

La cesión unilateral del contrato estatal ¿una nueva potestad excepcional de la administración? y su ponderación respecto de los derechos del contratista afectado con la medida.

**Por:
ELVERT STYVEN BOYACÁ CALDERÓN**



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Colombia

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá
2021**

La cesión unilateral del contrato estatal ¿una nueva potestad excepcional o exorbitante de la administración? y su ponderación respecto de los derechos del contratista afectado con la medida.

**Por:
ELVERT STYVEN BOYACÁ CALDERÓN**

**Asesor:
GONZALO ANDRÉS PERÉZ MEDINA**

**Para otorgar el título de:
Magister en Derecho Administrativo**



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Colombia

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá
2021**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C.

Tabla de contenido

<u>CAPÍTULO 1.</u>	<u>7</u>
<u>PRECISIONES SOBRE LA FIGURA DE LA CESIÓN DEL CONTRATO.</u>	<u>7</u>
2.1. ANTECEDENTES SOBRE LA CESIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.	9
2.2. LA CESIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL.	11
<u>CAPITULO 2.</u>	<u>17</u>
<u>ANÁLISIS DE LA CESIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN EL MARCO DE LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN.</u>	<u>17</u>
2.1. PRECISIONES SOBRE LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN.	17
2.2. ¿LA CESIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO, UNA NUEVA POTESTAD EXCEPCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN?	19
<u>CAPÍTULO 3.</u>	<u>24</u>
<u>¿LA CESIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PARTICULARES AFECTADOS CON LA MEDIDA?</u>	<u>24</u>
3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE CARA A LA POTESTAD DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA POR “ACTOS DE CORRUPCIÓN”	24
3.2. ¿LA NEGATIVA DEL RECONOCIMIENTO DE UNA INDEMNIZACIÓN, COMO CONSECUENCIA DE LA CESIÓN UNILATERAL A DEL CONTRATO ESTATAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN, VULNERARÍA EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA DEL CONTRATISTA AFECTADO?	29
3.3. ¿LA CESIÓN UNILATERAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN VULNERARÍA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE?	34
3.4. DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN DE LOS INTEGRANTES DE LAS ESTRUCTURAS PLURALES ANTE LA CESIÓN UNILATERAL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN.	38
<u>CONCLUSIONES.</u>	<u>40</u>
<u>6. BIBLIOGRAFÍA.</u>	<u>42</u>

Introducción

Existe consenso general sobre la necesidad de sanciones efectivas a los contratistas del Estado en época de elevados índices de corrupción; sin embargo, ¿la creación de nuevas facultades administrativas sancionatorias, tales como la cesión unilateral del contrato estatal por actos de corrupción sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil, podría implicar o generar la vulneración de derechos fundamentales y prerrogativas reconocidas previamente por la Constitución y la Ley al particular que colabora con la administración?

Si bien, no se desconoce que en estos contratos no se parte de un presupuesto de igualdad, dada la posición de privilegio del Estado contratante sobre el particular contratista, lo cual se refleja en una serie de potestades y prerrogativas que no son comunes en la contratación entre particulares (caducidad, liquidación unilateral, interpretación unilateral, entre otras); bajo la égida de la lucha contra la corrupción, se podrían crear facultades administrativas sancionatorias arbitrarias, como podría serlo la cesión unilateral del contrato estatal por actos de corrupción sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil, que permitirían la usurpación de las funciones de otras ramas del poder público, o que patrocinen una idea de irresponsabilidad patrimonial del Estado so pretexto de combatir la corrupción, vulnerando garantías constitucionales mínimas de los particulares colaboradores de la administración.

La Ley 2014 de 2019 se concibió y tramitó con el objeto de adoptar medidas para la sanción efectiva de los delitos cometidos contra la administración pública, con la modificación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado de las personas y sujetos condenados por corrupción.

No se pretende cuestionar la idea de que se requieren apremiantes medidas tendientes a castigar la corrupción en la contratación estatal; sin embargo, la hipótesis que se defiende en este trabajo de grado es que la ley no puede crear facultades administrativas sancionatorias arbitrarias que permitan la usurpación de las funciones de otras ramas del poder público, porque con ello se vulneran varias garantías constitucionales que la postre se traducirán en una responsabilidad patrimonial del Estado.

Los interesados en contratar con el Estado requieren tener la certeza de que la puesta en marcha de una potestad sancionatoria estará sujeta a un marco de legalidad y a controles

administrativos y judiciales, de manera que no se ejerzan en su contra por la simple voluntad o capricho de la autoridad administrativa de turno.

En el presente trabajo se analizará la figura de la cesión unilateral del contrato estatal por actos de corrupción sin lugar a indemnización al contratista inhábil, creada mediante el párrafo 1° del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, que modificó el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, para determinar, en primer lugar, si esta nueva potestad es nueva potestad excepcional de la administración y, en segundo término, si con ella se podrían ver vulnerados los derechos fundamentales del contratista y de terceros afectados con la medida.

Para responder al objetivo anterior, en el capítulo 1 se harán unas precisiones sobre la figura de la cesión del contrato, abordando los antecedentes sobre la cesión en la contratación estatal y su regulación en la Ley 80 de 1993 hasta antes de la modificación de la Ley 2014 de 2019.

En el capítulo 2 se revisará la regulación y fundamentos de las potestades excepcionales de la administración, para responder a la pregunta ¿la cesión unilateral del contrato, una nueva potestad excepcional de la administración?

Finalmente, en el capítulo 3 se estudiará la figura de la cesión unilateral de los contratos estatales de cara al principio de legalidad y los derechos fundamentales de los particulares afectados con la medida.

Capítulo 1.

Precisiones sobre la figura de la cesión del contrato.

En el Código de Comercio y el Código Civil se encuentra la regulación primigenia de la figura de la cesión del contrato. En el Código de Comercio, especialmente, se regula expresamente la figura de la cesión de contrato para los contratos mercantiles en el capítulo VI, así:

- En el artículo 887 se viabiliza la cesión total o parcial de los contratos, sin necesidad de aceptación del contratante cedido, siempre que por ley o estipulación de las partes no se haya prohibido o limitado.

- En el artículo 888 se plantea la sustitución verbalmente o por escrito, según como conste el contrato.

- En el artículo 889 se posibilita la cesión en los contratos de suministro, con la aquiescencia tácita a su continuación por un tercero.

- En el artículo 890 se señala que, salvo estipulación en contrario, quien cede responde por la existencia y validez del contrato y sus garantías, pero no por el cumplimiento del cesionario y de los garantes.

- En el artículo 891 dispone que cuando el cedente se obliga a responder por el cumplimiento contratante cedido debe ser avisado en diez días so pena de exoneración.

- En el artículo 892 se señala que una vez notificada o aceptada la cesión el contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato.

- En el artículo 893 se reconoce el derecho del contratante cedido de exigir del cedente el cumplimiento de sus obligaciones si no consintió la cesión.

- En el artículo 894 se determina el momento a partir del cual la cesión de un contrato produce efectos. Frente a del contratante cedido y terceros, sólo desde la notificación o aceptación.

- En el artículo 895 se definen las implicaciones de la cesión circunscribiéndolas al contrato cedido.

- En el artículo 896 se dispone que el contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato y aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, si hizo expresa reserva al momento de la notificación o aceptación.

También en el Código Civil, en el título XXV “*De la cesión de derechos*” y el capítulo I “*De los créditos personales*” se encuentran disposiciones que permiten la comprensión de la figura en el ámbito privado.

Es importante precisar que la cesión, como contrato bilateral, está sujeto a la voluntad y autonomía de las partes para fijar las condiciones de la misma, esto es, entre cedente y cesionario, incluso, sin autorización de la otra parte del contrato que se cede, salvo estipulación en contrario. Al respecto, la jurisprudencia ha indicado:

Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder su posición contractual en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido. [...] La cesión contractual es la sustitución o transmisión de parte o todo de las relaciones contractuales, tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, P. 2004-00469)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dijo, en relación con la bilateralidad de la cesión del contrato:

[los] contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso de hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante (...) lo hubiera consentido (...). En la cesión de derechos y obligaciones procedentes de un pacto bilateral, habría no sólo una cesión de derechos sino una sustitución del deudor (Fernando Vélez, Tomo 7, página 336). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, P. 1942-LIV-114)

En sentencia del año 2015, la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resaltó que la cesión del contrato responde al principio de libertad negocial:

Las directrices expuestas son aplicables a la cesión de la promesa de compraventa, pues fuera de no encontrar limitación alguna, responde al principio de libertad negocial. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, P. 2004-00469)

A su turno, respecto de las principales características de la cesión del contrato, ya sea de origen comercial o civil, indica Bonivento (2017): “La cesión de contratos tiene consagración y regulación expresa en materia mercantil a partir del artículo 887 del Código de Comercio, permitiéndola en contratos de ejecución sucesiva -sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, salvo norma o estipulación en contrario-, y en contratos de ejecución instantánea aún no cumplidos, con aceptación del contratante cedido. Esta regulación que, como se ve, involucra elementos permisivos, elementos restrictivos y algún espacio para la autonomía de la voluntad, por razones obvias se estudia con detalle en las obras y cursos sobre teoría general del contrato o del acto jurídico” (p. 409).

Nótese que las normas citadas, así como la jurisprudencia y doctrina coinciden que uno de los elementos principales de la cesión de un contrato es la bilateralidad y autonomía de la voluntad, independiente de sí se requiere de aceptación expresa del extremo cedido, así como la transferencia de las obligaciones del cedente tanto activas como pasivas frente al cesionario. Sobre este respecto, se debe resaltar que una de las características fundamentales de la cesión del contrato, como manifestación fundamental de la libertad negocial, es la autonomía de la parte cedente de escoger su cesionario, es transcendental en la cesión del contrato estatal.

2.1. Antecedentes sobre la cesión en la contratación estatal.

Antes de la Ley 2014 de 2019, la figura de la cesión de los contratos estatales se trataba, de manera tangencial, en algunas disposiciones del Estatuto General de la Contratación Estatal - EGCE-, así:

- Cesión obligatoria: En el artículo 9 se consagra el deber del contratista de ceder el contrato cuando le sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad, contando con previa autorización escrita de la entidad contratante o si ello no es posible, renunciando a su ejecución. También se prohíbe la cesión entre quienes integran un consorcio o unión temporal.
- Cesión voluntaria: En el artículo 41, se dispone que los contratos estatales son *intuitio personae* y, en consecuencia, una vez celebrados, no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En lo no desarrollado en el EGCE, aplican por disposición de los artículos 13 y 40 de ese mismo Estatuto, la normativa correspondiente contenida en el Código de Comercio y el Código Civil, como se vio anteriormente.

Pese a la escasa regulación de la cesión de un contrato estatal en el EGCE, la doctrina autorizada desarrolla sus características y los requisitos para su perfeccionamiento, logrando una integración normativa orientada por los principios de la contratación estatal, los de la función administrativa y los de la gestión fiscal. En síntesis, plantea Ramírez (2014), como elementos que integran la cesión en la contratación estatal, los siguientes: (i) la prohibición de ceder como un elemento de la naturaleza dado el carácter *intuito personae* de los contratos estatales, (ii) la cesión requiere autorización previa de la entidad estatal contratante, (iii) la cesión debe recaer en un tercero que acredite determinadas calidades ante la entidad estatal (cedida), (iv) la cesión supone la sustitución o subrogación de la persona del contratista por un tercero, (v) la cesión supone una modificación subjetiva del contrato estatal principal, (vi) la cesión puede ser total o parcial, (vii) la cesión parcial no es asimilable a la cesión de créditos derivados del contrato, y (viii) los contratos estatales pueden cederse de manera sucesiva (pp. 70-95).

Aunado a lo anterior, es de resaltar que la cesión del contrato estatal supone para su existencia y validez iguales requisitos que cualquier contrato comercial o civil, como se anunció en el capítulo anterior, en especial, la autonomía de la voluntad como manifestación de la libertad negocial para contratar entre cedente y cesionario, independiente de si es obligatoria o voluntaria, sin perjuicio del requerimiento de aceptación de la entidad pública contratante.

En relación con las consecuencias de la cesión del contrato, esto en un punto de la asunción de las obligaciones del contrato cedido por parte del tercero cesionario, la Sección Tercera del Consejo de Estado, de manera pacífica, ha afirmado:

Verificada la cesión del contrato, la Sala advierte que el actor no puede reclamar para sí el valor de la contraprestación que a su juicio el municipio le adeuda. En efecto, el artículo 887 del Código de Comercio permite ceder en todo o en parte las relaciones derivadas de un contrato. Sin que se requiera que el contratante cedido acepte la cesión, a no ser que la ley o las partes hayan prohibido o condicionado la sustitución. Esta figura permite que el tercero cesionario adquiera los derechos y contraiga las obligaciones que tenía el cedente frente al contratante cedido en el marco de la relación contractual. El actor cedió su posición contractual y el municipio autorizó la sustitución. (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 2005-00860).

De acuerdo con lo anterior, el tercero cesionario asume la totalidad de obligaciones de la parte que reemplaza, así como las consecuencias de que ellas se desprenda sobre las actuaciones del contratista cedente hasta el momento en que cede el contrato, por lo que este tercero cesionario asume como suyo la ejecución del respectivo contrato hasta su finalización.

2.2. La cesión unilateral del contrato estatal.

La cesión unilateral fue creada por artículo 6 de la Ley 2014 de 2019¹, y mediante ella, se le exige al contratista del Estado la obligación de ceder el contrato a un tercero designado unilateralmente por la administración cuando sobrevenga una inhabilidad por actos de corrupción. A ello se suma la prohibición expresa de reconocer indemnización alguna para el contratista cedente.

Dispone el párrafo 1º del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, que modificó el artículo 9o de la Ley 80 de 1993 lo siguiente:

ARTÍCULO 6o. INHABILIDAD SOBREVINIENTE. Modifíquese el artículo 9o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 9o. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. [...]

PARÁGRAFO 1o. Cuando la inhabilidad sobreviniente sea la contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, no procederá la renuncia del contrato a la que se refiere este artículo. La entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato. (Ley 2014, 2019, Art. 9)

De la disposición transcrita se evidencian las siguientes características de la cesión unilateral del contrato:

¹ Ley 2014 de 2019. *Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones.* Diciembre 30 de 2019. DO: 51182.

- a) Para su causación, se requiere el advenimiento de una inhabilidad sobreviniente contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista.
- b) No procede la renuncia a la ejecución del contrato de que trata el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993².
- c) La cesión unilateral no opera por solicitud del contratista o un tercero, sino que debe ser ordenada por la entidad estatal contratante mediante acto administrativo motivado.
- d) No hay lugar a indemnización para el contratista inhábil.
- e) La Entidad contratante determinará el cesionario del contrato.
- f) En cuanto al sujeto pasivo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 2021, después de hacer una lectura de los antecedentes del proceso legislativo que culminó con la citada ley 2014, determinó que son los siguientes:

(i) los contratistas que hayan sido administrativamente sancionados por actos de corrupción;

(ii) las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por “cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias”;

(iii) las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por “cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional”;

(iv) “las sociedades de las que hagan parte (los contratistas señalados bajo los literales (ii) y (iii) (supra) en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”;

² “Artículo 9o. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. 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”. (Ley 80, 1993, Art. 9)

(v) “las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado”; y

(vi) permanentemente, “las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y (...) las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal”. (Corte Constitucional, C-037 de 2021)

A continuación se analizará cada una de las citadas características para dar un mayor entendimiento de la potestad establecida por el legislador:

- a) Para su causación, se requiere el advenimiento de una inhabilidad sobreviniente contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista.

El literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 2014 de 2019, dispone que son inhábiles para participar en licitaciones y celebrar contratos con entidades del Estado: “Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional. Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria”.

En este primer escenario, encontramos que la inhabilidad se genera una vez haya sido proferida una sentencia condenatoria por la jurisdicción penal, incluso, sin importar que aún esté pendiente la decisión de la impugnación de la sentencia condenatoria.

En el segundo escenario, cuando la sanción por actos de corrupción sea en sede administrativa, si bien no se menciona de manera expresa, se podría pensar que se refiere a la

derivada de su imposición a través de las funciones de inspección, vigilancia y control de algunas entidades públicas facultadas para ello. Al respecto, Laverde (2019) afirma:

La Constitución dispone expresamente que las funciones de IVC son administrativas y, por lo mismo, siempre deben estar supeditadas a la ley, aunque no establece su alcance. Al respecto, el Concepto 2223 del 16 de abril de 2015 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que el contenido y el alcance de estas funciones pueden extraerse de diversas disposiciones especiales que regulan su ejercicio en autoridades típicamente supervisoras, como las leyes 222 de 1995 (Superintendencia de Sociedades), 1122 de 2007 (Superintendencia Nacional de Salud) y 1493 de 2011 (Dirección Nacional de Derechos de Autor), entre otras y la más reciente Ley 1740 de 2014. (p. 98).

No obstante lo anterior, a diferencia de las sanciones por actos de corrupción tipificados así en el Código Penal, en donde las sanciones están precedidas de un procedimiento adelantado ante la jurisdicción penal, en la vía administrativa la sanción está precedida de un procedimiento administrativo sancionatorio en donde la administración es quien investiga y determina la sanción. En acápites siguientes se analizará esta circunstancia, ya que nos encontramos ante un tipo en blanco en la expresión “actos de corrupción”.

- b) No procede la renuncia a la ejecución del contrato de que trata el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con el inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este podrá ceder el contrato, de manera voluntaria y previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, puede renunciar a su ejecución; no obstante, en la cesión unilateral del contrato esta posibilidad está vedada.

- c) La cesión unilateral no opera por solicitud del contratista o un tercero, sino que debe ser ordenada por la entidad estatal contratante mediante acto administrativo motivado.

De acuerdo con el párrafo 1º del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, que modificó el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, la cesión unilateral, ante la ocurrencia de la inhabilidad sobreviniente que tratamos en el literal a) de este acápite, será ordenada mediante acto administrativo motivado por la administración, situación que podría, en principio, desfigurar la figura jurídica de la cesión del contrato, como lo explicaremos más adelante.

d) No hay lugar a indemnización para el contratista inhábil.

Una vez decretada la cesión unilateral del contrato, la norma indica que no hay lugar a indemnización para el contratista, circunstancia compleja que plantea varios interrogantes y tensiones entre otros derechos, como la propiedad privada y la prohibición de no confiscación, e incluso, derechos de terceros de buena fe, que se plantearán en acápite siguientes.

e) La Entidad contratante determinará el cesionario del contrato.

La norma no indica la forma en que la entidad contratante adelantará el proceso de contratación para encontrar el cesionario del contrato, si se adelantará conforme el mismo proceso de contratación que precedió el contrato cedido o uno nuevo. Nótese que la elección del proceso de contratación impactará la ejecución de la obra, es conocido que en Colombia, los procesos licitatorios son complejos, dispendiosos y prolongados en el tiempo; sin embargo, si se trata de una obra compleja, adelantar una contratación directa podría levantar suspicacias.

Al respecto, el párrafo 2º del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, que modificó el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, contemplaba que el Gobierno Nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la norma, debía reglamentar el procedimiento de cesión del contrato, no obstante, mediante sentencia C-037 de 2021, la Corte Constitucional declaró inexecutable el citado párrafo al considerar que esta atribución tiene reserva de ley, por lo que el Congreso de la República es quien debe expedir dicha reglamentación. En la citada providencia, indicó la Corte:

4.16. Finalmente la Sala considera necesario reiterar que la determinación del cesionario en la cesión de que trata el artículo 9º de la Ley 80 debe, como todo proceso de selección del contratista de la Administración Pública, ajustarse al principio de selección objetiva; principio este que, como ya lo ha señalado la jurisprudencia, tiene reserva de ley. (Corte Constitucional, C-037 de 2021)

De acuerdo con la Corte Constitucional, el proceso de selección del contratista cesionario debe ajustarse al principio de selección objetiva; sin embargo, por lo menos en teoría, en todos los mecanismos de selección de contratistas estatales se entiende incorporado este principio, incluso en la contratación directa o en los regímenes exceptuados.

En cuanto al sujeto pasivo de la medida, no hace falta ahondar en ello adicional de lo indicado en líneas precedentes, esto es, del listado que la Corte Constitucional plasmó en la precitada sentencia C-037 de 2021.

Capítulo 2.

Análisis de la cesión unilateral del contrato en el marco de las potestades excepcionales de la administración

2.1. Precisiones sobre las potestades excepcionales de la administración.

El EGCAP, en aras de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, confiere a las entidades sujetas a su régimen de contratación, una serie de prerrogativas excepcionales al derecho privado, esto es, las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación, la caducidad, la reversión y la de sometimiento a las leyes nacionales y la caducidad (Ley 80 de 1993, Arts. 14 a 18).

La paralización o la afectación grave de los servicios públicos, se erige como una de las justificaciones más importantes de la existencia de estas prerrogativas excepcionales. Al respecto Santamaría (2002) justifica la existencia de estas cláusulas en los siguientes términos:

En el análisis del contenido contractual, hemos pasado revista hasta el momento a una serie de derechos y obligaciones que pueden considerarse, por así decirlo, normales y usuales en cualquier contrato privado. Pero en el contrato administrativo hay aún más: al mismo subyace un imperativo institucional de que el objeto en que consiste se realice efectivamente, y además, del modo más ajustado en cada momento al interés público.

Atender a dicho imperativo sería realmente problemático si, en caso de plantearse un conflicto irresoluble en términos amigables entre las partes durante la ejecución del contrato, ésta debiera quedar paralizada hasta tanto el conflicto se solventase por una sentencia judicial. Esto es lo que sucede en el mundo privado: pero, en el público, la Ley ha optado por desequilibrar la posición de igualdad de las partes, atribuyendo a la Administración un conjunto de poderes de acción unilateral para decidir en cada caso (sin perjuicio de su ulterior revisión judicial) lo que sea más conveniente al interés público que tiene el deber de salvaguardar: un conjunto, pues, de prerrogativas exorbitantes, derivadas del poder general de autotutela o decisión ejecutoria que la Administración ostenta, que hemos de estudiar en primer lugar. (p. 225-226)

Respecto de las consecuencias adversas, en términos de reconocimiento de la inversión del contratista sobre el cuál recaiga la aplicación de alguna de las cláusulas excepcionales citadas,

se deben tener en cuenta de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar; en este sentido afirma Matallana (2005):

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas, y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que el contratista puede intentar según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. (p. 814)

La Corte Constitucional en la sentencia C- 1514 de 2000 declaró exequible la cláusula de interpretación unilateral de los contratos estatales, fundamentándose, entre otros, en el principio de economía (Constitución Art. 209) según el cual resulta más "económico" para los fines estatales garantizar la normal prestación de los servicios públicos, que sujetarlos a la espera de una decisión judicial. En la misma línea, en la sentencia C-949 de 2001, en relación con la cláusula de caducidad, indicó que esta prerrogativa excepcional era razonable y proporcional a los mandatos constitucionales, como una herramienta para evitar la paralización o afectación grave del servicio público.

A su turno, el Consejo de Estado se ha pronunciado en similares términos a los de la Corte Constitucional. En sentencia del año 2021 afirmó:

61. Las facultades excepcionales de las que trata el Estatuto Contractual, como una concreción de los llamados poderes exorbitantes al derecho común, pueden ser ejercidas por las entidades públicas, exclusivamente, en los casos, bajo las condiciones y los requisitos que autoriza la ley, esto, en atención al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas. [...]

62. En efecto, en el origen mismo de las cláusulas exorbitantes o excepcionales (que han servido como criterio de identificación de los contratos administrativos), se encuentra la garantía del interés general, particularizado, para el caso de servicios públicos como los domiciliarios, en la necesaria continuidad en la prestación del servicio. Esta nota ha inspirado, desde siempre, la concepción misma de una facultad como la caducidad administrativa, cuyo elemento esencial ha sido el evitar que un incumplimiento contractual pueda poner en peligro la efectiva y continua prestación del servicio público. (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 2006-02001)

En síntesis, las cláusulas excepcionales de la administración tienen como finalidad garantizar la prestación del servicio público y el interés general a través de la utilización de mecanismos administrativos unilaterales, en procura del cumplimiento del objeto contractual y de los fines de la contratación.

2.2. ¿La cesión unilateral del contrato, una nueva potestad excepcional de la administración?

Para efectos de este acápite, se estudiará la cláusula excepcional de la declaratoria de caducidad del contrato, por lo que se omitirá el estudio de las demás cláusulas excepcionales de la administración pública, en aras de concentrarlo en la potestad sancionatoria de la administración ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del contratista. De igual forma, también se estudiará la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta o cuando se configure alguna de las causales del artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

La declaratoria de caducidad del contrato encuentra su desarrollo en el artículo 18 del EGCAP para los eventos en que se presenten “hechos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”. (Ley 80 de 1993, Art. 18)

El citado artículo faculta a la entidad contratante de tomar posesión de la obra o continúe inmediatamente con su ejecución, ya sea a través del garante o de otro contratista, quien deberá ser seleccionado por la administración utilizando los mecanismos de selección contenidos en el EGCAP.

Como efecto de la declaratoria de caducidad, el contratista afectado con la medida no tendrá derecho a indemnización, y será inhabilitado según corresponda. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento. (Ley 80 de 1993, Art. 18)

Respecto de la naturaleza sancionatoria de esta potestad, el Consejo de Estado afirmó:

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece las características de la caducidad, y advierte que se trata de un poder establecido en favor de la administración, que sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista. En este sentido, los hechos constitutivos de

incumplimiento del contratista deben circunscribirse al contrato, es decir, que son las obligaciones derivadas del negocio jurídico las que determinan si éste ha cumplido o no. No obstante, ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización. (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 2000-02857)

En relación con la terminación unilateral del contrato, esta ocurre cuando se configure alguna de las causales del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, esto es:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. <Aparte subrayado del numeral 2o. **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. (Ley 80 de 1993, Art. 17)

Cuando la terminación ocurre por las causales 1 y 2 el garante del contrato podrá continuar con su ejecución.

Por otra parte, en cuanto a la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta, esta ocurre cuando se dan los supuestos consagrados en el artículo 44 *ibidem* o en los casos previstos en el derecho común:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley. (Ley 80 de 1993, Art. 44)

La caducidad del contrato se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones del contratista, mientras que la terminación unilateral del contrato se origina en situaciones que recaen directamente sobre el contratista o factores externos que impidan o dificultan continuar con la ejecución o porque el contrato adolece de algún vicio de nulidad absoluta. Al respecto, Matallana (2009) afirma:

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se deja constancia acerca de la diferencia entre la terminación unilateral del contrato y la aplicación de la cláusula de caducidad, en tanto que "en ambas figuras se termina unilateralmente el contrato, sólo que la caducidad es una sanción por hechos imputables al contratista"; criterio que no es compartido por la Corte Constitucional quien en jurisprudencia ha establecido que la caducidad no es una sanción por hechos imputables al contratista, como quedó hecho en la exposición de motivos, sino una facultad de terminar contratos. (p. 821 – 822)

Es común a la caducidad y la terminación unilateral del contrato, la terminación del vínculo contractual de la Entidad contratante con el contratista afectado, como consecuencia de la voluntad de la administración materializada en un acto administrativo. Aunado a lo anterior, en ambos casos, el garante del contrato podría continuar con la ejecución del contrato o se seleccionará otro contratista.

Ahora, si bien la ley no calificó expresamente la cesión unilateral del contrato como una cláusula excepcional, no cabe duda de que comparte las características de estas potestades excepcionales, toda vez que se constituye como (i) una medida autónoma de la administración, (ii) no requiere pactarse en un contrato ni de la autorización del contratista afectado para dar por terminado el vínculo contractual, y (iii) surge ante el advenimiento de una inhabilidad sobreviniente derivada de una condena penal o sanción administrativa por actos de corrupción que impide al contratista afectado continuar con lo ejecución del contrato, sin que este pueda renunciar a la ejecución o participar en la elección del cesionario.

No obstante, la ambigüedad de su desarrollo no permite su aplicación de manera clara. En efecto, como cesión unilateral potestativa de la administración desconoce los elementos típicos de la cesión de un contrato, esto es, la autonomía de la voluntad entre cedente y cesionario, que

sí se tuvo en cuenta por el legislador al consagrar la cesión como consecuencia de una inhabilidad sobreviniente diferente a los actos de corrupción.

En este caso, el cedente no tiene la libertad negocial de escoger al cesionario, por lo que no es claro de que forma y bajo qué metodología puede la administración compeler al contratista afectado con la medida a ceder el contrato, porque para ese específico momento este ya se encuentra condenando penalmente o sancionado administrativamente por actos de corrupción.

Aunado a lo anterior, la cesión unilateral del contrato, al desconocer los elementos esenciales de la cesión como negocio jurídico olvida que uno de ellos es que el cesionario asume todas las obligaciones del cedente, tanto activas como pasivas, por lo que el riesgo de responsabilidad que asumiría el nuevo contratista cesionario frente a la Entidad por lo ejecutado por su antecesor es alto y significativo.

Tampoco es claro si la cesión unilateral implica la suscripción de un nuevo contrato con el contratista escogido para reemplazar al sancionado. En efecto, al parecer, el querer del legislador es que el contrato no se vea afectado, sino que el vínculo que une al contratista con el contrato cese para que un nuevo contratista ocupe su lugar negocial, esto es, la cesión de la posición contractual; sin embargo, a pesar de que sea ordenada por la administración de manera unilateral es requerida la voluntad del contratista cedente para la suscripción de una verdadera cesión, ¿Qué sucede si el contratista afectado con la medida se niega a firmar la cesión?

Como se analizó anteriormente, tanto en la caducidad como en la terminación unilateral del contrato se produce la terminación del vínculo contractual entre el contratista afectado con la medida y la administración, para que el garante continúe con la ejecución del contrato o se inicie un nuevo proceso de contratación mediante el cual se vincule a un nuevo contratista bajo otro contrato.

Teniendo en cuenta que el espíritu de la medida excepcional es excluir al contratista inhábil de la ejecución del contrato, ¿se suspenderá la ejecución del contrato, de manera unilateral, hasta que se seleccione un nuevo contratista? ¿Acaso no sería mejor, que se estableciera la posibilidad de que el garante de la obligación continúe con la ejecución?

En este sentido, parece desacertado y carente de técnica legislativa referirse a una “cesión unilateral” con un “contratista cesionario” impuesto por la Administración, quedando en duda si se está ante una fuerza que eventualmente podría viciar el consentimiento de las partes, de

allí que tal vez, hubiese sido mejor establecer que la administración pudiera dar por terminado el contrato, y establecer esta causal como una adicional a las contempladas para la terminación unilateral del contrato, ya que, a diferencia de la caducidad, acá no se predica un incumplimiento contractual, sino la imposibilidad del contratista inhábil de continuar con la ejecución del contrato sin darle la posibilidad de ceder el mismo.

Capítulo 3.

¿La cesión unilateral de los contratos estatales vulnera derechos fundamentales de los particulares afectados con la medida?

La cesión unilateral del contrato se creó con el loable fin de sancionar a los contratistas condenados penalmente o sancionados administrativamente por actos de corrupción; sin embargo, su ambigua redacción, impone forzosamente al contratista del Estado la obligación de ceder el contrato a un tercero designado unilateralmente por la administración. A ello se suma la prohibición expresa de reconocer indemnización alguna para el contratista cedente.

De modo que se considera que esta es una nueva potestad excepcional, que, por su evidente naturaleza sancionatoria, precisa el respeto de una serie de garantías y derechos fundamentales que no pueden ser obviados por la administración al momento de su aplicación, toda vez que, no es lo mismo sancionar a un contratista y privarlo de cualquier indemnización por circunstancias externas al contrato, que sancionarlo por circunstancias relacionadas directamente con la suscripción y ejecución del contrato.

A continuación se explicará cómo la cesión unilateral de los contratos estatales podría contrariar varias disposiciones constitucionales.

3.1. Principio de legalidad de cara a la potestad de sanción administrativa por “actos de corrupción”

La cesión unilateral del contrato sin lugar a indemnización se generaría a partir de dos escenarios:

- La primera, por acaecer una inhabilidad sobreviniente por la comisión de ciertos delitos (literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993). Inhabilidad extensiva en determinadas circunstancias a la sociedad, matrices, subordinadas y grupos empresariales.
- La segunda, *“cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista”*.

Frente al primer escenario, la comisión de delitos contra la administración pública estaría precedida de una sentencia judicial por la jurisdicción penal; no obstante, la segunda hipótesis, facultaría a las entidades públicas contratantes para sancionar administrativamente a sus contratistas por supuestos actos de corrupción y, consecuentemente, a ordenar la cesión unilateral de sus contratos, sin indemnización.

Si bien en el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, porque suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, ello no implica un quebrantamiento del principio al debido proceso, debiendo existir un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. En palabras de la Corte Constitucional:

“Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad”. (Corte Constitucional, C-491 de 2016).

Según el párrafo 1 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, la sanción administrativa por “*actos de corrupción*” es causal para decretar la “*cesión unilateral del contrato*”, pero se omite definir o delimitar las conductas que conducen a un supuesto “*acto de corrupción*” sancionable en sede administrativa. Ese apartado, podría suscitar inquietudes, ambigüedad e indeterminación, máxime cuando, se reitera, estamos frente a una potestad excepcional y sancionatoria contractual.

A la luz del principio de legalidad, las conductas sancionables no solo deben estar descritas en una norma previa (tipicidad), sino que deben contar con un claro fundamento legal (Corte Constitucional, Sentencia C-1161 de 2000). *Contrario sensu*, el párrafo 1 faculta a la entidad contratante para sancionar por supuestos “actos de corrupción” a sus contratistas, para lo cual tendría que acudir a diversas normas jurídicas que prohíben o sancionan esas conductas,

desconociendo que, en cada uno de esos instrumentos, se define quién es la autoridad competente y el procedimiento judicial o administrativo sancionatorio aplicable.

Aunado a lo anterior, la norma no es clara en establecer qué entidades públicas estarían facultadas para expedir las sanciones por actos de corrupción, toda vez que esta circunstancia también cuenta con reserva de ley, por lo que no cualquier entidad sin funciones de inspección, vigilancia y control podría sancionar. Laverde (2019) afirma:

Se sigue de lo anterior que las funciones de IVC, cualquiera que sea su origen constitucional (referencias expresas, derivación del Estado regulador, límites a la libertad económica o a la clásica noción de intervención del Estado en la economía), están sometidas a la exigencia de una ley previa que las asigne y determine las condiciones, los medios, los parámetros y los límites para su ejercicio, como lo ha indicado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia constitucional. Según el concepto citado, que el autor comparte a plenitud, al Gobierno nacional no le es lícito "autoatribuirse" funciones de IVC, pues si bien puede inspeccionar y vigilar, no le corresponde dictar normas, criterios o parámetros generales a partir de los cuales se debe llevar a cabo la inspección y vigilancia, máxime cuando, como se ha insistido, se trata de materias sujetas a la reserva de ley. En la descripción anotada, es la función de control la que, en principio, va acompañada de la potestad sancionadora que le asegura eficacia. (p. 100)

El principio de legalidad implica la definición de manera clara, expresa e inequívoca de las conductas que pueden ser sancionadas y de las entidades sancionadoras, el contenido material de las infracciones y la correlación entre unas y otras, tal como se extraña en el caso concreto. El tipo debe ser de tal claridad que pueda ser conocido con certeza por el destinatario, con la finalidad de disminuir los márgenes de discrecionalidad en su interpretación.

Teniendo en cuenta que no existe una definición legal sobre el "*acto de corrupción*" se podría concluir que estaríamos ante una facultad discrecional de la administración en ejercicio del poder sancionatorio.

En este punto, es relevante tener presente que en la sentencia C-392 de 2019 la Corte Constitucional concluyó que la expresión "hechos de corrupción" contenida en una falta disciplinaria del Código General Disciplinario -Ley 1952 de 2019-, consistente en "*cometer acto arbitrario e injustificado contra otro servidor público que haya denunciado hechos de corrupción*" (Ley 1952 de 2019, Art. 62) no quebranta el principio de tipicidad en el derecho disciplinario. Se justificó esa decisión tras señalar:

Al resolver el cargo, la Sala Plena concluyó que la expresión acusada hace de la infracción disciplinaria demandada un tipo en blanco, compatible con la Constitución, debido a que hace un reenvío normativo cierto, que permite determinar inequívocamente el alcance de la conducta, pues diversas normas jurídicas prohíben o sancionan conductas que el Legislador ha considerado constitutivas de corrupción. A este respecto, sostuvo a modo de ejemplo que la Ley 1474 de 2011 e instrumentos internacionales aprobados por el Estado colombiano, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada establecen inequívocamente prohibiciones y sanciones relacionadas con conductas de corrupción, en la medida en que fueron expedidos con ese claro propósito o el Legislador expresamente denominó de tal manera los compendios normativos, los capítulos o las disposiciones mismas.

En este sentido, determinó que se trata de preceptos que de forma cierta permiten completar el tipo disciplinario acusado, el cual, por consiguiente, no infringe el principio constitucional de tipicidad, cuya exequibilidad se dispuso entonces declarar en la parte resolutive de esta Sentencia. (Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 2013)

Las normas asociadas a la lucha contra la corrupción, en especial aquellas a las que se refiere la sentencia C-273 de 1999, sobre los “hechos de corrupción” como tipo sancionatorio en blanco:

- a) Los delitos contra la administración pública que se encuentran en el Código Penal -Ley 599 de 2000-, se asocian comúnmente con el fenómeno de la corrupción pública.
- b) En el Estatuto Anticorrupción -Ley 1474 de 2011-, se contemplan delitos adicionales asociados a la problemática de la corrupción, en los artículos 247³, 250A⁴, 250B⁵, 258⁶, 298⁷, 301⁸, 313⁹, 325B¹⁰ y 444A¹¹.
- c) En la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada mediante la Ley 412 de 1997, se enlistaron algunos actos de corrupción¹², que son conductas punibles ya tipificadas en las normas citadas en el literal anterior.

³ Estafa sobre recursos públicos y en el Sistema de Seguridad Social Integral.

⁴ Corrupción privada.

⁵ Administración desleal.

⁶ Utilización indebida de información privilegiada

⁷ Especulación de medicamentos y dispositivos médico.

⁸ Agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos.

⁹ Evasión fiscal.

¹⁰ Omisión de control en el sector de la salud.

¹¹ Soborno en la actuación penal.

¹² Enriquecimiento ilícito; Soborno transnacional; Soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

- d) En la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada, ratificada mediante la Ley 800 de 2003, se adquieren compromisos por parte del Estado para tipificar en el ordenamiento interno como delitos¹³.
- e) En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada mediante la Ley 970 de 2005, se adquirieron compromisos por parte del Estado para tipificar en el ordenamiento interno algunos delitos¹⁴.

Así las cosas, por tratarse de tipos penales, la competencia para juzgar la comisión de actos de corrupción radica en los jueces de la República, máxime cuando, se reitera, está expresamente prohibido a las autoridades administrativas, incluso aquellas con funciones jurisdiccionales, “juzgar delitos” según el aludido artículo 116 constitucional.

Bajo estos parámetros, la cesión unilateral del contrato sin indemnización, aplicaría frente al procedimiento administrativo sancionatorio por las conductas de soborno transnacional de que trata la Ley 1778 de 2016¹⁵, por las conductas delictivas incluidas en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 (modificado por la Ley 2195 de 2022)¹⁶, que prevé, entre las sanciones a imponer, además de multas, una inhabilidad para contratar con el Estado por un término de hasta 20 años¹⁷ para el soborno transnacional, y la inhabilidad para contratar contenida en el literal j) del

¹³ La participación en un grupo delictivo organizado; El blanqueo del producto del delito; La corrupción; La obstrucción de la justicia.

¹⁴ Medidas para prevenir el blanqueo de dinero; Soborno de funcionarios públicos nacionales; Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; Tráfico de influencias; Abuso de funciones; Enriquecimiento ilícito; Soborno en el sector privado; Malversación o peculado de bienes en el sector privado; Blanqueo del producto del delito; Encubrimiento; Obstrucción de la justicia.

¹⁵ “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

¹⁶ Artículo 2. Modifíquese el Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedara así:

Artículo 34. Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y las medidas contempladas en el Artículo 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicara un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den los siguientes supuestos:

(i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente; y (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios; y (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

¹⁷ Artículo 30. Soborno transnacional. El artículo 30 de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 30. Soborno transnacional. El artículo 433 del Código Penal quedará así:

Artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y la cesión unilateral del contrato estatal, el procedimiento administrativo sancionatorio por el delito de cohecho por dar u ofrecer que se adelanta a instancias de la Superintendencia de Sociedades (Ley 1778 de 2016, Art. 35), o con los procedimientos administrativos sancionatorios que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos restrictivos de la competencia que tengan por objeto la colusión en los procesos de selección para contratar con el Estado (Decreto Ley 2153 de 1992).

Dado que aun cuando la expresión “actos de corrupción” es considerada un tipo en blanco, y que el párrafo primero en comento no establece que entidad o entidades están habilitadas para proferir sanciones administrativas por actos de corrupción, forzaría concluir que remiten a conductas punibles, cuyo juzgamiento es de competencia de los jueces de la República y su juzgamiento está expresamente vedado a la administración, salvo en los casos explícitamente autorizados a las entidades con funciones de inspección, vigilancia y control, en donde la sanción se deriva de una sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

3.2. ¿La negativa del reconocimiento de una indemnización, como consecuencia de la cesión unilateral a del contrato estatal por actos de corrupción, vulneraría el derecho a la propiedad privada del contratista afectado?

Colombia es un Estado Social de Derecho, entre cuyos fines se encuentra que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas, entre otras, en sus bienes y demás derechos (Artículo 2). En concordancia con ello, el artículo 58 reconoce el derecho constitucional a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional. (Ley 1778 de 2016)

A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace parte del bloque constitucional y en consecuencia, prevalece en el orden interno conforme lo previsto en el artículo 93 constitucional, reconoce en su artículo 21 este derecho:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La Corte Constitucional ha desarrollado una pacífica línea jurisprudencial respecto de los condicionamientos que el Estado puede efectuar sobre este derecho constitucional, que como es sabido, no es un derecho absoluto.

En la Sentencia C-364 de 2012, se desarrolló el concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona (muebles inmuebles, elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor). Sostuvo la Corte en esa oportunidad, que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad: “debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.” (Corte Constitucional, sentencia C-364 de 2012)

La ambigüedad de redacción del párrafo 1º del artículo 6 la Ley 2014 de 2019, podría dar lugar a la expropiación de los recursos invertidos por el contratista afectado con inhabilidad, en este caso entendida como una medida estatal que causa un impacto económico o efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, interfiriendo en las expectativas inequívocas y

razonables del contratista afectado¹⁸. La cesión unilateral sin indemnización alguna, podría implicar que a los contratistas y en consecuencia, a terceros de buena fe, se les impida la protección de sus derechos contractuales, en especial, el derecho a recibir la remuneración o contraprestación pactada (derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien, una suma o en general, en cualquier otra modalidad acordada).

El acaecimiento de una inhabilidad en cabeza del contratista no puede implicar, como lo hace la cesión unilateral del contrato, la privación o el despojo de los derechos que se causaron a su favor hasta el momento en que la misma sobrevenga. El legislador estaba obligado a observar las prescripciones del artículo 58 constitucional frente al contratista y los terceros de buena fe, a quienes se les despoja del derecho a recibir la contraprestación pactada y a recuperar la inversión realizada en ejecución de un contrato estatal.

Es de recordar, que la medida de cesión unilateral castiga al contratista por actos de corrupción ajenos al contrato que está ejecutando, es decir, le priva de indemnización por hechos exógenos a la relación contractual que busca fenecer, toda vez que esa sanción no se origina en el contrato, ni si quiera en el incumplimiento de este.

Aunado a lo anterior, la cesión unilateral del contrato vulneraría el derecho en cuestión en los casos en los que sobreviene la inhabilidad en el contratista (literal j) numeral 1, art. 8 Ley 80 u actos de corrupción, afectando uno o varios contratos que tengan pendiente el pago de la remuneración pactada y/o el retorno de la inversión.

Hasta antes de la expedición de la cesión unilateral, el efecto de la inhabilidad sobreviniente era la cesión del contrato por parte del contratista inhábil escogiendo este su sucesor, sin afectar el correspondiente pago de lo ejecutado hasta el momento de la cesión; sin embargo, con la modificación de la Ley 2014 se está eliminando esta posibilidad.

Con la cesión unilateral a un contratista escogido por la Administración, y con la negativa de plano a indemnización, se le privaría del derecho legítimo al pago de lo ejecutado o el retorno de lo invertido, en especial, cuando las prestaciones cumplidas sirven para satisfacer el interés público. La anterior, máxime cuando se involucran derechos de terceros de buena fe, que no

¹⁸ Figura tomada de los tratados de protección a la inversión extranjera aprobados por el legislador, en los que el Estado colombiano adquiere el compromiso de no expropiar ni directa ni indirectamente a los inversionistas.

tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias económicas que se están legislando en caso de inhabilidad.

Desconocería el párrafo en comento la prohibición constitucional del enriquecimiento sin causa y los principios de equidad y buena fe. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los casos en que se decreta la nulidad absoluta de un contrato por objeto y causa ilícita, que puede ser referente para el caso concreto:

Sin embargo, debe reiterarse que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final. (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 2013-00169)

Esta posición ha sido sostenida en otras sentencias, enfatizando siempre la relevancia del interés público como criterio para que operen las restituciones. En sentencia del año 2014 el Consejo de Estado señaló:

En ese orden de ideas, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos que en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. (...) El contenido de las dos precitadas disposiciones es aquel cuya aplicación a la contratación estatal inhibe el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto tiene que ver con el rubro que de las restituciones mutuas aborda este último precepto, cuales son “las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria” de nulidad del contrato. (Consejo de Estado, Sección Tercera, P: 25000-1998-02814)

En la sentencia C-207 de 2019, la Corte Constitucional, en torno al tema del “*pago de lo ejecutado en un contrato estatal de APP declarado nulo absoluto*”, usando un argumento trasladable al caso concreto, concluyó:

En ese sentido, la Corte Constitucional considera que el primer inciso del párrafo 1º demandado debe ser declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que los reconocimientos

a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud. (Corte Constitucional, Sentencia C-2017 de 2019)

También de esa jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional se concluye que el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 2014, vulneraría el derecho a la propiedad privada de los sujetos que no estuvieron involucrados ni tenían conocimiento de las conductas desplegadas por la persona natural incurso en la inhabilidad de que trata el literal j) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 o en actos de corrupción, y más, en tratándose de actuaciones surtidas en otros contratos y que puedan dar lugar a la aplicación de una inhabilidad sobreviniente.

Es de especial relevancia, que la cesión unilateral castiga sin la indemnización o compensación correspondiente al contratista por la comisión de actos de corrupción en hechos exógenos al contrato legalmente celebrado, toda vez que, si los hechos de corrupción tuvieron su origen en la celebración del contrato sobre el cual va a pesar la sanción, ya no hablaríamos de inhabilidad sino de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita del contrato, en donde existe la figura de la compensación.

En efecto, en un caso sonado a nivel nacional, caso ODEBRECHT – Ruta del Sol, mediante laudo del 6 de agosto de 2019, un Tribunal Arbitral para solucionar la controversia entre la Concesionaria Ruta del Sol SAS vs Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001 de 2010 al encontrar que en su origen se encontraba viciado por actos de corrupción.

El Tribunal Arbitral decidió lo siguiente:

En conclusión, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, al tenor de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil Colombiano, antes transcritas, y de las decisiones jurisprudenciales referidas en el acápite anterior, conforme a las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención reformada, a la petición reiterada de la Procuraduría General de la Nación y al ejercicio de la potestad que la ley le atribuye, el Tribunal declarará la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010 y de los Otrosíes y demás acuerdos

complementarios que se suscribieron por las Partes para modificarlo, por adolecer de objeto y causa ilícitas y haber sido celebrados con desvío o abuso de poder. (Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Vs. Agencia Nacional De Infraestructura – ANI, P. 4190 y 4209)

En cuanto a las restituciones, el Tribunal Arbitral aplicó una norma especial para el caso, esto es, el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia C-207-18 de la Corte Constitucional citada anteriormente, esto es, reconocer en primer orden recursos para el pago de terceros de buena fe, y de lo que sobrase, se retornaría lo invertido al contratista.

La contratación en el país gira en torno de los proyectos de infraestructura que se apalancan en un gran porcentaje con inversión privada, por tanto, si la aplicación de la cesión unilateral del contrato desconoce el derecho a la propiedad privada, acarrearía un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado y la confiscación al contratista de lo invertido; y en especial, cuando las prestaciones cumplidas han servido para satisfacer el interés público, pues, se reitera, la sanción de no indemnización se origina en factores exógenos al contrato legalmente celebrado.

3.3. ¿La cesión unilateral por actos de corrupción vulneraría derechos de terceros de buena fe?

Los efectos de la cesión unilateral del contrato sin indemnización a la luz del principio de buena fe, implicaría que a contratistas y terceros se les negara, injustificadamente, el reconocimiento económico por las prestaciones o inversiones ejecutadas, como se expone a continuación:

De acuerdo con la lectura del párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 2014, un contratista pierde el derecho ser “indemnizado” cuando le sobreviene una inhabilidad derivada de las conductas contenidas en el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 o por sanciones administrativas por actos de corrupción, lo cual podría afectar a terceros vinculados de una u otra forma a los contratos afectados.

El principio constitucional de la buena fe es transversal a toda la contratación, para contratante y contratista por lo que la Ley 80 de 1993, en sus artículos 23 y 28, consagra este aspecto como una piedra angular de la contratación estatal (Hincapie, 2003).

Sobre la procedencia del pago por lo ejecutado en un contrato estatal declarado nulo por objeto o causa ilícita, la Corte en sentencia C-207 de 2019, analizó la constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882, y en punto al principio de buena fe dispuso:

Hecha esta distinción, la Corte reitera que la regla constitucional implica que las restituciones a que haya lugar dependen del conocimiento de la ilicitud o de la buena o mala fe con que haya actuado cada uno de ellos. Para estos efectos, la autoridad judicial que declare la nulidad o la autoridad administrativa que liquida el contrato podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995 y según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012, a fin de establecer el grado de relación de los terceros con el contratista y el conocimiento que pudo tener sobre la ilicitud y con base en ello, si actuó o no con buena fe exenta de culpa.

Es así como los titulares de derechos adquiridos en un contrato estatal deben ser protegidos si demuestran haber obrado con buena fe, y por lo tanto, no tendrán que soportar las consecuencias de la pérdida de la indemnización con ocasión de la sanción de que trata la cesión unilateral del contrato. A los terceros de buena fe, se reitera, no se les puede negar el derecho a ser compensados con los recursos e inversiones que corresponden a las prestaciones ejecutadas.

Y es que la indemnización, en los términos generales a que se refiere el parágrafo, puede ser moratoria o compensatoria, diferenciación de vital importancia de cara al principio de buena fe y al pago o compensación de las prestaciones ejecutadas. Al respecto, el artículo 1613 del Código Civil, establece que “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha distinguido entre estos dos tipos de indemnización, **la moratoria y la compensatoria**, a saber:

6. Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de indemnización, exigibles a opción del acreedor, como cumplimiento del contrato por parte del deudor constituido en mora: la moratoria y la compensatoria. Corresponde a la primera el retardo (falta transitoria de pago), y la segunda, a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago de todo o en parte). La diferencia entre una y la otra radica en que la indemnización moratoria se agrega a la ejecución del objeto tal como se pactó, en tanto la compensatoria excluye esta ejecución, pero comprende, en cambio, el valor o

precio del objeto debido, en todo o en parte. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. P. 2001-00263)

Al respecto, la doctrina ha afirmado:

Con esta línea de entendimiento, colocados en un escenario de mora en el cumplimiento por parte del deudor, y viabilidad jurídica de dicho cumplimiento con la prestación original, el acreedor reclamaría su derecho exigiendo el cumplimiento – in natura – más indemnización moratoria; y enfrentados al mismo escenario de mora en el cumplimiento por parte del deudor, pero de no viabilidad jurídica de dicho cumplimiento con la prestación original, el acreedor reclamaría su derecho exigiendo cumplimiento por equivalente más perjuicios, bajo la noción comprensiva – con ese entendimiento – de indemnización compensatoria. (Bonivento, 2017, p. 267).

Entonces tenemos que la indemnización moratoria comprende en una sanción al retardo del deudor constituido en mora, mientras que la compensatoria comprende el valor o precio del objeto debido. Esta diferenciación es trascendental, de cara a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019. En dicha sentencia se trató *in extenso*, la procedencia del pago de lo ejecutado en un contrato estatal de APP declarado nulo absoluto por causa u objeto ilícito. En la citada sentencia se dijo:

En conclusión, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34, 58 y 83 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.

Por lo tanto, para la Corte Constitucional dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté

demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones. (Corte Constitucional, sentencia C-207 de 2019)

En relación con la forma en que se deben realizar las restituciones, afirmó la Corte Constitucional:

“Por lo tanto, el reconocimiento de las restituciones a que haya lugar no es un simple pago al contratista, sino que la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público. Solo si luego de pagar todas las deudas del proyecto frente a los acreedores de buena fe quedan recursos disponibles, procede la apropiación de las mismas a título de restitución del capital invertido por el contratista o socio que haga parte de la persona contratista, que haya actuado sin dolo, mala fe o conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad”. (Corte Constitucional, sentencia C-207 de 2019)

Nótese que el lenguaje utilizado por la Corte Constitucional comprende el concepto de compensación, esto es, el valor o precio del objeto debido o ejecutado, más no, al de indemnización propiamente dicha, entendida esta como sanción por la mora del deudor. Incluso, esta compensación podría enmarcarse en el concepto de daño emergente, entendida como la inversión económica sobre las prestaciones ejecutadas del contratista al que se le privaría de percibirla.

En este sentido, la no indemnización de que trata la cesión unilateral vulneraría el principio de buena fe que, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional, obligaría a la compensación o restitución del capital invertido por el contratista o socio que haga parte de la persona contratista, pues, en el apartado normativo que regula la figura no se hace distinción alguna sobre qué tipo de indemnización se refiere.

Es de recordar, que la cesión unilateral no permite al cedente escoger al cesionario, por tanto, los terceros de buena fe, como contratistas, entidades financieras o proveedores, no tendrán la

certeza del cumplimiento de las obligaciones insolutas, que de tratarse de una cesión del contrato propiamente dicha, quedaría en manos del cesionario.

Sobre este último aspecto, el no reconocimiento de la compensación de los recursos invertidos en el contrato, y de los cuales se benefició el interés público, implicaría dejar de pagar los costos, inversiones y gastos en que se haya incurrido para la ejecución de las obras efectivamente adelantadas antes de la inhabilidad sobreviniente, lo cual sería desconocer el respeto por los derechos patrimoniales del contratista y terceros de buena fe.

3.4. Derecho a la libertad de asociación de los integrantes de las estructuras plurales ante la cesión unilateral por actos de corrupción.

La libertad de asociación se encuentra consagrada en el artículo 38 de la Constitución, otorgando a todas las personas (naturales o jurídicas), la libertad de asociarse o unirse libremente para la realización de distintas actividades. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

“La jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho de asociación, -entendido como el resultante de la acción concertada de varias personas que persiguen objetivos comunes de vinculación "para la realización de un designio colectivo"-, es un derecho constitucional reconocido por diversos tratados internacionales), que contiene en sí mismo dos aspectos complementarios : uno positivo, - el derecho a asociarse-, y otro negativo, - el derecho a no ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada-, los cuales son elementos del cuadro básico de la libertad constitucional y garantizan en consecuencia el respeto por la autonomía de las personas. En ese orden de ideas, el primer aspecto del derecho de asociación, - de carácter positivo-, puede ser descrito como la "facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc. a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado", capacitada para observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto y operar en el ámbito jurídico. El segundo, de carácter negativo, conlleva la facultad de todas las personas de "abstenerse a formar parte de una determinada asociación y la expresión del derecho correlativo a no ser obligado, -ni directa ni indirectamente a ello-, libertad que se encuentra protegida por los artículos 16 y 38 de la Constitución. (Corte Constitucional, sentencia C-606 de 1992)

En efecto, para Vera (1995): “El derecho fundamental de asociación constituye, para mí -y para muchos otros, afortunadamente—, uno de los parámetros básicos del Estado de Derecho,

democrático y social, «el basamento, el punto de apoyo y de referencia de todas las demás manifestaciones» en que las libertades de la persona se proyectan. Nadie en su sano juicio se atrevería, en efecto, a negar la trascendencia colectiva y personal, ni la relevancia de las Asociaciones, desde la perspectiva jurídica, porque son motores en algunos supuestos asociativos (por ejemplo, Partidos políticos, Sindicatos) de la propia dinámica sociopolítica y sólidas fórmulas de vertebración constitucional” (P. 119-120).

De lo anterior se destaca que el derecho de asociación se encuentra comprendido en diferentes ámbitos: *(i)* la libertad de asociarse para la realización de un proyecto y *(ii)* la facultad que tienen las personas de abstenerse de formar parte de una asociación.

En virtud de este derecho constitucional, y en materia de contratación estatal, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 permite que dos o más personas (naturales o jurídicas) conformen consorcios y uniones temporales para la presentación de ofertas, adjudicación, celebración y ejecución de los contratos estatales. Es claro que las personas libremente escogen con quiénes se unirán para ese propósito, lo cual queda plasmado en el acuerdo consorcial contentivo de las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

En un escenario de aplicación de la cesión unilateral del contrato al miembro de un consorcio u unión temporal, esta figura podría contravenir el derecho de asociación, toda vez que se admitiría que cuando sobrevenga la inhabilidad al contratista, la entidad estatal imponga directamente el cesionario a los demás integrantes del consorcio o unión temporal un socio que no escogieron y con el que eventualmente, no necesariamente querrán trabajar al futuro.

Lo anterior, cobra especial relevancia, cuando se deba aplicar la regla de solidaridad que impera entre los integrantes de un consorcio o unión temporal, que les exige responder frente a la entidad y terceros por el cumplimiento total del contrato, por tanto ¿la entidad impondrá un asociado a los contratistas que no fueron declarados inhábiles respecto del cual eventualmente tendrán que responder?

Conclusiones.

1. La cesión ordinaria de contrato, como contrato bilateral, está sujeto a la voluntad y autonomía de las partes para fijar las condiciones de la misma, esto es, entre cedente y cesionario, incluso, sin autorización de la otra parte del contrato que se cede, salvo estipulación en contrario.

2. En la cesión ordinaria de contrato, el tercero cesionario asume la totalidad de obligaciones de la parte que reemplaza, así como las consecuencias de que ellas se desprenda sobre las actuaciones del contratista cedente hasta el momento en que cede el contrato, por lo que este tercero cesionario asume como suyo la ejecución del respectivo contrato hasta su finalización.

3. La cesión unilateral fue creada por artículo 6 de la Ley 2014 de 2019, y mediante ella se obliga al contratista del Estado la obligación de ceder el contrato a un tercero designado unilateralmente por la administración cuando sobrevenga una inhabilidad por actos de corrupción.

4. Las cláusulas excepcionales de la administración tienen como finalidad garantizar la prestación del servicio público y el interés general, a través de la utilización de mecanismos administrativos unilaterales en procura del cumplimiento del objeto contractual y de los fines de la contratación.

5. Si bien la cesión unilateral del contrato no se consagró en la ley como una cláusula excepcional, lo cierto es que comparte las características de estas potestades, toda vez que se constituye como una medida autónoma de la administración que no requiere pactarse en el contrato ni de la autorización del contratista afectado para dar por terminado el vínculo comercial, y que surge ante el advenimiento de una inhabilidad sobreviniente derivada de una condena penal o sanción administrativa por actos de corrupción que impide al contratista afectado continuar con la ejecución del contrato.

6. En la cesión unilateral del contrato, el cedente no tiene la libertad comercial de escoger al cesionario, por lo que no es claro de qué forma y a través de qué procedimiento la administración puede compeler u obligar al contratista afectado con la medida estudiada a ceder el contrato.

7. La cesión unilateral del contrato, al desconocer los elementos esenciales de la cesión, olvida que uno de ellos es que el cesionario asume todas las obligaciones del cedente tanto activas como pasivas, por lo que el riesgo de responsabilidad que asumiría el nuevo contratista cesionario frente a la Entidad por lo ejecutado por su antecesor es significativo.

8. La expresión “actos de corrupción” constituye un tipo sancionatorio en blanco y el párrafo 1º del artículo 6 de la Ley 2014 de 2019 no establece qué entidad o entidades están habilitadas para proferir sanciones administrativas por actos de corrupción, lo que lleva a concluir que remite a conductas punibles cuyo juzgamiento es de competencia de los jueces de la República y su definición está expresamente vedado a la administración, salvo en los casos explícitamente autorizados a las entidades con funciones de inspección, vigilancia y control.

9. Los proyectos de infraestructura se apalancan en un gran porcentaje con inversión privada, por tanto, si la aplicación de la cesión unilateral del contrato desconoce el derecho a la propiedad privada se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado y la confiscación al contratista de lo invertido y, en especial, cuando las prestaciones cumplidas han servido para satisfacer el interés público, pues, se reitera, la sanción de no indemnización se origina en factores exógenos al contrato legalmente celebrado.

10. El no reconocimiento de la compensación de los recursos invertidos en el contrato, y de los cuales se benefició el interés público, implicaría dejar de pagar los costos, inversiones y gastos en que se haya incurrido para la ejecución de las obras efectivamente adelantadas antes de la inhabilidad sobreviniente, lo cual sería desconocer el respeto por los derechos patrimoniales del contratista y terceros de buena fe.

11. Finalmente, la cesión unilateral del contrato a un miembro de un consorcio u unión temporal podría contravenir el derecho de asociación, toda vez que se admitiría que cuando sobrevenga la inhabilidad al contratista la entidad estatal imponga directamente el cesionario a los demás integrantes del consorcio o unión temporal un socio que no escogieron y con el que eventualmente no necesariamente querrían trabajar mancomunadamente.

6. Bibliografía

- Bonivento Jiménez, José Armando (2017). *Obligaciones*. Legis Editores S.A. 2017.
- Bermejo Vera, José (1995). La dimensión constitucional del derecho de asociación L *Revista de administración pública*. 136. 119-148.
- Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991 (Colombia). 2da Ed. Editorial Legis.
- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).
- Código de Comercio Colombiano. Decreto 410 de 1971. Marzo 27 de 1971 (Colombia).
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 02857-01. (C.P. Enrique Gil Botero; 24 de octubre de 2013)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 1998-02814. (C.P. Hernán Andrade Rincón; 27 de marzo de 2014)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 2013-00169. (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 15 de diciembre de 2017)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 2005-00860. (C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 17 de marzo de 2021)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 2006-02001. (C.P. Alberto Montaña Plata; 17 de marzo de 2021)
- Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2016. (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva; 14 de septiembre de 2016)
- Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. (M.P. Alberto Rojas Ríos; 25 de enero de 2017)
- Corte Constitucional. Sentencia C-1161 de 2000. (M.P. Alejandro Martínez Caballero; 6 de septiembre de 2000)
- Corte Constitucional. Sentencia C-364 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 16 de mayo de 2012)
- Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2013. (M.P. María Victoria Calle Correa; 20 de febrero de 2013)
- Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 1999. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 28 de abril de 1999)
- Corte Constitucional. Sentencia C- 1514 de 2000. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; 8 de noviembre de 2000)

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2021. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 24 de febrero de 2021)

Corte Constitucional. Sentencia C-606 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón; 14 de Diciembre de 1992)

Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2019. (M.P. Diana Fajardo Rivera; 28 de agosto de 2019)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso: 2001-00263. (M.P. Jesús Vall de Ruten Ruiz; 19 de octubre de 2009)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 2004-00469. (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 24 de julio de 2015)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de mayo de 1942. Tomo LIV. Número 114. Tomada del Código Civil de Temis de Jorge Ortega Torres

León Balcero, J. 2022. La inhabilidad por actos de corrupción en la Ley 2014 de 2019: el fortalecimiento del guardián del contrato y el nacimiento de una nueva potestad pública contractual. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 27 (ene. 2022), 157–192. DOI:<https://doi.org/10.18601/21452946.n27.06>.

Laverde Álvarez, Juan Manuel (2019). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionatorio*. Segunda Edición. Legis Editoriales S.A.

Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Octubre 28 de 1993. DO: 41.094.

Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Julio 12 de 2011. DO: 48.128.

Ley 1778 de 2016. *Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*. Febrero 2 de 2016. DO: 49.774.

Ley 2014 de 2019. *Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones*. Diciembre 30 de 2019. DO: 51.182.

Ley 2195 de 2022. *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones*. Enero 18 de 2022. DO: 51.921.

Matallana, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia.

Palacio Hincapié, Juan Ángel (2003). *La contratación de las entidades estatales*. 4ª Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Ramírez Grisales, Richard (2015). *Las cláusulas del contrato estatal. La Cesión*. Lijursanchez.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2002). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II. Tercera Edición. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Vs. Agencia Nacional De Infraestructura – ANI. Proceso: 4190 y 4209. (A.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar; 6 de agosto de 2019)