

TRANSACCIÓN – Régimen aplicable – entidades estatales – Terminación del proceso

La regla contenida en el artículo 313 del Código General del Proceso no es aplicable a las controversias surgidas por contratos estatales, toda vez que, en virtud del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, estas son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, aquellos contratos donde haga parte una entidad pública. Por consiguiente, la norma aplicable en cuanto a la transacción en asuntos de contratos estatales es la del artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA y no la del CGP.

DERECHO DE POSTULACIÓN – Abogado – Proceso judicial – Transacción judicial – Facultad para transigir – Autorización previa y expresa – Autorización escrita

Para entender el artículo 176 del CPACA se debe tener en cuenta que según el artículo 160 del mismo código, las entidades estatales deben postular un abogado para comparecer al proceso judicial. El abogado que actúa en representación de una entidad pública es quien requiere las autorizaciones de las que habla el artículo 176 del CPACA para allanarse a la demanda o para transigir, y con ello finalizar anticipadamente el litigio. En efecto, para terminar el proceso por transacción, los abogados que actúen en representación de alguna entidad pública deben obtener autorización previa, expresa y escrita de las autoridades a las que se refiere el artículo 176 del CPACA.

CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Regulación – Régimen jurídico – Finalidad – Elementos

La normativa de contratación pública no tiene una regulación expresa con respecto a la transacción fuera del proceso judicial, por lo cual es necesario remitirse a la legislación civil, según la cual la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Al no existir un procedimiento ni unas etapas particulares para pactar la transacción, las entidades pueden suscribirla atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes. La normativa no requiere que se realicen estudios ni se otorguen garantías previas. La transacción puede adelantarse durante cualquier tiempo del contrato, siempre y cuando reúna los elementos constitutivos del negocio jurídico, a saber: i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y iii) la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. (...) Por las consideraciones anteriores, no hace falta que el contrato estatal sobre el que se transan obligaciones esté en ejecución, el contrato de transacción puede celebrarse en cualquier tiempo, siempre que reúna las condiciones enunciadas anteriormente y pretenda precaver un litigio eventual, pues en caso de existir litigio pendiente serán necesarias las autorizaciones de las que habla el artículo 176 del CPACA.

CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Definición – Autonomía voluntad – Ley 80 de 1993

A pesar de lo anterior, la definición de contrato estatal que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 incluye a todos los actos jurídicos “derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, por lo cual, puede considerarse que cuando la transacción es celebrada por una entidad estatal es un contrato estatal. Adicional a lo anterior, la definición de transacción como contrato no conduce, necesariamente, a que este método de solución de conflictos tenga un proceso de contratación idéntico a otro tipo de contratos, por el contrario, la transacción, al tener regulación en la legislación civil, debe cumplir los presupuestos que se encuentran en dicha normativa, y adicionalmente, solo requerirá constar por escrito, para cumplir la solemnidad propia de los contratos estatales. Así mismo, para el contrato de transacción no se requieren estudios previos, garantías u otros elementos propios de otro tipo de contratos. Sin que ello signifique que la Administración pueda arbitrariamente celebrar la transacción, desconociendo los principios de la función administrativa. La transacción solamente



puede celebrarse entre las partes de un contrato que precaven un litigio eventual. Esta característica esencial hace que este contrato no esté sujeto a las modalidades de selección del contratista dispuestas por la Ley 1150 de 2007, pues si la entidad estatal tuviera la facultad de seleccionar directamente o a través de un proceso a su contraparte, se perdería el elemento esencial de la transacción, desnaturalizando el contrato.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Regulación – Restricción – Contratos de transacción

Finalmente, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 o ley de garantías restringe el uso de la modalidad de contratación directa para todos los entes del Estado, sin embargo, debido a que el contrato de transacción no corresponde a una contratación directa ni es causal para dicha modalidad esta restricción no le aplica.

Bogotá D.C., 17/10/2019 Hora 20:55:33s

N° Radicado: 2201913000007769

Señor

Javier Esteban Panqueva Hoyos

Ciudad

Radicación:	Respuesta a consulta # 4201913000005082
Temas:	Transacción, contratación directa
Tipo de asunto consultado:	Naturaleza jurídica de la transacción, autorizaciones requeridas y procedimiento para adelantar la transacción

Estimado señor Panqueva,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 29 de julio de 2019, ampliada el 10 de septiembre de 2019, 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.

1. Problema jurídico

I). “En los términos del art. 313 del Código General del Proceso: ¿Qué se debe entender por representantes de la nación, departamentos y municipios?”; ¿son los representantes legales de las entidades estatales quienes requieren autorización para celebrar transacción?

II). “¿De qué manera y forma se debe llevar a cabo el contrato de transacción? ¿cuáles son sus etapas? ¿La transacción puede operar durante el término de ejecución del contrato, en el término de su vigencia, o en ambos? ¿Puede transarse luego de haber finalizado el plazo de ejecución del contrato?”

III). “Al ser la transacción un contrato: ¿Deben constituirse estudios previos, garantías, y demás elementos propios de la fase precontractual para la celebración de un contrato de



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7958800 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

transacción? ¿Es la transacción una forma de contratación directa? Y de ser así ¿se encuentra restringida la transacción en ley de garantías?”

2. Consideraciones

La regla contenida en el artículo 313 del Código General del Proceso¹ no es aplicable a las controversias surgidas por contratos estatales, toda vez que, en virtud del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011², estas son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, aquellos contratos donde haga parte una entidad pública. Por consiguiente, la norma aplicable en cuanto a la transacción en asuntos de contratos estatales es la del artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA³ y no la del CGP.

Para entender el artículo 176 del CPACA se debe tener en cuenta que según el artículo 160 del mismo código⁴, las entidades estatales deben postular un abogado para comparecer al proceso judicial. El abogado que actúa en representación de una entidad

¹ “Artículo 313. Transacción por entidades públicas. Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso.

“Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza.”

² “Artículo 104. de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

³ “Artículo 176. Allanamiento a la demanda y transacción. 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”.

⁴ “Artículo 160. Derecho de postulación. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

“Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo”.



pública es quien requiere las autorizaciones de las que habla el artículo 176 del CPACA para allanarse a la demanda o para transigir, y con ello finalizar anticipadamente el litigio.

En efecto, para terminar el proceso por transacción, los abogados que actúen en representación de alguna entidad pública deben obtener autorización previa, expresa y escrita de las autoridades a las que se refiere el artículo 176 del CPACA. El Consejo de Estado ha considerado que la autorización para transigir, establecida en el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo (regla contenida hoy en el artículo 176 del CPACA), es requisito solo para la transacción judicial, es decir, aquella que finaliza el proceso, por lo tanto la falta de autorización expresa no afecta la transacción anterior a la demanda judicial. En palabras textuales de la corporación:

La transacción está regulada en el Código Civil, específicamente por el artículo 2469, que la define como el contrato en virtud del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio o precaven un litigio eventual.

La transacción produce el efecto de cosa juzgada entre las partes, sin perjuicio de que pueda impetrarse la declaración de nulidad o de rescisión de dicho acuerdo de voluntades (artículo 2483 del C.C.).

Cabe precisar que la transacción extrajudicial es la que tiene lugar antes o por fuera del proceso judicial, la realizan las partes, con el fin de solucionar directamente las diferencias contractuales que hayan surgido o para prevenir un litigio eventual.

En tanto, en materia contenciosa, la transacción judicial, como una forma de terminación del proceso, requiere autorización del Gobierno Nacional, cuando quien pretenda transigir sea la Nación; y en el caso de los departamentos, los municipios y los establecimientos públicos, requieren la autorización de las autoridades a que se refiere el artículo 218 del CCA.

Quiere decir lo anterior, que la autorización referida para celebrar la transacción, se circunscribe al escenario judicial, formalidad que no aplica cuando las partes de un contrato, con el objeto de precaver un litigio eventual, celebran un contrato de transacción, como mecanismo de solución directa de las controversias surgidas del negocio jurídico de que trata el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, pues, esta disposición las autoriza para sustraer el conflicto del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, y permite que, por vía de acuerdo, las partes directamente acudan a esta figura cuando surjan las diferencias, sin la intervención de terceros⁵.

Con respecto a la exigencia de autorización del Gobierno Nacional cuando la Nación desee transigir, debe tenerse en cuenta la definición del artículo 115 de la Constitución Política⁶,

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de agosto de 2019, radicado 25000-23-26-000-2002 -01599-01(38603), C.P. María Adriana Marín.

⁶ “Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.



según la cual “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos” y en particular por el Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente, en consecuencia, serán estos últimos de los cuales se requerirá autorización para los efectos de la transacción judicial.

La normativa de contratación pública no tiene una regulación expresa con respecto a la transacción fuera del proceso judicial, por lo cual es necesario remitirse a la legislación civil, según la cual la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”⁷.

Al no existir un procedimiento ni unas etapas particulares para pactar la transacción, las entidades pueden suscribirla atendiendo a la autonomía de la voluntad de las partes. La normativa no requiere que se realicen estudios ni se otorguen garantías previas.

La transacción puede adelantarse durante cualquier tiempo del contrato, siempre y cuando reúna los elementos constitutivos del negocio jurídico, a saber: i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y iii) la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas⁸.

En relación con la transacción como mecanismo para la resolución de conflictos, el Consejo de Estado sostuvo que la transacción es un contrato especial, que requiere de la voluntad de las partes para disponer de sus derechos, siempre que ellos serán transigibles o renunciables, además de la solemnidad de constar por escrito cuando una entidad estatal sea parte:

En efecto, la transacción requiere que los derechos sean susceptibles de libre disposición por las partes, o sea, que verse sobre derechos e intereses de contenido particular, crediticio o personal, con una proyección patrimonial o económica y que, por lo mismo, resultan renunciables (arts. 15, 1495, 1602 del C.C.), razón por la cual no es posible, por ejemplo, transar en materia de estado civil (arts. 2472 a 2474 C.C.), o sobre

“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”.

⁷ Código Civil. “Artículo 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 28.281, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; jurisprudencia reiterada por el Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2015, consejero ponente: Ramiro de Jesus Pazos Guerrero Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04681-01(26137); y Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de agosto de 2019 radicación número: 25000-23-26-000-2002-01599- 01(38603) consejera ponente: María Adriana Marín



derechos que no existen (art. 2475 C.C.). (....)

En esta perspectiva, el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados; además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas las autorizaciones de ley⁹.

Por las consideraciones anteriores, no hace falta que el contrato estatal sobre el que se transan obligaciones esté en ejecución, el contrato de transacción puede celebrarse en cualquier tiempo, siempre que reúna las condiciones enunciadas anteriormente y pretenda precaver un litigio eventual, pues en caso de existir litigio pendiente serán necesarias las autorizaciones de las que habla el artículo 176 del CPACA.

Como se explicó anteriormente, el Consejo de Estado considera que, en virtud de la definición legal, la transacción es un contrato, aun cuando esta definición presenta falencias, reconocidas por la doctrina y por la misma corporación.

En, consideró que los elementos de la transacción se contradicen con los elementos del contrato, en especial, la transacción no busca generar obligaciones recíprocas entre las partes, tal como sería en un contrato, sino más bien extinguirlas:

(...) el artículo 2469 del Código Civil le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, o sea, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales; y de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio, siempre que se allegue la prueba del mismo para que el juez pueda valorarlo, constatarlo y proceder a finalizar el proceso en el entendido de que en adelante carece de objeto, porque ya no habría materia para un fallo y de fin, porque lo que se busca con el juicio y la sentencia ya se obtuvo por las propias partes, que, en ejercicio de la autonomía privada, han compuesto o solucionado directamente sus diferencias .

Sin embargo, la definición que trae el artículo 2469 del Código Civil de la transacción sobre la base de que se trata de un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, ha sido criticada por inexacta y deficiente, por dos razones a saber: a) porque este negocio jurídico per se no crea obligaciones sino que las extingue y, b) porque en la definición legal no se incluyó expresamente el elemento de las “concesiones recíprocas de las partes”, que doctrina y jurisprudencia consideran que es en últimas el sello distintivo de esta figura¹⁰.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2011, expediente 28.281, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2011, expediente 28.281, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



A pesar de lo anterior, la definición de contrato estatal que establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹¹ incluye a todos los actos jurídicos “derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, por lo cual, puede considerarse que cuando la transacción es celebrada por una entidad estatal es un contrato estatal.

Adicional a lo anterior, la definición de transacción como contrato no conduce, necesariamente, a que este método de solución de conflictos tenga un proceso de contratación idéntico a otro tipo de contratos, por el contrario, la transacción, al tener regulación en la legislación civil, debe cumplir los presupuestos que se encuentran en dicha normativa, y adicionalmente, solo requerirá constar por escrito, para cumplir la solemnidad propia de los contratos estatales¹².

Así mismo, para el contrato de transacción no se requieren estudios previos, garantías u otros elementos propios de otro tipo de contratos. Sin que ello signifique que la Administración pueda arbitrariamente celebrar la transacción, desconociendo los principios de la función administrativa¹³.

La transacción solamente puede celebrarse entre las partes de un contrato que precaven un litigio eventual. Esta característica esencial hace que este contrato no esté sujeto a las modalidades de selección del contratista dispuestas por la Ley 1150 de 2007, pues si la entidad estatal tuviera la facultad de seleccionar directamente o a través de un proceso a su contraparte, se perdería el elemento esencial de la transacción, desnaturalizando el contrato.

Finalmente, el artículo 33¹⁴ de la Ley 996 de 2005 o ley de garantías restringe el uso de la modalidad de contratación directa para todos los entes del Estado, sin embargo, debido a

¹¹ “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”.

¹² Ley 80 de 1993 “artículo 39. De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública (...)”

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez: “Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.

“El procedimiento no puede confundirse con los principios que lo orientan, por esto, con justificada razón, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que, *“los principios de la contratación estatal son sustancialmente distintos a los simples y formales procedimientos administrativos de escogencia del contratista”*. Así mismo, ha dicho que *“El procedimiento es tan sólo un medio para garantizar los principios”*”

¹⁴ “Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado”.



que el contrato de transacción no corresponde a una contratación directa ni es causal para dicha modalidad esta restricción no le aplica.

3. Respuestas

I). Tratándose de controversias surgidas en contratos estatales la regla de transacción aplicable es la del artículo 176 del CPACA y no la del 313 del CGP. Los representantes de las entidades públicas son sus apoderados judiciales quienes requieren autorización de las autoridades enunciadas en el artículo 176 CPACA para finalizar el litigio pendiente vía transacción. La autorización mencionada no es requisito para transar obligaciones fuera del proceso judicial.

II). No existe regulación específica para la transacción en contratos estatales fuera del proceso judicial, por lo cual tampoco existe un procedimiento particular, sin embargo, el Consejo de Estado ha definido los elementos requeridos para lograr tal negocio jurídico, los cuales son: (i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; (ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y (iii) la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. De modo que durante cualquier etapa del contrato es posible suscribir el contrato de transacción, incluso luego de finalizado el plazo

III). La transacción es un contrato, que se rige por la normativa civil correspondiente y solamente requiere de consignarse por escrito para ser válido como contrato estatal. Este contrato no requiere estudios previos, garantías ni demás actividades de la fase precontractual. La transacción no puede considerarse como una forma de contratación directa y en consecuencia no está restringida por la ley de garantías.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original firmado
Fabián Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Felipe Muñoz Tocarruncho



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7958800 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co