

CCE-DES-FM-17

ARREGLO DIRECTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Principio – Concepto – Alcances – Manifestaciones

La Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP-, marcó un hito en la solución de controversias surgidas de la celebración, ejecución o liquidación del contrato estatal. A lo largo de su articulado, pretendió dotar al Sistema de Compra Pública con las herramientas e instrumentos necesarios y suficientes para garantizar un escenario que permitiera una pronta, celera y eficiente solución de controversias, brindando espacios, oportunidades y alternativas diferentes a las tradicionales fórmulas jurisdiccionales o contenciosas. Con fundamento en las tesis modernas que buscan descongestionar los despachos judiciales de todas aquellas materias respecto de los cuales las propias partes pueden arreglar directamente sus diferencias o sus conflictos y, además, como efecto trascendental del postulado de la autonomía de la voluntad, el cual caracteriza al contrato estatal, el EGCAP consagró una serie de mecanismos ágiles, sencillos, claros que se orientan a que las partes contratantes solucionen directamente tanto los problemas como las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, "evitando, en lo posible, las vías judiciales." Estos mecanismos están desarrollados en el EGCAP para la transparencia, la celeridad, la agilidad, los menores costos y la justicia contractual. [...] De lo anterior surge la noción del principio de arreglo directo de controversias, conforme al cual, durante el desarrollo de todo el proceso contractual, esto es, en sus etapas preparativas, de ejecución y liquidación, los distintos partícipes -oferentes o contratantes, según el caso- deberán preferir, siempre que ello sea posible, las fórmulas e instrumentos que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para que solucionen directamente sus discrepancias. El adjetivo "directo" atribuible al arreglo, hace referencia a que la controversia debería ser solucionada entre las partes directamente involucradas o interesadas en la solución, o, dicho de otra manera, las que podrían resultar directa y principalmente afectadas por la solución lograda.

TRANSACCIÓN – Concepto – Requisitos

La transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter autocompositivo. En efecto, mediante la transacción las partes involucradas en una controversia acuerdan directamente la forma de resolverla, o sea que solucionan el conflicto por voluntad propia –efectuando concesiones recíprocas– y no por la imposición de un tercero. De ahí que la transacción revista los rasgos de un negocio jurídico o contrato, pues es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Esto diferencia a la transacción, como se había dicho, de los mecanismos heterocompositivos, en los que un sujeto distinto a las partes decide con autoridad a cuál de ellas le asiste la razón. El artículo 2.469 del Código Civil define la transacción como "[...] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". Adicionalmente, los artículos 2.470 a 2.487 establecen los requisitos del contrato de transacción, entre los que se destacan los siguientes: i) Solo procede sobre derechos inciertos y discutibles. ii) Las partes deben

Departamento Nacional
de Planeación - DNP**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - ColombiaWWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO



tener capacidad para disponer del objeto del negocio jurídico, lo que no obsta para que se otorgue poder mediante la celebración de un contrato de mandato. iii) No puede versar sobre materias prohibidas, como el estado civil de las personas, derechos ajenos o que no existen. iv) Únicamente surte efecto entre las partes. Además, el artículo 1.625, numeral 3, del mismo Código prevé la transacción como uno de los modos de extinción de las obligaciones.

TRANSACCIÓN – Clases – Judicial y extrajudicial

La transacción, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, puede ser judicial o extrajudicial, dependiendo de si se da o no para terminar un proceso judicial vigente. El artículo 2.469 del Código Civil es el fundamento jurídico de la transacción extrajudicial, pues indica que mediante este contrato las partes “[...] terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (cursiva fuera de texto). A su vez, los códigos procesales han reconocido la transacción judicial como forma de terminación anticipada de los litigios. Verbigracia, el artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– establece que el proceso judicial puede terminar por transacción. De la misma manera, el artículo 103 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012– permite la terminación del proceso arbitral por transacción entre las partes. El artículo 313 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012–, por su parte, dispone que “Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso”; pero esta última norma –valga resaltar– solo aplica en los procesos jurisdiccionales conforme lo determina el objeto del mismo Código General del Proceso.

TRANSACCIÓN – Contratación estatal – Procedencia

En el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina han reconocido la procedencia de la transacción extrajudicial, como mecanismo apropiado para precaver litigios eventuales o para resolver controversias entre las entidades estatales y sus contratistas. La Subdirección de Gestión Contractual está de acuerdo con dicha postura, pues tanto en las normas civiles –según se explicó–, como en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra la habilitación legal para que las entidades públicas celebren contratos de transacción. Más aún, los órganos del Estado que se rigen por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, no solo tienen la facultad de transigir, sino que además están obligados a resolver oportunamente las controversias contractuales, para evitar que los conflictos escalen y se generen consecuencias jurídicas y pecuniarias más gravosas para el patrimonio público.





DELEGACIÓN – Fundamento normativo – Requisitos legales

[...] en desarrollo del artículo 211 superior, el artículo 12 del Estatuto General de Contratación contiene una regla especial según la cual “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. Así las cosas, atenuando el rigor de la centralización, esta técnica organizacional implica una actuación administrativa mediante la cual el titular de una función –delegante–, previa autorización expresa por parte del órgano que asignó originariamente la competencia, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a quien ejerce un cargo subordinado –delegatario–, para que asuma una o varias de las atribuciones del primero.

Como se observa, la facultad se limitó a la celebración de contratos, dejando dudas sobre la posibilidad de delegar la firma del acto de adjudicación; motivo por el cual, el artículo 37 del Decreto-Ley 2150 de 1995 amplió las materias delegables al disponer que “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.

Posteriormente, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 permite la delegación en funcionarios públicos del nivel directivo y asesor vinculados al órgano correspondiente. En todo caso, esta última ley exige un acto administrativo donde se determine la autoridad delegataria y las funciones específicas que se transfiere el delegante, sin perjuicio de que este último se informe sobre el desarrollo de la delegación e imparta orientaciones generales para el ejercicio de las funciones delegadas –art. 10-. Además, se supedita a que no se confiera para expedir reglamentos –salvo excepciones legales–, subdelegar o transferir funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal son indelegables –art. 11-. Finalmente, los actos del delegatario tienen los requisitos y recursos que los del delegante, reiterando el régimen de responsabilidad y recuperación de la competencia previsto en el artículo 211 constitucional –art. 12-.

DESCONCENTRACIÓN – Fundamento normativo – Concepto

Al igual que la delegación, el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 autoriza la desconcentración como técnica organizacional que atempera el rigor de la centralización. Prevista en inciso primero del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, permite que los representantes legales de las entidades estatales desconcentren el trámite de los procesos de selección en los funcionarios que, dentro de la entidad, ostenten cargos directivos o ejecutivos.

Para estos efectos, la doctrina la define como “[...] el proceso a través del cual las funciones de una entidad u organismo son distribuidas en diferentes áreas; funcionales o unidades territoriales, las cuales cuentan generalmente con una estructura administrativa, y cuyo fin último es, al igual que la descentralización y la delegación,





garantizar los fines esenciales del Estado". En otras palabras, se trata de una atribución que tiene el superior jerárquico para repartir algunas competencias entre los subalternos, sin que esto les otorgue autonomía en el cumplimiento de sus funciones; razón por la cual, implica una adecuada distribución del trabajo en la que el titular de las funciones conserva la dirección y el control de las tareas asignadas.

[...]

Con una orientación similar, el párrafo del artículo 12 del Estatuto General – adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007– dispone que “[...] se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio [...]”. Incluso este artículo introduce un cambio relevante en la materia, pues –a diferencia del inciso final del artículo 8 de la Ley 489 de 1998– agrega que contra los actos no procede el recurso de reposición, expresión declarada exequible mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C-259 de 2008 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.



Bogotá D.C., 26 Septiembre 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230926010454
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 26/09/2023 15:43:39



Señor

Walter Epifanio Asprilla Cáceres

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Ministerio de Educación Nacional

gestiondocumental@mineducacion.gov.co

Ciudad

Concepto C-400 de 2023

Temas: ARREGLO DIRECTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Principio – Concepto – Alcances – Manifestaciones / TRANSACCIÓN – Concepto – Requisitos - Clases – Judicial y extrajudicial - Contratación estatal – Procedencia / DELEGACIÓN – Fundamento normativo – Requisitos legales / DESCONCENTRACIÓN – Fundamento normativo – Concepto/ DELEGACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN – Técnicas transversales – Modalidades de selección.

Radicación: Respuesta a consulta P20230816014289

Estimado señor Asprilla Cáceres:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 21 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta: “¿En materia contractual se puede delegar la facultad de transigir (contrato) en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, aun cuando el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y concordantes permiten que esta delegación recaiga en servidores públicos que desempeñen cargos directivos, ejecutivos o en sus equivalentes; y no menciona a quienes desempeñan cargos del nivel asesor?”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sin número de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) El principio de arreglo directo en la contratación estatal; ii) la transacción como mecanismo alternativo de solución de controversias; iii) delegación en los contratos estatales, y iv) desconcentración de la actividad contractual.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos 4201912000006841 del 28 de octubre de 2019, 2201913000008176 del 31 de octubre de 2019, 2201913000009082, del 9 de diciembre de 2019, C-268 del 21 de abril de 2020, C-448 del 28 de julio de 2020, C-807 del 29 de diciembre de 2020, C-494 del 17 de septiembre de 2021 y el C-060 del 10 de marzo de 2022 tocó la temática sobre la transacción y la facultad de delegación de la misma². Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

2.1. El principio de “arreglo directo” en la contratación estatal y las fórmulas para su aplicación

La Ley 80 de 1993 marcó un hito en la solución de controversias surgidas de la celebración, ejecución o liquidación del contrato estatal. A lo largo de su articulado, pretendió dotar al sistema de compra pública con las herramientas e instrumentos necesarios y suficientes para garantizar un escenario que permitiera una pronta, célere y eficiente solución de controversias. En esta medida, brindó espacios, oportunidades y alternativas diferentes a las tradicionales fórmulas jurisdiccionales o contenciosas.

Lo anterior con fundamento en las tesis modernas que buscan descongestionar los despachos judiciales de todas aquellas materias respecto de las cuales las propias partes pueden arreglar directamente sus diferencias o sus conflictos. Por ello, como efecto trascendental del postulado de la autonomía de

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>





la voluntad, el cual caracteriza al contrato estatal³, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP consagró una serie de mecanismos ágiles, sencillos, claros que se orientan a que las partes contratantes solucionen directamente tanto los problemas como las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, evitando, en lo posible, las vías judiciales⁴. Estos mecanismos están desarrollados en la Ley 80 de 1993 para la transparencia, la celeridad, la agilidad, los menores costos y la justicia contractual.

Es así como el numeral 5 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de economía, establece que se deberán adoptar procedimientos que garanticen una pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten con motivo de la celebración y ejecución del contrato estatal. Igualmente, el numeral 9 del artículo 4 *ibidem*, obliga a las entidades estatales a corregir los desajustes que pudieren presentarse y que afecten o generen mayor onerosidad al contratista y, la vez, permite el acuerdo de mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas.

En similar sentido, el inciso primero del artículo 27 del EGCAP dispone que ante la afectación del equilibrio de la ecuación contractual por causas no imputables a quien resulte afectado por él, las partes adoptarán, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento. De otro lado, si en la ejecución o desarrollo del contrato o a su terminación e incluso en la etapa de liquidación se presentan conflictos o divergencias, prioritariamente las partes son quienes pueden solucionarlos directamente a través de mecanismos

³ Artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

1993.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



contemplados en diferentes normas legales tales como la transacción⁵ y la conciliación⁶.

Las normas mencionadas del EGCAP a título de ejemplo y los citados mecanismos autocompositivos consagrados en la ley evidencian la intención del legislador de promover la solución de controversias directamente por las partes del contrato, sin necesidad de la intervención del aparato jurisdiccional. Esto implicaría no solo la optimización en el gasto de los recursos públicos derivada de la mayor agilidad y celeridad que caracteriza los mecanismos alternativos de solución de conflictos -MASC- sino una mayor descongestión del sistema judicial.

De lo anterior surge la noción del principio de arreglo directo de controversias, conforme al cual, durante el desarrollo de todo el proceso contractual, esto es, en sus etapas preparativas, de ejecución y liquidación, los distintos partícipes –oferentes o contratantes, según el caso– deberán preferir, siempre que ello sea posible, las fórmulas e instrumentos que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para que solucionen directamente sus discrepancias. El adjetivo “directo” atribuible al arreglo, hace referencia a que la controversia debería ser solucionada entre las partes directamente involucradas o interesadas en la solución, o, dicho de otra manera, las que podrían resultar directa y principalmente afectadas por la solución lograda. Este principio⁷ ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los siguientes términos:

⁵ La transacción, como se explicará más adelante, es un contrato y a la vez un mecanismo de solución de conflictos que carece de regulación en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la cual es menester acudir a la definición que de este consagra el Código Civil. El artículo 2469 del citado Código, aplicable a los contratos estatales, lo define como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual. De manera que a través de este negocio jurídico las partes inmersas en un conflicto presente o futuro convienen en solucionarlo o evitarlo haciéndose concesiones entre ellas y de forma definitiva como quiera que en los términos de los artículos 1625 y 2483 *ibidem* es una forma de extinción de las obligaciones y produce los efectos de la cosa juzgada.

⁶ Según el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. Son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley (artículo 65 Ley 446 de 1998 y 19 de la Ley 640 de 2001). El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo (artículo 66 Ley 446 de 1998). De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante el medio de control de controversias contractuales (artículo 141 de la Ley 1437 de 2011).

⁷ Que en realidad podría ser visto como un conjunto de reglas derivadas de principios rectores de la contratación pública y, en general, de la función administrativa, tales como la eficacia, la celeridad, la economía, entre otros.





“El principio de arreglo directo constituye uno de los pilares fundamentales bajo los cuales se edifica el Estatuto de la Contratación Estatal o Administrativa. Su propósito consiste en someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediatez y directa de las partes.

[...] El estatuto [...] relaciona el principio del arreglo directo con los principios de economía y de garantía del patrimonio económico de los contratistas. En relación con el primero de ellos, al reconocer que la adopción de mecanismos para consolidar la pronta solución de controversias, permite indirectamente velar por una recta y prudente administración de los recursos públicos y evitar el riesgo que envuelve una solución procesal, especialmente, como lo reconoce la doctrina, por las demoras que ella comporta y “por el peligro de la equivocación conceptual o de error en la valoración de la prueba”. Y frente al segundo, al disponer que uno de los mecanismos para preservar el equilibrio de la ecuación económica financiera, es a través de la adopción de herramientas legales y contractuales que hagan efectivas las medidas necesarias para salvaguardar el restablecimiento de las partes, en el menor tiempo posible.

Así las cosas, la exigencia de acceder a una solución rápida y ágil de las controversias que se derivan de la ejecución de un contrato estatal, no corresponde a un simple deber social carente de un vínculo personal que lo haga exigible, pues en realidad se trata de un derecho de los contratistas como de una obligación de las entidades estatales destinado a perpetrar el logro de algunos de los fines reconocidos en la Constitución, entre ellos, se destacan, velar por la eficacia, celeridad, responsabilidad y economía en la prestación y suministro de los bienes y servicios que se le encomiendan a la administración pública.”⁸

En tal sentido, el arreglo directo de las controversias surgidas dentro del contexto de la contratación estatal, más que una simple opción para las entidades públicas y contratistas, resulta ser un deber que tanto aquellas como estos deben cumplir al momento de saldar sus diferencias. Así, dicho deber no se limita a la simple formalización de un procedimiento o al establecimiento de trámites vacuos que solo pretenden un arreglo en apariencia, sino que debe estar animado de una real intención de los participantes de solucionar directamente sus controversias y de precaver eventuales litigios.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-017 de 20 de enero de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En similar sentido, CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 12 de diciembre de 2017, Rad. 2338, C.P. Oscar Darío Amaya Navas.





Lo anterior, empero, debe comprenderse en el sentido que el deber de las entidades públicas y contratistas se limita al intento real de solucionar sus controversias de manera directa, mas no a la solución efectiva. En otros términos, no es obligación de las entidades y contratistas el lograr un acuerdo o solución a sus divergencias, por cuanto este tipo de mecanismos están dotados de un importante sustrato voluntarista que permite que las partes involucradas, bien logren la solución pretendida o, por el contrario, decidan no hacerlo, siempre, eso sí, dejando a salvo la garantía de los principios que rigen la función administrativa y que limitan, por ende, el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, debe recordarse que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no se limitan a formas de arreglo directo, pues existen fórmulas heterocompositivas, también alternativas al proceso judicial, que implican la participación de terceros distintos a las partes directamente involucradas a los que se les dota de cierto poder decisorio, tal y como sucede, por ejemplo, con el proceso arbitral.

Dentro de las modalidades que el ordenamiento normativo permite como fórmulas de arreglo directo controversias, se destacan, por ser incluidas dentro de la consulta que ahora se resuelve, al arreglo directo “propriadamente dicho” y la transacción. Junto a estas, la conciliación extrajudicial y judicial también podría ser considerada como una forma aplicativa del principio de arreglo directo de controversias, sin perjuicio que dentro de ella se haga necesaria la participación de un tercero neutral y distinto a las partes directamente interesadas, siendo a estas últimas a quienes corresponde la configuración y logro del eventual acuerdo⁹. En el mismo sentido, la amigable composición resulta ser otro mecanismo de arreglo directo de controversias, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la decisión que arriba se comentó. Además, su regulación y aplicación dentro del contexto administrativo, encuentra fundamento, principalmente, en el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012¹⁰.

⁹ Respecto a la conciliación extra judicial y judicial, ver las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001, y más recientemente la Ley 2220 de 2022.

¹⁰ El artículo 59 de la ley 1563 de 2012 define la amigable composición de la siguiente manera: “Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.”



El primero, esto es, el arreglo directo propiamente dicho, es una metodología para la solución de controversias que implica la participación de la entidad estatal y el contratista o contratistas directamente interesados en la resolución del conflicto. Lo anterior implicará, como mínimo, un espacio y tiempo suficiente para que entre unos y otros se logre el establecimiento del objeto de la controversia, así como la negociación de la misma. Ante la inexistencia de un procedimiento específico para llevar a cabo el arreglo directo, corresponderá a la entidad estatal, bien a través de sus manuales de contratación o por medio del clausulado del respectivo pliego de condiciones o documento equivalente o, inclusive, dentro del mismo contrato, determinar las pautas mínimas para que, ante el surgimiento de la controversia, las partes puedan arreglarlas directamente. Dicho procedimiento deberá, en todo caso, ser respetuoso de los principios del debido proceso, legalidad, eficacia, celeridad y los demás que rijan el actuar de las entidades públicas, así como atender a las normas generales del procedimiento administrativo establecidas en la Ley 1437 de 2011, siempre que ellas resulten aplicables de acuerdo con la naturaleza del arreglo directo.

Es posible que luego de surtidas las etapas de negociación o conversaciones entre las partes interesadas surja un acuerdo que ponga fin a la controversia, frente a lo cual aquellas podrán suscribir, de resultar necesario o exigible, los documentos en los que se incluyan las condiciones de tal acuerdo, que a su turno podrán constituirse en títulos ejecutivos exigibles, según cumplan o no con los requisitos para su configuración. De la forma que acoja el acuerdo al que lleguen las partes, luego de haberse surtido el procedimiento de arreglo directo, podrá surgir la suscripción de un contrato de transacción, siempre que los elementos constitutivos de este último se entiendan cumplidos, para lo cual será necesario tener en cuenta lo que se explicará a continuación.

En todo caso, nada obsta para que, cuando las partes así lo consideren, los acuerdos logrados puedan ser revisados o modificados por las mismas, siempre y cuando, se itera, esto no se erija en imposición de una de las partes hacia la otra, sino que sea el producto de una nueva negociación directa entre las mismas. Por lo demás, frente al contrato de transacción, como forma autocompositiva para la solución alternativa de conflictos contractuales, esta Agencia ha tenido la oportunidad de referirse a la misma en los términos que a continuación se reiteran en su integridad, y que posteriormente se concatenarán con la temática principal de la delegación de las funciones, y sus límites frente a las personas que puntualmente ha señalado la norma, puede otorgárseles, diferenciando la figura



de la delegación del otorgamiento de mandatos, que no implica la actuación en nombre propio del mandatario, a modo de ejemplo, para mencionar de figuras jurídicas que tangencialmente pudieran tener algún grado de incidencia.

2.2. Procedencia de la transacción en la contratación estatal

La transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter *autocompositivo*. En efecto, mediante la transacción las partes involucradas en una controversia acuerdan directamente la forma de resolverla, esto es, solucionan el conflicto por voluntad propia –efectuando concesiones recíprocas– y no por la imposición de un tercero. De ahí que la transacción revista los rasgos de un *negocio jurídico* o *contrato*, pues es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones¹¹. Esto diferencia a la transacción, como se había dicho, de los mecanismos *heterocompositivos*, en los que un sujeto distinto a las partes decide con autoridad a cuál de ellas le asiste la razón.

El artículo 2469 del Código Civil define la transacción como “[...] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Adicionalmente, los artículos 2470 a 2487 establecen los requisitos del contrato de transacción, entre los que se destacan los siguientes: i) Solo procede sobre derechos inciertos y discutibles. ii) Las partes deben tener capacidad para disponer del objeto del negocio jurídico, lo que no obsta para que se otorgue poder mediante la celebración de un contrato de mandato. iii) No puede versar sobre materias prohibidas, como el estado civil de las personas, derechos ajenos o que no existen. iv) Únicamente surte efecto entre las partes. Además, el artículo 1625, numeral 3, del mismo Código prevé la transacción como uno de los modos de extinción de las obligaciones¹², ello desde una óptica que implica la prevalencia de la voluntad de las partes.

¹¹ Procuraduría General de la Nación. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia. MASC. Estudios, caracterización y compilación normativa y jurisprudencial. Tomo III, p. 53. En: <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/noticias/Los%20mecanismos%20alternativos%20de%20solu%C3%B3n%20de%20conflictos%20en%20Colombia%20+%20MASC.pdf>

¹² La redacción del artículo 1.625 es la siguiente: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1o.) Por la solución o pago efectivo.



La transacción, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, puede ser *judicial* o *extrajudicial*, dependiendo de si se da o no para terminar un proceso judicial vigente. El artículo 2469 del Código Civil es el fundamento jurídico de la transacción extrajudicial, pues indica que mediante este contrato las partes “[...] terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (cursiva fuera de texto). A su vez, los códigos procesales han reconocido la transacción judicial como forma de terminación anticipada de los litigios. Verbigracia, el artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– establece que el proceso judicial puede terminar por transacción¹³. De la misma manera, el artículo 103 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012– permite la terminación del proceso arbitral por transacción entre las partes¹⁴. El artículo 313 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012–, por su parte, dispone que “Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso”; pero esta última norma –valga resaltar– solo aplica en

-
- 2o.) Por la novación.
 - 3o.) Por la transacción.
 - 4o.) Por la remisión.
 - 5o.) Por la compensación.
 - 6o.) Por la confusión.
 - 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
 - 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
 - 9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
 - 10.) Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales”.

¹³ Así lo indica la norma: “Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo Despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad.

En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción”.

¹⁴ “Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a una transacción o a una conciliación o mediación que resuelva el litigio, el tribunal dará por terminadas las actuaciones. Caso de que lo pidan ambas partes y el tribunal no se oponga, este verterá en un laudo los términos convenidos por aquellas.

Dicho laudo tendrá los mismos efectos que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

los procesos jurisdiccionales conforme lo determina el objeto del mismo Código General del Proceso.

En el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ y la doctrina¹⁶ han reconocido la procedencia de la transacción extrajudicial, como mecanismo apropiado para precaver litigios eventuales o para resolver controversias entre las entidades estatales y sus contratistas. La Subdirección de Gestión Contractual está de acuerdo con dicha postura, pues tanto en las normas civiles –según se explicó–, como en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra la habilitación legal para que las entidades públicas celebren contratos de transacción. Más aún, los órganos del Estado que se rigen por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, no solo tienen la facultad de transigir, sino que además están obligados a resolver oportunamente las controversias contractuales, para evitar que los conflictos escalen y se generen consecuencias jurídicas y pecuniarias más gravosas para el patrimonio público.

Para ilustrar mejor lo anterior, conviene señalar que la transacción se encuentra consagrada en varias normas de la Ley 80 de 1993, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos al que pueden acudir las entidades estatales y los contratistas para poner fin a sus diferencias o precaver litigios eventuales, dentro de las cuales se destacan las correspondientes a los artículos 25 y 27 arriba señalados.

Por otra parte, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 reconoce la procedencia de la transacción en la etapa de liquidación del contrato, estableciendo que “En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”. Los beneficios

¹⁵ Entre las múltiples providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que han aceptado la transacción como mecanismo de arreglo directo entre las partes en la contratación estatal, pueden consultarse las siguientes, que son las más recientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 2 de octubre de 2020. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Expediente: 64.066A. / Sentencia del 12 de agosto de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 38.603. / Auto del 8 de mayo de 2019. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Expediente: 41.868 / Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 35.818.

¹⁶ CARRILLO, Fernando y GÓMEZ, Iván. En: Procuraduría General de la Nación, Op. Cit., pp. 53-60.



de la transacción en el acta de liquidación bilateral han sido puestos de presente por la doctrina, afirmando que aquella “[...] es un verdadero negocio jurídico que envuelve una transacción, es decir, con su suscripción, cada una de las partes puede tener certeza de la finalización de la relación negocial. Además, los principios de buena fe y del respeto del acto propio guían la ejecución de los contratos, por lo cual si una parte no manifestó explícitamente los motivos de su inconformidad no le es dable volver judicialmente sobre un acto en el que pareció expresar su conformidad con la forma en que quedó finiquitada la relación negocial”¹⁷.

Adicionalmente, el artículo 25, numeral 5, de la Ley 80 de 1993 dispone que, en virtud del principio de economía, se deben adoptar “[...] procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”. Por otra parte, los artículos 32 y 40 permiten a las entidades estatales celebrar todos los contratos que tengan su fuente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como en las normas civiles y comerciales. Siendo el de transacción un contrato consagrado en las normas civiles –concretamente, en el artículo 2469 del Código Civil–, es entonces un negocio jurídico que pueden celebrar las entidades estatales en el marco de la ejecución de otro contrato. Además, como se indicó, el artículo 1625, numeral 3, del Código Civil establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones. Esta norma también resulta aplicable en la contratación estatal, en virtud de la remisión a las normas civiles que realiza el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Por tal razón, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostiene desde hace varios años que “Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en la procedencia de la celebración de transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual

¹⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 1, 2009, pp. 18-19. En: <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2591>



(arts. 39 y 41 de la ley 80 de 1993). Máxime cuando, como lo ha señalado la doctrina, la resolución de conflictos es un deber de la Administración contratante, la cual a la luz de la ley 80 de 1993 goza de cierta autonomía en la solución de sus eventuales litigios contractuales”¹⁸.

La transacción se ha destacado así, como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que aporta beneficios a las partes del contrato estatal, cuando es realizada de manera adecuada. En tal sentido, jurisprudencialmente se ha señalado que “[...] uno de los principales efectos que genera el acuerdo transaccional es el de cosa juzgada, por el pacto de voluntades; en consecuencia, cuando se transa sobre la totalidad de los asuntos discutidos, las partes no pueden reavivar el conflicto acudiendo a la jurisdicción o, en caso que haya un proceso judicial en curso, habrá lugar a la terminación anormal del mismo”¹⁹.

Adicionalmente, se ha indicado que la transacción es un modo válido de llegar a acuerdos sobre los aspectos económicos del contrato estatal²⁰, sin afectar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público²¹. Específicamente, el Consejo de Estado también ha concebido la transacción como un mecanismo adecuado para restablecer el equilibrio económico del contrato, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 4, numeral 9, de la Ley 80 de 1993²².

Sin embargo, para que la transacción reporte ventajas a las partes, debe satisfacer las exigencias decantadas por la jurisprudencia. Según el Consejo de Estado: “[...] jurisprudencialmente se ha agregado como elemento esencial de la transacción, las concesiones o sacrificios recíprocos entre las partes”²³; es decir, el arreglo directo no puede “[...] mostrarse

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 25 de octubre de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 64.054.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 38.603.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02.

²² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 14 de febrero de 2019. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 60.049.



abiertamente desproporcionado". Por lo tanto, el acuerdo transaccional no puede implicar un reconocimiento exorbitante para el contratista, que no tenga ningún sustento, ni una renuncia infundada para la entidad estatal a reclamar la indemnización de los perjuicios que le hayan sido causados. Debe ser, por el contrario, un arreglo basado en elementos objetivos que permitan justificar la utilización de este mecanismo.

Por último, vale la pena aclarar que tanto el procedimiento de arreglo directo como la suscripción de los acuerdos que de él surjan, serán adelantados y celebrados por el o los funcionarios que resulten competentes dentro de la entidad pública involucrada, atendiendo a las reglas que, sobre competencia y delegación y desconcentración de las mismas, trae el EGCP. Ante esto, tales funcionarios se encuentran sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses previsto en el ordenamiento normativo, según lo cual, cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido, así como atender a los impedimentos consagrados en la normativa especial del EGCP, en la Ley 1474 de 2011 y en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 aplicables por en sus 16 causales que en síntesis ilustran cualquier circunstancia puntual que implique objetivamente que se pueda advertir comprometido el juicio de los individuos, aplicables por virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁴.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 28.067.

²⁴ "Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código".





2.3. Delegación en los contratos estatales

En punto a profundizar lo antes dicho se debe precisar que, los actos administrativos, como declaraciones unilaterales de voluntad provenientes de órganos estatales que ejercen función administrativa y que producen efectos jurídicos, y los contratos estatales, como acuerdos de voluntades para producir obligaciones, requieren, para su validez –entre otros requisitos–, que el órgano posea competencia para expedirlos y suscribirlos, respectivamente. Al ser un presupuesto necesario de la actuación administrativa, la competencia es la otra cara de la capacidad, pues mientras esta es la regla general aquella es excepcional. No en vano, el artículo 6 de la Constitución Política de 1991 dispone que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

En este contexto, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 define la competencia para dirigir procesos de selección y suscribir contratos, centralizándola en determinadas autoridades estatales²⁵. Dado que, además de la actividad contractual, dichos órganos cumplen con una multiplicidad de funciones diferentes, el ordenamiento jurídico dispone técnicas de organización administrativa que permiten el reparto de las tareas asignadas con miras a su cumplimiento eficaz y eficiente. Por esta razón, el artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, procediendo en los artículos subsecuentes a la ilustración específica de estas figuras en la ordenación del estado desde la regulación de la carta política.

²⁵ En lo pertinente, la norma dispone lo siguiente: “En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2º:” [...]

3º. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: [...]

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles”.





Por ello, en desarrollo del artículo 211 superior²⁶, el artículo 12 del Estatuto General de Contratación contiene una regla especial según la cual “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. Así las cosas, atenuando el rigor de la centralización, esta técnica organizacional implica una actuación administrativa mediante la cual el titular de una función –delegante–, previa autorización expresa por parte del órgano que asignó originariamente la competencia, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a quien ejerce un cargo subordinado –delegatario–, para que asuma una o varias de las atribuciones del primero²⁷.

Como se observa, la facultad se limitó a la celebración de contratos, dejando dudas sobre la posibilidad de delegar la firma del acto de adjudicación; motivo por el cual, el artículo 37 del Decreto-Ley 2150 de 1995 amplió las materias delegables al disponer que “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.

Posteriormente, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 permite la delegación en funcionarios públicos del nivel directivo y asesor vinculados al órgano correspondiente. En todo caso, esta última ley exige un acto administrativo donde se determine la autoridad delegataria y las funciones específicas que se transfiere el delegante, sin perjuicio de que este último se

²⁶ La norma prescribe que “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades”.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”.

²⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.





informe sobre el desarrollo de la delegación e imparta orientaciones generales para el ejercicio de las funciones delegadas –art. 10–. Además, se supedita a que no se confiera para expedir reglamentos –salvo excepciones legales–, subdelegar o transferir funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal son indelegables –art. 11–. Finalmente, los actos del delegatario tienen los requisitos y recursos que los del delegante, reiterando el régimen de responsabilidad y recuperación de la competencia previsto en el artículo 211 constitucional –art. 12–.

Sin embargo, la delegación en materia contractual tuvo cambios importantes con la expedición de la Ley 1150 de 2007, adicionando un segundo inciso al artículo 12 del Estatuto General. En esta medida, dispuso que: “En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”. Dicha disposición cambió el régimen de responsabilidad del delegante previsto en el precitado inciso segundo del artículo 211 superior. Por ello, la Corte Constitucional –retomando la línea jurisprudencial de la Sentencia C-372 de 2002– declaró que este inciso es condicionalmente exequible, en el entendido de que el delegante solo responde por la ausencia de control y vigilancia siempre que medie dolo o culpa grave²⁸. Lo anterior, en la medida en que:

“La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia”²⁹.

La aplicación de este régimen especial de responsabilidad supone que el órgano competente para adelantar procesos de selección y celebrar

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 693 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.





contratos, por medio de un acto administrativo, asigna determinadas funciones a los servidores autorizados previamente por la ley. Mientras no se cumplan en su totalidad los presupuestos legales mencionados en el presente considerando, más allá del dolo y la culpa grave, el titular originario de la atribución responde por las irregularidades de la actividad contractual.

2.4. Desconcentración de la actividad contractual

Al igual que la delegación existe otra figura que se hace necesario hacer referencia, la cual ilustra un alcance igualmente pertinente para los efectos del concepto aquí desarrollado, que encuentra su regulación en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 el cual autoriza, la desconcentración como técnica organizacional que atempera el rigor de la centralización. Prevista en inciso primero del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, permite que los representantes legales de las entidades estatales desconcentren el trámite de los procesos de selección en los funcionarios que, dentro de la entidad, ostenten cargos directivos o ejecutivos.

Para estos efectos, la doctrina define la desconcentración como “[...] el proceso a través del cual las funciones de una entidad u organismo son distribuidas en diferentes áreas; funcionales o unidades territoriales, las cuales cuentan generalmente con una estructura administrativa, y cuyo fin último es, al igual que la descentralización y la delegación, garantizar los fines esenciales del Estado”³⁰. En otras palabras, se trata de una atribución que tiene el superior jerárquico para repartir algunas competencias entre los subalternos, sin que esto les otorgue autonomía en el cumplimiento de sus funciones; razón por la cual, implica una adecuada distribución del trabajo en la que el titular de las funciones conserva la dirección y el control de las tareas asignadas³¹. Por ello, el artículo 8 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

³⁰ HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia. Bogotá: Legis, 1999. p. 158.

³¹ En esta medida, “Difiere [...] la delegación y la desconcentración, en que la primera supone una asignación específica de funciones de un órgano que las ejecuta bajo su entera autonomía y responsabilidad, salvo que el delegante obre con dolo o culpa grave en sus funciones generales de vigilancia y control, evento en el que también sería responsable, mientras que en la segunda, esto es, la desconcentración, es el encargo que el superior hace a sus dependientes para que éstos, actuando a nombre y dirección de aquel, descongestionen la actividad administrativa” (Cfr. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Séptima Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 97).



“La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

Parágrafo. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.”

Con una orientación similar, el parágrafo del artículo 12 del Estatuto General –adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007– dispone que “[...] se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio [...]”. Este artículo introduce un cambio relevante en la materia, pues –a diferencia del inciso final del artículo 8 de la Ley 489 de 1998– agrega que contra los actos no procede el recurso de reposición, expresión declarada exequible mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C-259 de 2008.

A partir de las consideraciones anteriores, se puede concluir que tanto el constituyente, como el legislador, permiten el ejercicio de la función administrativa –concretada en la actividad contractual de las entidades públicas–, empleando las técnicas de la delegación y la desconcentración. Con estas instituciones se busca mitigar la centralización, para que las funciones del Estado se adelanten con eficiencia, celeridad y economía, en los términos del artículo 209 de la Constitución. Estos principios también impactan, de manera favorable, la contratación estatal –independientemente de la modalidad de selección que se emplee–, y es por ello que la descentralización y la desconcentración no se restringen a la licitación pública, sino que cualquier procedimiento de escogencia e incluso la celebración del contrato, pueden delegarse y desconcentrarse, como ya se indicó.

Ahora bien, debe dejarse claridad en este punto de la argumentación, que la norma (artículo 12 de la Ley 80 de 1993), solo se limita a otorgar estas facultades específicas a las categorías de niveles jerárquicos dentro de la organización pública, denominados “[...] cargos del nivel





directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. [...]”, entendiéndose que tales grupos de funcionarios se referían a personas que, para en los primeros, les había sido asignado funciones consistentes en la dirección general, formulación de políticas, y adopción de planes y programas, mientras que, para los segundos, se refieren en la dirección, coordinación y control de las unidades y dependencias internas de la entidad.³²

Pese a la disposición original consignada en el EGCAP, con la expedición del Decreto Ley 785 de 2005, en su artículo 33 se dispuso el retiro del nivel jerárquico ejecutivo, disponiendo que toda la nomenclatura existente de los cargos que antes lo tenían, pasaría a contar con una nueva denominación que, hecho un análisis sistemático de la disposición, harían parte del nivel directivo, del cual se reitera la definición que tenía en su antecedente normativo.

De conformidad con la norma antes anunciada, y su incidencia en la redacción original de la Ley 80 de 1993, Decreto-Ley 2150 de 1995 y Ley 489 de 1998, entendiéndose la forma como quedó dispuesta en las más recientes normas, artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, entiende la Subdirección que la referida facultad de delegación a que se ha venido haciendo referencia, solo corresponde a funcionarios que por la naturaleza de sus cargos, cuenten con algún grado de dirección, control y formulación de políticas dentro de la entidad, como lo es propio exclusivamente a aquellos cargos del nivel directivo hoy en día, no siendo posible tal otorgamiento de facultad en cargos ubicados en cualquier otro nivel jerárquico, como lo puede ser el nivel asesor.

3. Respuesta

“¿En materia contractual se puede delegar la facultad de transigir (contrato) en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, aun cuando el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y concordantes permiten que esta delegación recaiga en servidores públicos que desempeñen cargos directivos, ejecutivos o en sus equivalentes; y no menciona a quienes desempeñan cargos del nivel asesor?”.

De las preguntas en concreto, se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para absolver consultas sobre la aplicación

³² Ello al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, el cual fue modificado por el 1682 de 1991, y a su vez el cual fue retirado del ordenamiento por virtud del artículo 37 del Decreto 1569 de 1998; norma esta última que se encuentra subrogada en la actualidad por el Decreto Ley 785 de 2005.





de normas de carácter general. Por ello, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

Hecha la anterior precisión, de acuerdo con lo expuesto y dentro de los límites de la función consultiva, es posible advertir que, la Ley 80 de 1993 marcó un hito en la solución de controversias surgidas de la celebración, ejecución o liquidación del contrato estatal. A lo largo de su articulado, pretendió dotar al sistema de compra pública con las herramientas e instrumentos necesarios y suficientes para garantizar un escenario que permitiera una pronta, celeridad y eficiente solución de controversias, principalmente entre los integrantes del instrumento contractual o sobre quienes versa la situación. En esta medida, brindó espacios, oportunidades y alternativas diferentes a las tradicionales fórmulas jurisdiccionales o contenciosas.

En tal sentido, el arreglo directo de las controversias surgidas dentro del contexto de la contratación estatal, más que una simple opción para las entidades públicas y contratistas, resulta ser un deber que tanto aquellas como estos deben cumplir al momento de saldar sus diferencias. Así, dicho deber no se limita a la simple formalización de un procedimiento o al establecimiento de trámites vacuos que solo pretenden un arreglo en apariencia, sino que debe estar animado de una real intención de los participantes de solucionar directamente sus controversias y de precaver eventuales litigios.

En el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina han reconocido la procedencia de la transacción extrajudicial, como mecanismo apropiado para precaver litigios eventuales o para resolver controversias entre las entidades estatales y sus contratistas. La Subdirección de Gestión Contractual está de acuerdo con dicha postura, pues tanto en las normas civiles –según se explicó–, como en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra la habilitación legal para que las entidades públicas celebren contratos de transacción. Más aún, los órganos del Estado que se rigen por la Ley 80 de





1993 y sus normas complementarias, no solo tienen la facultad de transigir, sino que además están obligados a resolver oportunamente las controversias contractuales, para evitar que los conflictos escalen y se generen consecuencias jurídicas y pecuniarias más gravosas para el patrimonio público.

Con tales instrumentos como mecanismo para lograr el finiquito de asuntos que se han tornado controversiales, se acentúa que tanto el procedimiento de arreglo directo como la suscripción de los acuerdos que de él surjan, serán adelantados y celebrados por el o los funcionarios que resulten competentes dentro de la entidad pública involucrada, atendiendo a las reglas que, sobre competencia y delegación y desconcentración de las mismas, trae el EGCAP.

Por ello, en desarrollo del artículo 211 superior, el artículo 12 del Estatuto General de Contratación contiene una regla especial según la cual “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. Así las cosas, atenuando el rigor de la centralización, esta técnica organizacional implica una actuación administrativa mediante la cual el titular de una función –delegante–, previa autorización expresa por parte del órgano que asignó originariamente la competencia, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a quien ejerce un cargo subordinado –delegatario–, para que asuma una o varias de las atribuciones del primero.

Tal delegación como la norma lo menciona, solo fue concebida para ser otorgada en los niveles que expresamente indicados, como lo eran los denominados niveles ejecutivo y directivo, lo cual implicó con las definiciones existentes al momento de expedición de la norma general de contratación, que esta posibilidad de delegación era exclusiva de ser otorgada al grupos de empleados dotados con funciones de dirección, control y formulación de políticas, que pese al retiro del ordenamiento del señalado nivel ejecutivo mediante la expedición del Decreto Ley 785 de 2007, la predicada delegación y demás figuras concordantes solo resultan

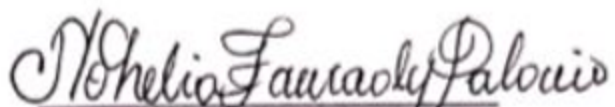


posibles a para empleados que ocupan cargos del nivel directivo, por la naturaleza de tal tarea, propia de quien tiene un grado de dirección.

Sobre este último punto, se debe dar respuesta a la consulta realizada sobre la posibilidad de delegar la facultad de transigir a personal del nivel asesor, expresándose para el efecto que esto no es posible pues el legislador se limitó a dotar de tal facultad exclusivamente a los niveles que contase con funciones de dirección, como lo eran inicialmente los niveles ejecutivos y directivo, hoy en día exclusivamente el nivel directivo acorde con la actual formulación de nomenclatura de cargos en las entidades públicas.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Jorge Mario Payares Villa
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Alejandro Sarmiento Cantillo
Revisó: Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Gabriel Mendoza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia Del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

