**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.

[…]

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 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 erario público.

Para ilustrar mejor lo anterior, conviene señalar que la transacción se encuentra consagrada en varias disposiciones normativas 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. Como muestra de ello, el artículo 4, numeral 9, de dicho cuerpo normativo establece que las entidades estatales «Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista» y que «Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse». En otras palabras, es deber de las entidades estatales buscar la solución oportuna de las controversias, para evitar que estas cada vez se tornen más complejas. Con ello se logran reducir, en gran medida, los litigios y, por lo tanto, la congestión judicial. Además, la resolución rápida de una situación controversial impide que se incrementen los perjuicios de la parte afectada y que el Estado tenga que soportar condenas cuantiosas en el escenario jurisdiccional.

**COMITÉ DE CONCILIACIÓN – Competencia – Transacción**

Por otro lado, tal como lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto 1069 de 2015, el comité de conciliación «[…] es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad». Igualmente, el inciso segundo establece que el comité decidirá «[…] sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público».

Respecto a esto último, nótese que el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del decreto mencionado, no se limita a restringir la competencia del comité para decidir sobre la procedencia de la conciliación, sino que extiende sus decisiones a cualquier medio alternativo de solución de conflictos. Conforme se estableció *ut supra*, la transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, por lo que su procedencia debe ser determinada por el comité de conciliación, en virtud de la competencia atribuida a dicho comité por el artículo 2.2.4.3.1.2.2. *Ibídem.*

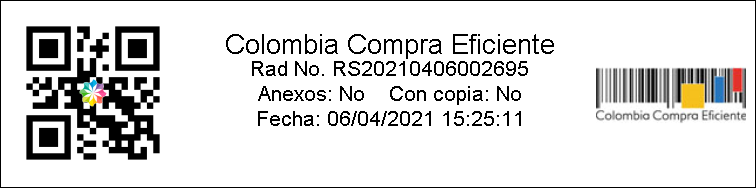
**SECOP – Deber de publicación –Principio de publicidad – Publicación - Transacción**

El principio de publicidad, consagrado en el artículo 209 superior, impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. Conforme ha manifestado la Corte Constitucional, el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se surtan conforme a la ley .

En el ámbito de la contratación estatal, el principio de publicidad ha sido desarrollado el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo literal c) se establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «[…] contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos», lo que supone un deber de dar publicidad a la actividad contractual pública, el cual ha sido reglamentado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

[…] No obstante, el análisis del deber de publicidad no se puede limitar al estudio del Decreto 1082 de 2015 y el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, debido a que tanto la Ley 1712 de 2014 como el Decreto 1081 de 2015, no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplían, para incluir la publicación de los «[…] procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los Documentos del Proceso expedidos por la «entidad estatal». Es decir, que la transacción al ser un mecanismo de resolución de conflictos que se relaciona con la gestión contractual deberá publicarse en el SECOP, pues de lo contrario se estaría vulnerando importantes principios de la transparencia y acceso a la información pública, como los de máxima publicidad para un titular universal , transparencia, facilitación y divulgación proactiva de la información.

Bogotá D.C., **06/04/2021 15:25:11**



Señor

**Santiago Posada Posada**

Medellín, Antioquia

**Concepto C ‒ 132 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | TRANSACCIÓN – Concepto – Requisitos / TRANSACCIÓN – Clases – Judicial y extrajudicial / TRANSACCIÓN – Contratación estatal – Procedencia / COMITÉ DE CONCILIACIÓN – Competencia – Transacción / SECOP – Deber de publicación –Principio de publicidad – Publicación – Transacción. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20210219001417 |

Estimado señor Posada:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 19 de febrero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas, con relación a la posibilidad de que entidades públicas suscriban contratos de transacción:

«¿Es jurídicamente viable que una entidad pública para precaver un litigio eventual por responsabilidad del Estado suscriba un contrato de transacción? ¿Qué normativa respalda esa posibilidad? ¿Debe someterse esto al comité de conciliación? ¿En caso de irregularidades en el contrato de transacción que medio de control puede usarse para demandarse? ¿Quién debe suscribir el contrato? ¿Debe publicarse en SECOP? ¿Qué requisitos adicionales debe cumplir esa transacción a más (sic) de los establecidos en el código civil?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tuvo la oportunidad de estudiar la procedencia de la transacción en la contratación estatal en el concepto C-807 del 29 de diciembre de 2021. En esta ocasión se reitera, en lo pertinente, la argumentación presentada en dicho concepto, adicionando unas precisiones conceptuales que tienen el fin de responder de manera concisa las preguntas elevadas por el peticionario.

Por otro lado, esta Agencia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los temas relacionados con el deber de publicidad de las entidades estatales en los procesos de contratación en los conceptos C-046 del 19 de febrero de 2020, C-095 del 16 de marzo de 2020, C-197 del 26 de marzo de 2020, C-170 del 6 de abril de 2020, C-172 del 6 de abril de 2020, C-176 del 6 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020 y C-015 del 29 de abril de 2020. Dichas ideas se unificaron en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, cuya posición se reitera en el presente concepto para dilucidar si es necesario publicar el contrato de transacción en la plataforma del SECOP I o SECOP II según corresponda.

**2.1. 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, 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[[1]](#footnote-2). Esto diferencia a la transacción 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 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[[2]](#footnote-3).

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[[3]](#footnote-4). 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[[4]](#footnote-5). 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.

En el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado[[5]](#footnote-6) y la doctrina[[6]](#footnote-7) 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 erario público.

Para ilustrar mejor lo anterior, conviene señalar que la transacción se encuentra consagrada en varias disposiciones normativas 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. Como muestra de ello, el artículo 4, numeral 9, de dicho cuerpo normativo establece que las entidades estatales «Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista» y que «Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse». En otras palabras, es deber de las entidades estatales buscar la solución oportuna de las controversias, para evitar que estas cada vez se tornen más complejas. Con ello se logran reducir, en gran medida, los litigios y, por lo tanto, la congestión judicial. Además, la resolución rápida de una situación controversial impide que se incrementen los perjuicios de la parte afectada y que el Estado tenga que soportar condenas cuantiosas en el escenario jurisdiccional.

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 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»[[7]](#footnote-8).

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 2.469 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 1.625, 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 regirán 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 (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»[[8]](#footnote-9).

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 de que haya un proceso judicial en curso, habrá lugar a la terminación anormal del mismo»[[9]](#footnote-10). Adicionalmente, se ha indicado que la transacción es un modo válido de llegar a acuerdos sobre los aspectos económicos del contrato estatal[[10]](#footnote-11), sin afectar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público[[11]](#footnote-12). Específicamente, el Consejo de Estado también ha concebido la transacción como un mecanismo óptimo para restablecer el equilibrio económico del contrato, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 4, numeral 9, de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-13).

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»[[13]](#footnote-14); es decir, el arreglo directo no puede «[…] mostrarse abiertamente desproporcionado». Este elemento también ha sido determinante para la justicia arbitral, pues se ha establecido que en el evento en el que se celebre un contrato de transacción donde no se pactan concesiones recíprocas entre las partes, se está ante una figura jurídica diferente a la transacción[[14]](#footnote-15), como por ejemplo una modificación de común acuerdo del contrato estatal.

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.

Así, con el fin de dar claridad sobre los eventos en los que no se está propiamente ante una transacción por falta de concesiones recíprocas, se presentan los siguientes ejemplos:

i) En un acuerdo donde el contratista acepte realizar obras no previstas inicialmente en el contrato y la entidad contratante reconozca el valor de estas, no se está ante un contrato de transacción, pues la entidad no está concediendo o renunciando a algo[[15]](#footnote-16).

ii) El reconocimiento de gastos adicionales en los que haya incurrido un contratista no corresponde al pacto de concesiones recíprocas, pues se trata simplemente de un reajuste para continuar con la ejecución del contrato[[16]](#footnote-17).

Por otra parte, aunque la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, es factible demandar su nulidad o rescisión, de conformidad a los artículos 2.476 a 2.482 del Código Civil, así como por las causales generales de nulidad previstas en los artículos 1.740 a 1.756 del mencionado Código. Teniendo en cuenta que el contrato de transacción se enmarca en la definición de contrato estatal – pues se trata de un acto jurídico generador de obligaciones celebrado por una entidad estatal[[17]](#footnote-18)-, el medio de control que se debe utilizar en este caso es la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 141 del CPACA[[18]](#footnote-19).

La suscripción de la transacción debe realizarla «[…] 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 ley»[[19]](#footnote-20). No obstante, el artículo 313 del Código General del Proceso, 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, solo aplica cuando la transacción se realiza en el trámite de un proceso jurisdiccional conforme lo determina el objeto del mismo Código General del Proceso.

**2.1.1. La competencia del Comité de Conciliación para conocer sobre la procedencia de la transacción.**

Por otro lado, se advierte que el peticionario indaga en torno a la necesidad de someter la decisión de celebrar un contrato de transacción a consideración del comité de conciliación de la entidad. Al respecto, son relevantes las disposiciones del Decreto 1069 de 2015, relativas a las competencias de los comités de conciliación, cuyo alcance se procede a precisar.

Lo primero que hay que decir sobre los comités de conciliación es que su funcionamiento, de conformidad con el artículo 2.2.4.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, es obligatorio para «[…] las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles»[[20]](#footnote-21), siendo facultativa la implementación de los comités de conciliación para el resto de las entidades de derecho público no previstas en el artículo.

Por otro lado, tal como lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto 1069 de 2015, el comité de conciliación «[…] es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad». Igualmente, el inciso segundo establece que el comité decidirá «[…] sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público».

Respecto a esto último, nótese que el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del decreto mencionado, no se limita a restringir la competencia del comité para decidir sobre la procedencia de la conciliación, sino que extiende sus decisiones a cualquier medio alternativo de solución de conflictos. Conforme se estableció *ut supra,* la transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter *autocompositivo*, por lo que su procedencia debe ser determinada por el comité de conciliación, en virtud de la competencia atribuida a dicho comité por el artículo 2.2.4.3.1.2.2. *Ibídem*.

En relación con lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el *Protocolo para la Gestión de los Comités de Conciliación*, trata aspectos relevantes sobre los comités de conciliación como lo son, entre otros, su funcionamiento en materia de conciliación y mecanismos alternativos de solución de conflictos. En dicho documento, se reconoce a la transacción como uno de los mecanismos que deben ser objeto de estudio y decisión por parte de los comités de conciliación, advirtiendo además que corresponde a las entidades estatales fijar directrices institucionales para la aplicación de cualquier mecanismo de arreglo directo como lo es la transacción[[21]](#footnote-22).

Respecto de la obligación de someter a conocimiento del comité de conciliación la procedencia de la transacción, también se ha pronunciado el Consejo de Estado, sosteniendo una postura acorde con lo aquí expuesto. Así, en sentencia del 11 de octubre de 2018 con ponencia de Roberto Augusto Serrato Valdés, se estableció lo siguiente:

Asimismo, [la Sala] reitera que entre las obligaciones del Comité de Conciliación, se encuentra la adopción de las decisiones respecto a la procedencia de cualquier medio alternativo de solución de conflictos, según lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del decreto 1069 de 2015 y por tanto, no puede restringirse su competencia únicamente a la conciliación sino respecto a todos los mecanismos de solución de conflictos y de terminación anticipada del proceso, cualquiera sea su modalidad, lo que incluye, entre otros, la transacción, la aprobación de la oferta de revocatoria directa de los actos administrativos que se hayan demandado ante la jurisdicción, la mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional, o el pacto de cumplimiento en acciones populares[[22]](#footnote-23).

Conforme a lo anterior, es posible concluir al ser la transacción un mecanismo alternativo de solución de conflictos, su procedencia debe ser evaluada y determinada por el comité de conciliación de la entidad que la pretenda implementar para precaver algún litigio. Esto en virtud de la competencia atribuida a estos entes colegiados, por el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto 1069 de 2015, para decidir sobre la procedencia de la generalidad de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

**2.2. La obligación de las entidades estatales de publicar el contrato de transacción en el SECOP para cumplir con el deber de publicidad.**

El principio de publicidad, consagrado en el artículo 209 superior, impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones. Conforme ha manifestado la Corte Constitucional, el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se surtan conforme a la ley[[23]](#footnote-24).

En el ámbito de la contratación estatal, el principio de publicidad ha sido desarrollado el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo literal c) se establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– «[…] contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos», lo que supone un deber de dar publicidad a la actividad contractual pública, el cual ha sido reglamentado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

Por otro lado, el artículo 74 de la Constitución Política establece que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley». Esta disposición constitucional consagra el derecho fundamental de acceso a la información y a la documentación pública, salvo causal de reserva expresamente prevista en la Ley. Este derecho fue regulado en la Ley 1712 de 2014, conocida como *Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional*. Dicha Ley establece el deberde *divulgación proactiva de la información* e indica que las entidades estatales deben publicar su información contractual –artículos 9, literales c, e y f; 10 y 11, literal g–. Tales artículos son reglamentados por los artículos 2.1.1.2.1.5 a 2.1.1.2.1.10 del Decreto 1081 de 2015, los cuales, en concordancia con artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, aluden al deber de las entidades estatales de publicar su información contractual en el SECOP [[24]](#footnote-25).

En el caso del contrato de transacción, esta Agencia considera que es necesaria su publicación en el SECOP para poder cumplir a cabalidad con el deber de publicidad consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

En primer lugar, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 al establecer la obligación de publicar en el SECOP la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, lleva a entender que la transacción al ser un contrato estatal en el que se utilizan este tipo recursos se deba publicar en dicha plataforma.

Además, de conformidad al artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, las entidades estatales tienen la obligación de publicar en el SECOP «[…] los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición […]». La expresión *Documentos del Proceso* está definida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, donde se establece que: «[…] son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación». Nótese que si bien el artículo 2.2.1.1.1.7.1. consagra una lista de los *Documentos del Proceso*, esta es enunciativa, puesto que el mismo artículo incluye dentro de estos «[…] cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el *Proceso de Contratación»*.

No obstante, el análisis del deber de publicidad no se puede limitar al estudio del Decreto 1082 de 2015 y el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, debido a que tanto la Ley 1712 de 2014 como el Decreto 1081 de 2015, no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplían, para incluir la publicación de los «[…] procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la «entidad estatal». Es decir, que la transacción al ser un mecanismo de resolución de conflictos que se relaciona con la gestión contractual deberá publicarse en el SECOP, pues de lo contrario se estaría vulnerando importantes principios de la transparencia y acceso a la información pública, como los de máxima publicidad para un titular universal*[[25]](#footnote-26)*, transparencia, facilitación y divulgación proactiva de la información*[[26]](#footnote-27)*.

**2.3. Límites al deber de divulgación proactiva de la información en la contratación estatal. Habeas data y política de transparencia**

Sin perjuicio de lo expresado en el numeral anterior, vale la pena aclarar que el cumplimiento del deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen. Lo anterior significa que, respecto de datos sensibles, información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose, de ser el caso, de publicar *Documentos del Proceso*, o las partes pertinentes en las que se evidencie este tipo de información. Para dichos eventos, la plataforma SECOP II, antes de publicar las ofertas, brinda a las entidades la opción de calificar dicha información como confidencial, lo cual impide que los documentos se publiquen.

En otras palabras, por más de que el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, *prima facie,* como información pública, cuando dicha documentación contenga datos sensibles, operan algunas restricciones a su publicidad. Sin embargo, esto no necesariamente convierte el documento completo en reservado, es decir, en un documento que no puede publicarse.

El enunciado constitucional, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Así mismo, hay información que goza de protección especial y no puede divulgarse. La información pública que contiene datos semiprivados o privados, definidos en los literales g) y h) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008, clasificados o reservados, según los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, o datos personales o sensibles, según lo previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley 1581 de 2012 y en el numeral 3° del artículo 3° del Decreto 1377 de 2013, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas. Pero esto no quiere decir que todo el documento se convierta en reservado, sino que se debe proceder como se indica a continuación.

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial, tal como sucede con el contenido de la hoja de vida o el contrato de transacción, que involucre información relacionada con los derechos a la privacidad e intimidad de las personas[[27]](#footnote-28).

Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal deberá excluir del documento entregado por el proponente en el procedimiento contractual la información que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar las demás piezas de la oferta o los apartados que no gozan de reserva o que no están protegidos por las disposiciones de habeas data. En consecuencia, la entidad contratante al momento de recibir información sujeta a reserva legal o cuyo contenido involucre datos sensibles, deberá abstenerse de publicarlos en el SECOP y por consiguiente tendrá que incorporarlos en un cuaderno separado en los términos del tercer inciso del artículo 36 del CPACA[[28]](#footnote-29).

**3. Respuestas**

¿Es jurídicamente viable que una entidad pública para precaver un litigio eventual por responsabilidad del Estado suscriba un contrato de transacción? ¿Qué normativa respalda esa posibilidad? ¿Debe someterse esto al comité de conciliación? ¿En caso de irregularidades en el contrato de transacción que medio de control puede usarse para demandarse? ¿Quién debe suscribir el contrato? ¿Debe publicarse en SECOP? ¿Qué requisitos adicionales debe cumplir esa transacción a más (sic) de los establecidos en el código civil?

La suscripción de un contrato de transacción por parte de una entidad estatal para precaver o poner fin a un litigio es jurídicamente viable. Esta facultad ha sido reconocida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, además en la Ley 80 de 1993, se evidencian varias disposiciones que consagran este –Art. 4. 9; 25.5 y 60–. Además de los requisitos establecidos en el Código Civil y la jurisprudencia, cuando la transacción la celebra una entidad estatal, deberá hacerse por escrito, al estar los contratos estatales revestidos de tal solemnidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

Aunque la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, es factible demandar su nulidad o rescisión, de conformidad a los artículos 2476 a 2482 del Código Civil, así como por las causales generales de nulidad previstas en los artículos 1740 a 1756 del mencionado Código. Teniendo en cuenta que el contrato de transacción se enmarca en la definición de contrato estatal – pues se trata de un acto jurídico bilateral generador de obligaciones celebrado por una entidad estatal-, el medio de control que se debe utilizar en este caso es el de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA.

La transacción la debe suscribir el representante legal de la entidad, pues es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente. Lo anterior sin perjuicio de la autorización que se debe solicitar en los términos del artículo 313 del Código General del proceso, que exige dispone que los representantes de la nación, departamentos y municipios cuenten con autorización expresa para transigir por parte del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso.

Teniendo en cuenta que el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto 1069 de 2015, no se limita a restringir la competencia del comité de conciliación para decidir sobre la procedencia de la conciliación, sino que extiende sus decisiones a cualquier medio alternativo de solución de conflictos, se considera que la transacción al ser mecanismo alternativo de solución de conflictos, su procedencia debe ser sometida a consideración del comité de conciliación.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, literal c) de la Ley 1150 de 2007, 9 literal e), 11 literal g) de la Ley 1712 de 2014, el contrato de transacción debe ser publicado en el SECOP, en los términos dispuestos en los artículos 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

Lo anterior sin perjuicio de que en el evento en el que el contrato de transacción o sus anexos contengan datos sensibles o información reservada, la entidad estatal deba abstenerse de publicar en el SECOP dicha información. A los documentos que contengan tal información, se les deberá dar el tratamiento indicado en el artículo 36 del CPACA, que señala que deben ser incluidos en cuaderno separado.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres Rojas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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%20%20de%20soluci%C3%B3n%20de%20conflictos%20en%20Colombia%20+%20MASC.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
2. 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.

   »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». [↑](#footnote-ref-3)
3. 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». [↑](#footnote-ref-4)
4. «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». [↑](#footnote-ref-5)
5. 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. [↑](#footnote-ref-6)
6. CARRILLO, Fernando y GÓMEZ, Iván. En: Procuraduría General de la Nación, Op. Cit., pp. 53-60. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2591 [↑](#footnote-ref-8)
8. 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. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 25 de octubre de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 64.054. [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 38.603. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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. [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 14 de febrero de 2019. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 60.049. [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 28.067. [↑](#footnote-ref-14)
14. Laudo arbitral. Tren de Occidente S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 14 de febrero del 2014. En palabras del Tribunal «En cualquier caso, la simple renuncia de un derecho por una de las partes sin contraprestación de la otra, no configura un contrato de transacción, sino una categoría contractual diversa.» [↑](#footnote-ref-15)
15. Veáse: Laudo arbitral. Tren de Occidente S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 14 de febrero del 2014. [↑](#footnote-ref-16)
16. Veáse: Laudo arbitral. Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. contra Refinería de Cartagena S.A. Laudo del 28 de noviembre de 2018. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ley 80 de 1993. Artículo 32. [↑](#footnote-ref-18)
18. El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 consagra lo siguiente: «Artículo 141. Controversias Contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley […]» [↑](#footnote-ref-19)
19. Laudo arbitral. Tren de Occidente S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 14 de febrero del 2014. [↑](#footnote-ref-20)
20. El artículo 2.2.4.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 dispone: «Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles.

    »Estos entes pondrán en funcionamiento los comités de conciliación, de acuerdo con las reglas que se establecen en el presente decreto.

    »Parágrafo único. Las entidades de derecho público de los demás órdenes podrán conformar comités de conciliación. De hacerlo se regirán por lo dispuesto en el presente decreto». [↑](#footnote-ref-21)
21. El numeral 4.1. del «Protocolo para la Gestión de los Comités de Conciliación» de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado establece la siguiente recomendación: «4.1. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto». [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 11 de octubre de 2018. Rad. 17001-23-33-000-2016-00440-01. C. P. Ponente. Roberto Augusto Serrato Valdés. [↑](#footnote-ref-23)
23. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: «El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el «principio de publicidad», el cual se evidencia en dos dimensiones.

    »La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley». Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-24)
24. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-25)
25. Ley 1712 de 2014 «Artículo 2°. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-26)
26. Ley 1712 de 2014 «Artículo 3°.Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública. En la interpretación del derecho de acceso a la información se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios:

       »[…]

        »Principio de facilitación. En virtud de este principio los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.

       »[…]

       » Principio de la divulgación proactiva de la información. El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros […]». [↑](#footnote-ref-27)
27. Ley 1437 de 2011 «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

    […]

    »3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.» [↑](#footnote-ref-28)
28. Ley 1437 de 2011 «Artículo 36. Formación y examen de expedientes

    […]

    » Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.» [↑](#footnote-ref-29)