



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- _____ - 09

Bogotá, D.C.,

Doctor
JOSÉ DAVID RIVERA ESCOBAR
Director (E) de Bienestar Institucional
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre pago con reserva presupuestal 2008 en contrato cedido.

Respetado Doctor Rivera.

En atención a su oficio DBI -0150-09 del 19 de marzo de 2009, en el que solicita concepto sobre el pago de los honorarios en una OPS que está en reservas presupuestales vigencia 2008 y que fuera cedida a finales del año pasado, me permito emitir el respectivo concepto, en los siguientes términos:

1. De la cesión en los contratos de prestación de servicios que celebra la Universidad.

En el régimen contractual de la Universidad, que atiende las disposiciones del derecho privado, se tiene como regla general que el contratista no podrá subcontratar o ceder total ni parcialmente la orden de prestación de servicios a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras salvo autorización previa, y expresa por escrito del contratante y éste puede reservarse las razones que tenga para negar la cesión.

La figura de la cesión se encuentra reglamentada en los artículos 887 a 896 del Código de Comercio ante el vacío existente en la legislación civil. Dichas normas expresan lo siguiente:

“ARTÍCULO 887. <CESIÓN DE CONTRATOS>. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Sobre las formas de realizar la cesión, encontramos:

ARTÍCULO 888. La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito.

Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro.

Si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula "a la orden" u otra equivalente, el endoso del documento bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En cuanto a la responsabilidad del cedente, el Código dispone:

ARTÍCULO 890. El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes.

(...)

ARTÍCULO 893. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, la misma norma nos define la naturaleza jurídica de la figura al expresar:

ARTÍCULO 894. <FECHA DESDE QUE LA CESIÓN TIENE EFECTOS FRENTE AL CONTRATANTE CEDIDO Y TERCEROS>. La cesión de un



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Las consecuencias de la cesión, se determinan de la siguiente forma:

ARTÍCULO 895. La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, se puede concluir que la **CESIÓN ES UN CONTRATO** en el que la parte que cede debe obtener la **AUTORIZACIÓN EXPRESA DEL CONTRATANTE (para el caso de contratos intuito personae como las OPS que celebra la Universidad)**, y **EL CESIONARIO ASUME DE LLENO TODAS LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE TENÍA EL CONTRATISTA INICIAL**, es decir, lo suple en su calidad por virtud de un acuerdo entre las partes.

2. De las reservas presupuestales.

Sobre las reservas presupuestales el Decreto 111 de 1996 expresa en su artículo 89 lo siguiente:

“Las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva.

Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse ni contracreditarse.

Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando e legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen.

Igualmente, cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

El Gobierno Nacional establecerá los requisitos y plazos que se deben observar para el cumplimiento del presente artículo” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Para el caso del Distrito Capital, el Decreto 714 de 1996 fue la norma que compiló las disposiciones sobre presupuesto.

En su artículo 8 expresa:

“De los Objetivos del Sistema Presupuestal. El Sistema Presupuestal del Distrito Capital tiene como objetivos:

- a. Servir de instrumento para el cumplimiento de las metas fijadas en el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas;*
- b. Facilitar la gestión de las Entidades Distritales y permitir a las autoridades la toma de decisiones;*
- c. Coordinar y evaluar permanentemente los ingresos y gastos públicos y la gestión de las unidades ejecutoras;*
- d. Regular y controlar las finanzas y el gasto público desde la perspectiva de la Gestión Presupuestaria;*
- e. Producir la información necesaria sobre las Finanzas Públicas Distritales”*

Sobre los requisitos para constituir reservas presupuestales, la Circular 43 de 2008 del Ministerio de Hacienda expresó lo siguiente:

“Con fundamento en las disposiciones orgánicas presupuestales y la jurisprudencia sobre la materia debe concluirse que son requisitos necesarios para la constitución de reservas presupuestales los siguientes:

*(i). **La existencia de un compromiso legalmente celebrado o contraído** (inciso segundo artículo 89 EOP), es decir la expedición de un acto administrativo **o la celebración de un contrato que afecte en forma definitiva el presupuesto de una vigencia**, lo cual supone, de una parte el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables de acuerdo con la naturaleza del compromiso, v.gr. el Estatuto de Contratación Estatal, y el cumplimiento de las normas presupuestales, en especial, la realización del respectivo registro presupuestal en los términos del artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto.*

*Debe recordarse que el acto administrativo o contrato, **para que realmente tenga la virtualidad de comprometer el presupuesto debe tener como objeto directo e inmediato el desarrollo del objeto de la apropiación** (inciso segundo artículo 89 EOP), razón por la cual relaciones puramente instrumentales como los encargos fiduciarios o los convenios o contratos para la*



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

administración de recursos no comprometen las apropiaciones presupuestales correspondientes a los recursos entregados en administración a terceros.

(ii). El compromiso legalmente contraído para ser ejecutado en la misma vigencia en que se adquirió, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 8° de la Ley 819 de 2003, por razones imprevistas no contempladas inicialmente; no logra ser cumplido a ejecutado a 31 de Diciembre de la respectiva vigencia.

Con fundamento en las normas orgánicas presupuestales, aplicables tanto para la Nación como para las entidades territoriales, ha de entenderse que no se cumple o ejecuta el compromiso cuando el objeto de la respectiva apropiación presupuestal no se alcanza a recibir en la misma vigencia fiscal en que se expidió el acto o se celebró el contrato o convenio que afecto definitivamente los recursos incorporados.

A nivel nacional, el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1957 de 2007, preciso esta noción en los siguientes términos:

"Artículo 1°: Los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago."

(iii). Al constituir la reserva presupuestal, se debe verificar que se cuente en la caja con los recursos necesarios para atender su pago.

Este punto reviste especial importancia para la sanidad de las finanzas de las entidades territoriales, pues mientras que la existencia de caja que respalde el pago de las reservas presupuestales que se constituyan al cierre de una determinada vigencia fiscal, le garantiza fuente de pago y estabilidad fiscal a la respectiva entidad, la constitución de reservas sin caja, contemplando como fuente de su pago, ingresos futuros que se esperan recibir, o aún peor, sin contar siquiera con tal fuente, configuran conductas que realmente entrañan la existencia de un déficit fiscal que debe ser contemplado como tal y financiado de manera prioritaria sobre gasto público nuevo, por tratarse de compromisos ciertos de las haciendas territoriales." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, estas son las normas a tener en cuenta sobre el particular.

3. De los hechos cumplidos.

De otra parte, suele suceder que se adquieren algunas obligaciones sin que se surtan las formalidades exigidas para el efecto.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Se considera oportuno citar la posición que ha sostenido recientemente el Comité de Conciliación sobre la forma de abordar los conflictos que se presentan al interior de la Universidad sobre el tema tal y como se plasma en la sesión ordinaria de fecha 2 de octubre de 2008 en donde se indicó:

“De otra parte, realizó una exposición de “HECHOS CUMPLIDOS” en virtud a lo dispuesto en La Ley 921 de 2004: “por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2005”, y que en su artículo 18 expresamente prohíbe “tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y el ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.” (subrayado fuera de texto).

La Asesora de la Defensa Judicial de la Nación, Dra. Zaida Gil comenta que los “caso tipo” con sus posibles “soluciones” que presentó el Ministerio del Interior y de Justicia mediante oficio de junio 25 de 2008 a la Universidad Distrital, fueron analizados con base a la línea jurisprudencial que desde marzo de 2006 ha elaborado el Consejo de Estado, los cuales se presentan a continuación:

CASOS TIPO	SOLUCIONES
<i>El particular ejecuta una obra, motu propio, sin que la administración lo haya convenido o dirigido a ello</i>	<i>No se conciliaría toda vez que el enriquecimiento de la entidad pública no es justificado y en ese sentido, el particular no tendrá derecho a que se le reconozca suma de dinero alguna o recomposición patrimonial debido a su propia negligencia.</i>
<i>La entidad pública y el particular celebran el contrato estatal (lo perfeccionan), pero el mismo resulta inejecutable dada la ausencia de algún requisito para tal propósito.</i>	<i>Se conciliaría el conflicto que se debatiría a través de una acción contractual siempre y cuando se demuestre los elementos de responsabilidad, como quiera que en estos casos existe un verdadero incumplimiento de las obligaciones legales a cargo del estado durante la etapa de formación del contrato estatal y dado que no se cumpliría el requisito establecido en el enriquecimiento sin causa: carencia de una acción a través de la cual se obtendría la compensación</i>
<i>Cuando el conflicto patrimonial es generado por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de</i>	<i>En dicha eventualidad hay una concurrencia de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan. El primero, por desatender la obligación legal de abstenerse de ejecutar hasta que se cumplan los requisitos, y el segundo, que estando sometido a estas mismas normas imperativas, decide iniciar la ejecución de un contrato legalmente suspendido, pues el incumplimiento de la entidad no lo habilita para ejecutarlo.</i>



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

<p><i>los dos sujetos, ente público y particular. Por ejemplo, cuando a pesar que el contrato no es ejecutable por falta de algunos de los requisitos que condicionan su ejecución; el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará.</i></p>	<p><i>Estos casos se resolverían, conforme la jurisprudencia aludida, bajo los lineamientos de la responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad y del contratista. La fuente de la obligación indemnizatoria surge es de la violación de las normas legales que imponen a las partes del contrato el cumplimiento del artículo 41 de la Ley 80. Frente a la concurrencia de acciones procede una indemnización proporcional. Se debe revisar la actitud del contratista para saber en que grado contribuyó a la producción del daño y determinar si se paga un porcentaje reducido y menor de lo solicitado en consideración al grado de participación del particular</i></p>
<p><i>La administración ordena al particular ejecutar una determinada obra o prestar un servicio sin que medie contrato estatal</i></p>	<p><i>En este caso en concreto, habrá lugar a valorar la actitud del particular, la buena o la mala fe de su comportamiento en los tratos preliminares, y la labor ejecutada, con el fin de ponderar toda esa serie de factores, y así precisar si hay lugar a la recomposición patrimonial a través de la teoría del enriquecimiento sin causa.</i></p>
<p><i>La administración despliega una serie de actuaciones (actos propios) que va dirigido a mover el interés del particular en el desarrollo de una determinada obra o servicio, sin que medie contrato estatal de por medio.</i></p>	<p><i>En estos supuestos habrá lugar a analizar la actividad del particular para determinar la forma como intervino en las tratativas con la entidad pública, para, a partir de allí establecer si hay lugar a reconocer las compensaciones correspondientes. No es lo mismo tratar con una persona que ha contratado varias veces con entidades del estado y que tiene alguna experiencia, que con una persona que por primera vez hace acuerdos con una entidad pública.</i></p>

Estos planteamientos son los que se deben tener en cuenta al momento de analizar si procede una reclamación económica por parte de la persona que crea tener derecho a ello.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

4. Del caso concreto

En el caso sometido a consideración, se cuestiona la posibilidad de realizar el pago de unos honorarios de una orden de prestación de servicios que fuera cedida y que tenía reserva presupuestal vigencia 2008.

Como se expresó con anterioridad, **LA CESIÓN DE UN CONTRATO LE PERMITE AL CESIONARIO ADQUIRIR TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TENÍA EL CEDENTE, POR LO QUE EL PAGO DE HONORARIOS CUANDO HA CUMPLIDO A SATISFACCIÓN CON LA ACTIVIDAD ENCOMENDADA ES UN DERECHO QUE LE ASISTE.**

Ahora bien, esta Oficina considera que **SI LA RESERVA PRESUPUESTAL FUE ELABORADA EN DEBIDA FORMA, ATENDIENDO LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS, EL PAGO ES PROCEDENTE SIN QUE IMPORTE QUE LA RESERVA ESTÉ REGISTRADA A NOMBRE DEL ANTERIOR CONTRATISTA, PUES COMO SE DIJO, CON LA CESIÓN LA NUEVA PERSONA ASUME EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE LA QUE CELEBRÓ EL CONTRATO INICIALMENTE.**

Diferente situación acontecería si la reserva no cumple con los requisitos exigidos pues nos podríamos encontrar ante un hecho cumplido en cuyo caso el tratamiento sería distinto.

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica