contrato le estén dificultando o entorpeciendo el cumplimiento del mismo, dicho deber se incumple cuando frente a circunstancias externas o de terceros que afectan la ejecución del contrato de deja solo o a su suerte o desamparado al contratista.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto que el objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado, que se traduce en una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.³

Así las cosas, se advierte por parte de la administración, una actitud pasiva frente a las solicitudes realizadas para el restablecimiento del equilibrio del contrato, circunstancia que una vez puesta en conocimiento, solo es de su resorte y obligación en virtud a los principios que rigen la contratación estatal y la administración pública.

Finalmente, en lo que se relaciona a que el tan citado documento, ***No se encuentra conforme a los derechos y solicitudes realizadas de mi parte en consecuencia del desequilibrio contractual***, es menester indicar que el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo en la referencia citada, dispone que al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución. Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas.

³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCIÓN B. Sentencia 31 de agosto de 2015. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación: 2500232600019970439001 (18080).

Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.

El principio del equilibrio financiero del contrato, establece el Consejo de Estado en este pronunciamiento, es medular en el régimen jurídico de la contratación pública, que consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

En consecuencia, la eventual suscripción de un contrato de cesión de mis derechos contractuales o la utilización de otros mecanismos por parte de la administración tendientes a dar por terminado en contrato 202 de 2022, sin que se haya resuelto la petición de desequilibrio contractual, es una omisión que no solo socaba mis intereses económicos, causando graves perjuicios a mis finanzas, sino que también es una práctica que socaba el principio de la buena fe contractual, circunscritos en el presente caso, a la obligación constitucional, legal y contractual que tiene la administración de corrección, claridad y lealtad negocial al guardar silencio respecto de la reclamación económica, modificando o adicionando el contrato de acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de la ejecución, que permita el fin buscado con el contrato, que es en principio el cumplimiento de su objeto contractual y con él, el logro de los fines y cometidos estatales buscados con el mismo.

Con fundamento en lo expuesto, reitero que no es mi voluntad suscribir el contrato de cesión de derechos del contrato 202 de 2022, en consideración a las razones legales expuestas. Consecuente con ello, me permito igualmente, reiterar las siguientes solicitudes:

1. Solicitud del 21 de abril de 2022, por medio de la cual se solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.
2. Que consecuente con la decisión sobre la petición anterior, se amplíe el plazo establecido para el cumplimiento del objeto del contrato 202 de 2022 o se concerten otras medidas tendientes a lograr el cumplimiento del objeto del contrato.

Cordialmente,



CARLOS JULIO SALAZAR FLORIDO

Representante Legal Grupo Inversionista el Transportados S.A.S.