

CONCEPTO 59460 DE 2022

(septiembre 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Cordial saludo,

En respuesta a su comunicación con radicado 50-9-2022-003386 NIS 2022-02-234682- del 22 de junio de 2022, mediante la cual solicita concepto jurídico sobre las facultades de los subdirectores de centro para suscribir contratos de transacción en los procesos contractuales, se señala lo siguiente:

En su comunicación de consulta señala:

“Por medio de la presente solicitamos se emita concepto o se indiquen las directrices o normatividad (si existe) acerca de las facultades de los subdirectores de centro, para suscribir contratos de transacción derivados de los procesos contractuales del respectivo centro.

Para ilustrar la respuesta, el caso concreto que nos atañe corresponde a un contrato de compraventa que feneció el plazo de ejecución y dentro del plazo previsto no se efectuó la entrega de los bienes objeto del contrato; de esta manera se pretende adelantar el trámite del proceso sancionatorio administrativo. No obstante, se recibe la solicitud del contratista de suscribir un contrato de transacción por cuanto ya cuenta con los bienes para entregar al SENA.

De esta manera, el contrato de transacción como MASC, ha definido CCE que el mismo aunque no esté reglado en la Ley [80](#) de 1993, es aplicable a la contratación estatal.

En consecuencia, se requiere establecer si los subdirectores de centro, como ordenadores del gasto, están facultados para suscribir los contratos de transacción, si es afirmativa la respuesta, conocer cuáles son las disposiciones del SENA que lo facultan; en el evento que no se encuentren facultados, se nos indique cuál es el procedimiento para suscribir un contrato de transacción que busca poner fin a un posible litigio”

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente aclarar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En ese sentido no son vinculantes y están supeditados a facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

Toda vez, que la situación planteada, es un evento particular sobre un contrato específico, no es posible pronunciamiento alguno sobre el caso concreto, por lo tanto, lo planteado en el presente concepto se abordará en forma general.

PRECEDENTES NORMATIVOS

- Ley [80](#) de 1993.

- Ley [1150](#) de 2007

- Ley [1474](#) de 2011.

- Resolución No. [069](#) de 2014. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

- Resolución No. [1522](#) de 2004. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

ANÁLISIS JURÍDICO

El estatuto contractual público, particularmente la Ley 80 de 1993 en sus artículos [2](#) y [11](#) establece la competencia objetiva y subjetiva (respectivamente) en contratación estatal. Para el caso particular del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, la competencia en materia de contratación estatal radica en el Director General de la entidad.

No obstante, lo señalado, el ordenamiento jurídico permite que el ejercicio de la competencia pueda ser delegada total o parcialmente en los servidores públicos que ostentan posiciones de carácter directivo.

Es así como mediante Resolución [069](#) de 2014 “Por la cual se dictan medidas de orden administrativo y se confieren delegaciones para la ordenación del gasto en materia de contratación estatal y para diferentes actuaciones administrativas en los Directores Regionales y en los Subdirectores de Centro de Formación Profesional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”, emanada de la Dirección General se dispuso que:

“Artículo [8o.](#) DE LA DELEGACIÓN PARA LA ORDENACIÓN DEL GASTO Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN LOS CENTROS DE FORMACIÓN PROFESIONAL. Delegar en el Subdirector de cada Centro de Formación Profesional, la competencia para la ordenación del gasto de su Centro de Formación, la realización de los procesos de selección, la celebración de contratos, la ejecución y la liquidación de aquellos que así lo requieran para el normal desarrollo de las funciones administrativas y misionales, independiente de la naturaleza y cuantía.

(...)

Artículo [9o.](#) Delegar en los Subdirectores de Centro, la ordenación del gasto y la competencia para dirigir y adelantar todas y cada una de las etapas inherentes a los procesos contractuales y celebrar los contratos de los instructores en el área de su jurisdicción, de conformidad con los trámites y procedimientos que rigen la materia y las reglamentaciones expedidas para el efecto.

Parágrafo. Las delegaciones conferidas en este artículo comprenden: Dirigir y adelantar los procesos de selección; la adjudicación; la celebración de contratos, modificación, suspensión, adición, prórroga, terminación, liquidación, imposición de sanciones y los demás actos inherentes a la actividad contractual, tales como declaratoria de incumplimiento, decisión de recursos y los que adopten soluciones a las controversias contractuales. (subrayas fuera del texto)

Igualmente, en el Manual de Contratación Administrativa de la entidad (disponible en <https://www.sena.edu.co/es-co/transparencia/Paginas/Manual-de-contratacion.aspx>), y en consonancia con los mandatos legales se establece:

“1.3.1.2. FACULTADES DEL ORDENADOR DEL GASTO

Son facultades del servidor público Ordenador del Gasto: La realización y dirección de los procedimientos de selección, la adjudicación o declaratoria desierta, la celebración del contrato,

sus prórrogas, modificaciones y actos administrativos que se requieran expedir dentro de la ejecución del mismo, la aprobación de las garantías, la terminación del contrato, la imposición de multas, la aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común, como la declaratoria de incumplimiento y caducidad, la liquidación, tanto bilateral como unilateral, y las demás actuaciones inherentes a la actividad contractual. En los casos en que el servidor público actúe por delegación, sus funciones se limitan al marco señalado en el acto que le confiere la delegación.”

Así las cosas, los Subdirectores de Centro de Formación cuentan con las facultades que le son propias en su condición de “Ordenador del Gasto” (según delegación) en el desarrollo de los procesos contractuales en todas las etapas, esto es, la precontractual, contractual y poscontractual.

Al respecto vale la pena traer a colación lo expresado por la Dirección Jurídica, en Concepto [34799](#) de 2018, que, respecto a la transacción en la contratación estatal, expuso:

“4. TRANSACCIÓN Y CONTRATACIÓN ESTATAL

Los contratos estatales, independientemente de su tipología, se han distinguido por sus constantes problemas jurídicos ocasionados por imprevistos, incumplimientos y, en general, por innumerables circunstancias que afectan la terminación pacífica, oportuna y satisfactoria de los propósitos pretendidos al celebrarse y ejecutarse el contrato, con la delicada ordenación del gasto que ello conlleva.

El artículo [68](#) de la Ley 80 de 1993 establece que tanto las entidades como los contratistas buscarán “solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”, señalándole a las partes la necesidad de acudir al empleo de los mecanismos directos para la resolución de conflictos, tales como la conciliación, la transacción y la amigable composición.

Sobre la transacción se debe decir que el artículo [2469](#) del Código Civil, aplicable a los acuerdos estatales, la define como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, incluyéndose en las disposiciones subsiguientes una serie de requisitos más bien sencillos para materializar esta valiosa herramienta.

En este escenario contractual es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

- El contrato de transacción es accesorio al contrato estatal que se encuentra en problemas y, en consecuencia, el primero sigue la suerte del segundo.
- Conforme lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el contrato de transacción no es atentatorio del orden jurídico ni configura una amenaza o violación de los derechos colectivos como son, entre otros, el patrimonio público o la moralidad administrativa.
- Las partes pueden suscribir una transacción aun finalizado el plazo del contrato principal, por cuanto, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, estas gozan de amplias posibilidades que impliquen, también, nuevas obligaciones sin buscar que la liquidación se convierta en un medio para que los plazos del contrato estatal sean burlados.
- La administración pública no contrata para litigar ni para acudir a los estrados judiciales de manera permanente y continua, sino para satisfacer sus fines, siempre y cuando los principios de

transparencia, responsabilidad, economía, prevalencia del interés público y la protección de los recursos estatales sean los límites a observar, para con ello, evitar irregularidades objeto de sanción disciplinaria, penal o fiscal.

- En un escenario de ponderación y serenidad gerencial resulta importantísimo que, en cada caso concreto, los representantes legales de las instituciones estatales revisen las consecuencias de una terminación unilateral, de una caducidad, o de una declaratoria de incumplimiento, que siempre conllevará a escenarios inciertos en la Rama Jurisdiccional del poder público, sin la obtención oportuna de los trabajos contratados, cuando, por otro lado, hay vías expeditas que en ciertos y particulares momentos se pueden adoptar mediante esta utilísima figura de la transacción, que, con un mínimo de extensión en el tiempo de ejecución contractual y su correspondiente compensación económica para la administración, podría superar enormes dolores de cabeza en el mediano y en el largo plazo[39].

Finalmente, Colombia Compra Eficiente, con el enunciado “El contrato de transacción como figura para precaver un litigio no vulnera los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público”, señaló:

- No toda regulación aplicable al contrato estatal está desarrollada en la ley [80](#) de 1993, de modo que lo no previsto en ella habrá de atenerse a lo dispuesto en las normas de derecho privado. Entonces no es de recibo, en el evento, las afirmaciones del actor, según las cuales, el Alcalde al celebrar un contrato de transacción violó los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

- La transacción, que el Código de Procedimiento Civil identifica como una de las formas de terminación anormal del proceso, es a la vez una manera civilizada y pacífica de finiquitar de modo total y vinculante los litigios judiciales y extrajudiciales, o al menos de reducirlos en cuanto a su contenido litigioso, porque como bien lo autoriza el artículo [340](#) del Código de Procedimiento Civil, la transacción puede versar sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre una parcialidad de las mismas, bien por el contenido de su objeto, ora por el aspecto subjetivo, o sea porque sólo se celebra entre algunos de los litigantes, siempre y cuando no se esté en presencia de un litisconsorcio necesario.”

Sin embargo, las facultades y competencias de acuerdo con la Resolución [069](#) de 2014, no son extensivas a las competencias propias del Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, quién es el único que puede definir, si en determinado caso es posible conciliar o efectuar una transacción.

Así las cosas, los ordenadores del gasto y en el caso particular de los Subdirectores de Centro de Formación no les corresponde llegar a acuerdos conciliatorios ni transaccionales con los contratistas, salvo cuando se cuenta con la respectiva autorización del Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

Sobre este particular, se recuerda que la entidad ya se había pronunciado mediante Concepto [7419](#) de 2017, en lo que se resalta:

“De acuerdo a lo anterior la Resolución [1522](#) de 2004, “por medio de la se establece el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena”, cita en su artículo tercero:

“(…)

5. Determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas, procedimentales y de control vigentes, y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuarán en las audiencias de conciliación y demás procedimientos objeto de la decisión.

(...)

Aquí podemos señalar que Así mismo, en la Resolución 393 de 2017, en el artículo [5](#) de las funciones del Grupo de Procesos judiciales, conciliaciones, se contempla, para el caso que nos ocupa:

“(...)

9. Recepcionar y atender las solicitudes presentadas para someterlas a decisión del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección General del SENA.”.

(...)

De acuerdo con las funciones anteriormente mencionadas, es preciso indicar que el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, son competentes para participar dentro de la transacción y pronunciarse sobre el mismo.

Así también, el artículo ARTÍCULO [120](#). Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones establece: (...) 4. 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.

Igualmente, es necesario indicar que la transacción hace parte de los asuntos susceptibles de conciliación, conforme lo señala el artículo [7](#) de la Ley 2220 de 2022. “ARTÍCULO [7](#). Asuntos conciliables. Serán conciliables todos los asuntos que no estén prohibidos por la ley, siendo principio general que se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y los derechos de los cuales su titular tenga capacidad de disposición. (...)”

En ese orden de ideas, considerando las disposiciones vigentes y las que dieron el soporte normativo que dio lugar a los conceptos citados se encuentra vigente, salvo el aparte citado del artículo [68](#) de la Ley 80 de 1993, el cual resulta indiferente frente a la conclusión jurídica del Concepto [34799](#) de 2018, las apreciaciones allí incorporadas en los dos conceptos citados continúan vigentes, excepto en lo que hace referencia con el artículo [2](#) de la Resolución 1381 de 2013. Por ello, conforme a lo expuesto se debe diferenciar que, una cosa es que, desde las diferentes regionales del SENA, se hagan las solicitudes de conciliación, transacción o de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos para estudio del comité de conciliación del SENA, y otra muy diferente que los Subdirectores y demás Ordenadores del Gasto puedan arrogarse competencias que no les corresponden, como decidir si aceptan efectuar un contrato o acuerdo de transacción con los contratistas.

Ahora bien, en el evento que se requiera del estudio por parte al Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, antes de tal solicitud, se deberá estudiar legal y jurídicamente si el contrato de transacción cumple con los requisitos estipulados por la ley, tal y como se describe adelante.

DEL CONTRATO DE TRANSACCION EN LOS CONTRATOS ESTATALES

El artículo [4](#) de la Ley 80 de 1993, establece los “Derechos y Deberes de las Entidades Estatales” y allí señala:

“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

(...)

6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

(...)

9o. 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. 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.”

La transacción es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que se define, de acuerdo con el artículo [2469](#) del Código Civil, como “un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Del contenido del citado artículo, se desprenden los siguientes elementos:

1. Existencia de un derecho dudoso o una relación jurídica incierta (sometida o no a litigio).
(resaltado propio)

2. Intención y voluntad de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, en forma extrajudicial.

3. Eliminación o extinción convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. El efecto extintivo de la transacción así configurado ostenta el carácter de cosa juzgada, al tenor de lo preceptuado en el artículo [2483](#) del Código Civil.

Ahora bien, si los anteriores elementos se cumplen los efectos del negocio jurídico son los siguientes:

1. La transacción produce el efecto de cosa juzgada.

2. No produce efectos sino entre los contratantes.

3. La transacción consentida por una de las partes del negocio no perjudica ni aprovecha a los otros.

4 Si se trata de transigir efectos del contrato debe pronunciarse únicamente sobre los económicos.

5. La renuncia de todo derecho, acción o pretensión debe comprender los derechos derivados del objeto u objetos sobre que se transigen.

Por su parte la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en concepto de fecha 17/10/2019, bajo el radicado 2201913000007769, (disponible en <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/4201913000005082>) en relación con la transacción, sostuvo:

“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.”

En el mismo sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado que, a través de la Sentencia del 12 de agosto de 2019, de la Subsección A, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 38603, Consejera Ponente María Adriana Marín, en relación con la transacción sostuvo:

“TRANSACCIÓN / CONTRATO DE TRANSACCIÓN / EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN / COSA JUZGADA / TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL.

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. // FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO [2469](#) / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO [2483](#) TRANSACCIÓN JUDICIAL CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Requiere autorización / TERMINACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE TRANSACCIÓN / MECANISMOS DE SOLUCIÓN DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

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. (...) 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 contenciosa administrativa, y permite que, por vía de acuerdo, las partes directamente acudan a esta figura cuando surjan las diferencias, sin la intervención de terceros.

NOTA DE RELATORÍA: Referente a la transacción como mecanismo para la resolución de conflictos, consultar sentencia de 28 de febrero de 2011, Exp. 28281, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. // FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO [218](#) / LEY [80](#) DE 1993 - ARTÍCULO [68](#) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

En relación con esta figura, se han identificado tres elementos constitutivos de la transacción: (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. (resaltado fuera del texto)

Alineado a ello, se encuentran la Sentencia del 28 de mayo de 2015 de la Sección Tercera, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con Consejero Ponente, Dr. Ramiro de Jesús Pazos, con radicación No. 26137, a propósito de la transacción señaló:

“TRANSACCION - Definición, noción, concepto De acuerdo con el contenido del artículo [2469](#) del Código Civil la transacción es un contrato mediante el cual las partes dan por terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, por lo que es considerado como un mecanismo de solución directa de controversias, en el que las partes llegan a un arreglo

amigable sobre un conflicto existente, ya sea de un conflicto que se encuentra en curso ante una autoridad judicial o que aún no ha sido sometido a su consideración. Debido a la naturaleza autocompositiva de este medio de terminación de conflicto es evidente que dicho acuerdo consensual debe estar fundado en concesiones recíprocas de las partes inmersas en el conflicto, pues no puede considerarse que existe una transacción cuando simplemente una de las partes renuncia a sus derechos mientras la otra hace imponer los suyos, consideración que resulta apenas razonable si se tiene en cuenta que las obligaciones adquiridas en el contrato de transacción surgen de un acuerdo libre y voluntario entre las partes con el fin de dar por terminada una controversia de la mejor manera posible. Además, se encuentra que el artículo [340](#) del Código de Procedimiento Civil regula el trámite de la transacción como forma de terminación anormal del proceso. NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver la sentencia de 28 de febrero de 2011, exp. 28281” (resaltado fuera del texto)

De lo expuesto se concluye que, el contrato de transacción será aplicable siempre y cuando se cumplan los supuestos normativos que ha concretado la jurisprudencia y que resalta la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente. Por ende, en el evento que se venza el plazo del contrato, y el contratista pretenda entregar los bienes o servicios que debió cumplir dentro del plazo estipulado, esta situación no es posible que sea objeto del contrato de transacción pues, desconoce los requisitos de la figura jurídica; a su vez, el responsable de tal contratación podría entrar en un desconocimiento de los mandatos Constitucionales y legales a los que los servidores públicos están obligados, como es el de aplicar las prerrogativas que brinda el ordenamiento jurídico para sancionar a aquellos que no cumplen con el acuerdo negocial estatal, tal y como lo dispone el artículo [86](#) de la ley 1474 de 2011.

La no entrega de los bienes o servicios dentro del plazo pactado no comporta en absoluto un derecho dudoso, (imperativo de la transacción), por el contrario, lo que implica tal actuar, es que el derecho de la entidad estatal y los destinatarios de los bienes y servicios contratados se vea afectado por incumplimiento del contratista.

En ese sentido, no queda al arbitrio de ningún servidor público responsable del proceso contractual, omitir el inicio el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley [1474](#) de 2011, cuando vencido el plazo contractual no se recibió a satisfacción los bienes y servicios contratados, ni mucho menos buscar mecanismos alternativos de solución de conflictos cuando que no se presentan los respectivos supuestos normativos.

DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL.

El artículo [3](#) de la Ley 80 de 1993 dispone:

”DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. // Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Sobre este particular el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 28 de noviembre de 2019, expediente 36600 (Rad. 110010326000200900034 00), con Consejera Ponente Dra. María Adriana Marín, señaló:

“Es bien sabido que los contratos estatales son un medio del que se valen las entidades públicas para la obtención de bienes, obras y servicios, que se requieren para el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos –art. 3, Ley 80 de 1993-, y, como todo contrato, son acuerdos de voluntades generadores de obligaciones, de los que surgen prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, tendientes a satisfacer las aspiraciones que las llevaron a celebrar el respectivo negocio jurídico: el objeto contractual, para la entidad, y el precio, para el contratista.

En relación con la finalidad de los contratos estatales, ha dicho la doctrina que “(...) el motivo determinante es el fin que se trata de satisfacer o lograr, es decir, la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concertación del contrato. La finalidad, como elemento del contrato administrativo, consiste en el fin último que se persigue con él, esto es, el interés público, que no es genérico, ya que varía de uno a otro contrato según el fin particular a que responde cada uno, conforme a la ley”.

Y es precisamente esa finalidad de satisfacción del interés general, que está inmersa en toda contratación del Estado, la que, de manera directa o indirecta, se encuentra en juego en los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, que por lo tanto están interesadas en lograr la obtención del bien, obra o servicio de que se trate el respectivo contrato.

(...)

En palabras de la doctrina, “(...) la verdad es que los acreedores ex contrato tienen tres opciones: la de pedir la ejecución coactiva, o la de solicitar la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, o la de pedir esta indemnización independientemente, cuando la ejecución ya no les interese o se haya hecho imposible por culpa del deudor, o cuando la resolución del contrato no les reporte otro beneficio que el de poder enervar las acciones en su contra”.

Es claro entonces, que la principal consecuencia del incumplimiento contractual, que recae sobre la parte incumplida –más allá del cumplimiento compulsivo de la obligación al que se ve expuesta, o de la resolución del contrato, a elección del acreedor-, es el surgimiento del deber de indemnizar los perjuicios ocasionados a su cocontratante, quien deberá acudir al juez del contrato para que éste determine la existencia del alegado incumplimiento y la extensión y monto de los perjuicios a que haya lugar a condenar.” (resaltado propio)

Conforme a lo expresado, el fin último de los contratos estatales es su cumplimiento, por ello es que el ordenamiento jurídico ha dotado a las entidades estatales sometidas al estatuto contractual pública de disposiciones legales que le permitan en uso de sus prerrogativas tomar medidas preventivas, correctivas y sancionatorias respecto a los contratistas incumplidos.

DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ARTICULO [86](#) DE LA LEY 1474 DE 2011 Así entonces se tiene que el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, enmarca el procedimiento que deben seguir las entidades estatales con los propósitos antes señalados, así:

“Artículo [86](#). IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” (resaltado propio)

De la norma en cita, se advierte la responsabilidad de las entidades públicas de desarrollar el procedimiento para declarar el incumplimiento del contrato estatal, cuantificando el perjuicio e imponiendo multas y sanciones, e incluso para hacer efectiva la cláusula penal, con la cual se pretende sancionar al contratista incumplido. Así las cosas, una vez iniciado el procedimiento establecido en el artículo [86](#) del estatuto anticorrupción, el mismo solo puede terminar con una de dos decisiones: una declarando incumplimiento y en este caso hacer efectiva la cláusula penal (en caso de que esté pactada) o dos terminar el procedimiento si y solo si se advierte cesación de la situación de incumplimiento.

Retomando lo expresado en la citada Sentencia del Consejo de Estado del 28 de noviembre de 2019, expediente 36600 (Rad. 110010326000200900034 00), sobre el proceso sancionatorio en materia de contratación pública:

.“A partir de esta disposición, al lado de la facultad excepcional de declarar la caducidad del

contrato, surge también la posibilidad de la entidad contratante de declarar su incumplimiento para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, lo que puede hacer directamente la entidad, mediante la compensación con las sumas debidas al contratista, el cobro de la garantía correspondiente, o ejecutivamente para obtener su pago.

De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.”

Vale la pena traer a colación apartes de la Sentencia C-499 de 2015, pronunciada por la Corte Constitucional a propósito del espíritu del artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, así:

“4.5.1.2. La finalidad de los contratos estatales afecta de manera directa tanto los derechos como los deberes de las entidades estatales y de los contratistas, que tienen una regulación diferente. Dado que la entidad estatal es la principal responsable de cumplir con los fines esenciales del Estado y, por tanto, la que dispone de recursos públicos, su tarea frente a la celebración y a la ejecución de los contratos implica una responsabilidad especial, que va mucho más allá de la mera responsabilidad contractual, y que puede comprometer la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal de los servidores públicos involucrados. Los contratistas, si bien no son ajenos a los fines de los contratos estatales, tienen otros intereses, como los que corresponden a su remuneración, a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato, etc.

(...)

4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.5.3.3. Al ser legítimos tanto los fines perseguidos como el medio empleado por la expresión demandada, resta por establecer si el medio es adecuado para conseguir el dichos fines. La cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal, que es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de

dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto representa una herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas”.

El fin del artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, es establecer el procedimiento que permita garantizar el debido proceso, para declarar el incumplimiento y sancionar aquellos contratistas que no cumplieron con las obligaciones adquiridas en virtud de un contrato estatal. Como quedó dicho, el fin contempla la declaración del incumplimiento, el cobro de los perjuicios, la imposición de sanciones, e incluso la exigibilidad de la cláusula penal. Vale la pena indicar que, la declaratoria del incumplimiento puede dar lugar al establecimiento de inhabilidades como lo plantea el artículo [90](#) ibidem.

Por su parte el artículo [6](#) de la Ley 1150 de 2007 dispone:

“DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. (...)

6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señaladas por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta. (...) “ (negritas y subrayas propias)

Así entonces, es responsabilidad de los Subdirectores y demás Ordenadores del Gasto, teniendo el sustento legal y probatorio, iniciar procedimiento de incumplimiento, con miras a salvaguardar el patrimonio público y la satisfacción de las necesidades públicas, así como los principios de eficiencia, celeridad, moralidad administrativa, entre otros. La inobservancia de esta responsabilidad podrá acarrear las correspondientes investigaciones disciplinarias, fiscales y penales acorde con las normas vigentes.

De esta manera fue expresado por la H. Corte Constitucional en el pronunciamiento expuesto, cuando señala en relación con el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011 que esta es “una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita (...)” y su infracción puede “comprometer la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal de los servidores públicos involucrados”

Vale la pena señalar que, acorde con la normatividad y la jurisprudencia expuesta, ante el incumplimiento contractual no puede concluirse la concurrencia de las condiciones establecidas para la procedencia de la transacción, dado que no existe un derecho dudoso, todo lo contrario, existe un contrato estatal debidamente formalizado que contempla una prestación a favor de la administración, esto es un título susceptible de ser ejecutado. En este sentido, mal haría la administración provocando una transacción cuando se está ante la existencia de un contrato estatal que concede la certeza de la prestación debida a favor de la Entidad pública.

CONCLUSIÓN

Los Subdirectores de los Centros de Formación del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, cuentan con todas las facultades y competencias en el desarrollo de los procesos contractuales en todas y cada una de las etapas de la contratación estatal, según delegación efectuada por el Director General a través de la Resolución [069](#) de 2014.

No obstante, dado que la Transacción está concebida como un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, y conforme lo establece la Resolución No. [1522](#) de 2004 “por medio de la se establece el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena”, al interior de esta Entidad, corresponde al Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación o “cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas procedimentales y de control vigentes, y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuarán en las audiencias de conciliación y demás procedimientos objeto de la decisión”, resulta absolutamente claro que la competencia para determinar la procedencia y condiciones o parámetros para efectuar un acuerdo o contrato de transacción, está en cabeza de este Comité.

Así las cosas, no puede el Representante Legal de la entidad o sus delegados asumir atribuciones para definir autónomamente las condiciones para el desarrollo de la transacción, si bien podría estar facultados para suscribir el contrato, la suscripción del mismo tiene como condicionante la existencia de la decisión del Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del SENA, que determine la procedencia del mecanismo y los parámetros para su concreción. Obrar en sentido contrario implicaría las eventuales investigaciones disciplinarias, penales, etc., por extralimitación en el ejercicio de las funciones por parte del Representante Legal de la Entidad, sus delegados o apoderados.

Insistimos, a su vez que, para la procedencia de la transacción es fundamental determinar las circunstancias específicas del caso en concreto, dado que el contrato de transacción requiere de la existencia de unas condiciones específicas que son de obligatoria observancia, tal como lo ha expresado la misma ley, la jurisprudencia y la doctrina que ha emitido la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, esto es:

- la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio;
- la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y
- la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas

Ahora bien, conforme la situación someramente expuesta en la solicitud, teniendo en cuenta que si al vencimiento de plazo el contratista no cumple con la entrega de bienes o servicios pactados, le corresponde al ordenador del gasto iniciar el procedimiento administrativo de incumplimiento contractual y tomar las decisiones que permite el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, adicionalmente, el Contrato constituye un título ejecutivo con el cual existe certeza sobre la prestación debida a favor del Estado y que el contratista no cumplió.

En ese sentido, no queda al arbitrio de los subdirectores y demás ordenadores del gasto de la entidad, optar por iniciar el incumplimiento del contrato o subsidiariamente buscar alguna forma alternativa de solución de conflictos, más aún, cuando resulta inviable presentar para estudio del comité de conciliación de la entidad, una solicitud de transacción, cuando el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista en el extremo temporal pactado, no implicaría en absoluto,

un derecho dudoso.

El plazo pactado en el contrato estatal es de obligatorio cumplimiento, sin embargo, si se encuentran causas justificadas que requieran ampliación, las prórrogas deberán perfeccionarse según las formalidades establecidas en el estatuto contractual público, esto es: elevadas a escrito, firmadas y siempre que se realicen antes del vencimiento de la ejecución contractual.

En consecuencia, la entrega de bienes y servicios por fuera del plazo pactado implica una ampliación verbal al plazo, que esta proscrita en materia de contratación estatal, con las consecuencias penales, fiscales y disciplinarias que ello pueda conllevar.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015.

Cordialmente,

ANDREA CRISTINA MARTÍNEZ ÁLVAREZ

Coordinadora Grupo Procesos Judiciales y Conciliaciones

Dirección Jurídica



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

