

TRANSACCIÓN – Concepto – Requisitos

La transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter *autocompositivo*. En efecto, mediante la transacción las partes involucradas en una controversia acuerdan directamente la forma de resolverla, o sea que solucionan el conflicto por voluntad propia – efectuando concesiones recíprocas– y no por la imposición de un tercero. De ahí que la transacción revista los rasgos de un *negocio jurídico* o *contrato*, pues es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Esto diferencia a la transacción 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.

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 el 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 graves 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 impide que se incrementen los perjuicios de la parte afectada y que el Estado tenga que soportar condenas cuantiosas en el escenario jurisdiccional.

NOVACIÓN – Concepto – Clases

Así como el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 constituye el fundamento jurídico para que las entidades estatales y sus contratistas acudan a la transacción como modo de extinguir las obligaciones contractuales, también lo es para que efectúen la novación. Esto por cuanto la novación también es un modo de extinción de las obligaciones, expresamente previsto en el artículo 1.625, numeral 2º, del Código Civil y que ha sido admitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el ámbito de la contratación estatal.

La novación es el acuerdo por el cual: i) se cambia una obligación por otra que es distinta en su objeto a la anterior, ii) se sustituye la obligación primigenia por otra a favor de otro acreedor o iii) se libera al deudor para reemplazarlo por otro. En el primer caso se presenta una «novación objetiva», mientras que en el segundo y en el tercero opera una «novación subjetiva». Esto se deduce de los artículos 1.687 y 1.690 del Código Civil. Así también lo ha afirmado el Consejo de Estado.

NOVACIÓN – Contratación estatal – Procedencia – Límites – Principio de planeación

Puede afirmarse, entonces, con tranquilidad, que la novación es un modo de extinción de las obligaciones admisible en la contratación estatal. Sin embargo, también es importante recordar que las entidades estatales y los particulares que colaboran con ellas en el logro de los fines del Estado social de derecho, deben guiarse por los postulados de la buena fe, de la responsabilidad y de la economía. En consecuencia, si bien, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar acuerdos para novar las obligaciones adquiridas al celebrar los contratos, también lo es que una adecuada planeación del negocio jurídico *en principio* hace que la novación no resulte necesaria, ni conveniente. Con ello no quiere decirse que la sustitución de las obligaciones no sea procedente en la contratación estatal. Lo que se desea precisar en esta oportunidad es que el objeto de los contratos estatales por regla general no debe modificarse por uno distinto a través de la celebración de un acuerdo de novación, so pena de afectar eventualmente el principio de planeación.

Por ello, en relación con la posibilidad de modificar un contrato estatal, la Corte Constitucional ha planteado que «[...] como [...] se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por

la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos». Esto también es predicable de la novación, porque, como se explicó, a través de ella pueden cambiarse las obligaciones del contrato, actuación que debe respetar los límites a los que se ha hecho referencia.

Bogotá D.C., 29/12/2020 17:11:03



Señor
Jhonatan Villada Palacio
Ciudad

Concepto C – 807 de 2020

Temas: TRANSACCIÓN – Concepto – Requisitos / TRANSACCIÓN – Clases – Judicial y extrajudicial / TRANSACCIÓN – Contratación estatal – Procedencia / NOVACIÓN – Concepto – Clases / NOVACIÓN – Contratación estatal – Procedencia – Límites – Principio de planeación.

Radicación: Respuesta a consulta # P20201224000855

Estimado señor Villada:

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 24 de diciembre del 2020.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente pregunta:

«[...] ¿es jurídicamente viable la suscripción de un contrato de transacción en el marco de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que permita novar la obligación, que en principio era cesión a título gratuito para modificar la tipología contractual a compraventa?».



2. Consideraciones

A pesar de que la presente consulta se realiza partiendo de un supuesto concreto, relacionado con la cesión anticipada de un predio como pago de obligaciones urbanísticas futuras en el marco de la Ley 388 de 1997 y el Decreto 1077 de 2015, la Subdirección de Gestión Contractual considera que es viable pronunciarse *en abstracto* sobre la pregunta, no a la luz del caso mencionado, sino en lo que respecta a las instituciones jurídicas a las que se alude en el interrogante. Lo anterior, teniendo en cuenta que el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, solo le asignan a esta Subdirección competencia para expedir conceptos que contengan la interpretación de normas de alcance general en materia de compras y contratación pública. En consecuencia, es cada entidad estatal la que debe determinar la viabilidad de una conducta u otra en el caso concreto, pues la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no tiene competencia para sugerir o validar decisiones particulares en los procedimientos de selección o de negociación que adelanten los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

Una vez efectuada la anterior aclaración, la Subdirección de Gestión Contractual responderá los interrogantes de la consulta, previo análisis de los siguientes temas: i) procedencia de la transacción, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en la contratación estatal y ii) posibilidad de efectuar la novación como forma de extinción de las obligaciones contractuales.

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 obligaciones¹. 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

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%20de%20soluci%C3%B3n%20de%20conflictos%20en%20Colombia%20+%20MASC.pdf>

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 obligaciones².

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 transacción³. De la misma manera, el artículo 103 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012– permite

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».

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».

la terminación del proceso arbitral por transacción entre las partes⁴. 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 Estado⁵ y la doctrina⁶ 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

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».

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.

⁶ CARRILLO, Fernando y GÓMEZ, Iván. En: Procuraduría General de la Nación, Op. Cit., pp. 53-60.



«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.

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».

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>



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.

La transacción se ha destacado así como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que aporta beneficios a las partes del contrato estatal, cuando es realizada de manera adecuada. En tal sentido, jurisprudencialmente se ha señalado que «[...] uno de los principales efectos que genera el acuerdo transaccional es el de cosa juzgada, por el pacto de voluntades; en consecuencia, cuando se transa sobre la totalidad de los asuntos discutidos, las partes no pueden reavivar el conflicto acudiendo a la jurisdicción o, en caso que haya un proceso judicial en curso, habrá lugar a la terminación anormal del mismo»⁹. Adicionalmente, se ha indicado que la transacción es un modo válido de llegar a acuerdos sobre los aspectos económicos del contrato estatal¹⁰, sin afectar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público¹¹. 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 1993¹².

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; es decir, el arreglo directo no puede

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.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 25 de octubre de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 64.054.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 38.603.

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.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 14 de febrero de 2019. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 60.049.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 28.067.

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

2.2. La novación como forma de extinción de obligaciones en materia de contratación pública

Así como el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 constituye el fundamento jurídico para que las entidades estatales y sus contratistas acudan a la transacción como modo de extinguir las obligaciones contractuales, también lo es para que efectúen la novación. Esto por cuanto la novación también es un modo de extinción de las obligaciones, expresamente previsto en el artículo 1.625, numeral 2º, del Código Civil y que ha sido admitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el ámbito de la contratación estatal¹⁴.

La novación es el acuerdo por el cual: i) se cambia una obligación por otra que es distinta, en su objeto, a la anterior, ii) se sustituye la obligación primigenia por otra a favor de otro acreedor o iii) se libera al deudor para reemplazarlo por otro. En el primer caso se presenta una «novación objetiva», mientras que en el segundo y en el tercero opera una «novación subjetiva». Esto se deduce de los artículos 1.687 y 1.690 del Código Civil¹⁵. Así también lo ha afirmado el Consejo de Estado¹⁶.

¹⁴ Entre otros pronunciamientos, pueden consultarse los siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de noviembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 10.781. / Auto del 9 de enero de 2005. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 27.921 / Auto del 6 de julio de 2020. Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Expediente: 65.421. / Auto del 24 de julio de 2018. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 60.351.

¹⁵ El artículo 1.690 establece sobre los modos de la novación: «La novación puede efectuarse de tres modos:

- »1o.) Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.
- »2o.) Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.
- »3o.) Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.

»Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero».

¹⁶ Al respecto, ha dicho: «La novación como medio de extinguir las obligaciones, es entendida como la obligación modificada o renovada por voluntad de las partes, quienes buscan producir el efecto de reemplazar la obligación primitiva por otra nueva y distinta; en otros términos, sustituyen la antigua obligación por una nueva (art. 1.625, num. 2 del C. C.). Está definida en el Código Civil como la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida (art. 1687), de tal suerte que la sola modificación de la obligación primitiva no constituye novación. Se caracteriza por los siguientes presupuestos de existencia: a) Intención: Según lo preceptuado en el artículo 1693 ibidem, esa intención debe ser expresa por declaración de las partes o tácita de carácter indudable, no se presume, tanto así

Por consiguiente, en lo que tiene que ver con la novación objetiva –que es por la cual se pregunta en la consulta bajo análisis–, son pertinentes las palabras de Fernando Hinestrosa, cuando afirma que en virtud de la novación: «Acreeedor y deudor, de común acuerdo, en ejercicio de su autonomía particular pueden modificar la relación obligatoria, de modo que se extinga por su desplazamiento por una nueva, creada allí mismo, con ese fin, y, en todo caso, con ese efecto»¹⁷, agregando que «Es, pues, menester, la extinción de la deuda en curso, a causa de la creación de la nueva, es decir, el reemplazo de aquella por esta, lo cual implica una conexión (interdependencia) entre ambas»¹⁸.

Puede afirmarse, entonces, con tranquilidad, que la novación es un modo de extinción de las obligaciones admisible en la contratación estatal. Sin embargo, también es importante recordar que las entidades estatales y los particulares que colaboran con ellas en el logro de los fines del Estado social de derecho, deben guiarse por los postulados de la buena fe, de la responsabilidad y de la economía. En consecuencia, si bien, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar acuerdos para novar las obligaciones adquiridas al celebrar los contratos, también lo es que una adecuada planeación del negocio jurídico *en principio* hace que la novación no resulte necesaria, ni conveniente. Con ello no quiere decirse que la sustitución de las obligaciones no sea procedente en la contratación estatal. Lo que se desea precisar en esta oportunidad es que el objeto de los contratos estatales por regla general no debe modificarse por uno distinto a través de la celebración de un acuerdo de novación, so pena de afectar eventualmente el principio de planeación.

que: “si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera”. b) Capacidad de las partes: Presupuesto de validez de todo negocio jurídico. c) Validez de ambas obligaciones, la primitiva y la nueva (art. 1689). d) Diferencia entre las obligaciones (antigua-nueva): Por cuanto debe existir claridad en la extinción de la antigua obligación por la nueva; por ello, la simple mutación o cambio de algunos extremos no permite entender que hubo novación, tal y como lo prevén los artículos 1.707 a 1.709, tampoco el cambio de lugar para el pago, la mera ampliación o reducción del plazo, e incluso la sólo sustitución de un nuevo deudor por otro si el acreedor no expresa su voluntad de liberar al primitivo deudor, conforme a las voces del artículo 1.694 del Código Civil. La normatividad civil determina tres formas de realizar la novación: 1) Por sustitución de la obligación o novación objetiva: Sin variar el acreedor y el deudor, la obligación primitiva es reemplazada por una nueva. 2) Por sustitución del acreedor por un tercero o novación subjetiva: El deudor contrae una nueva obligación con un tercero y el acreedor primitivo lo declara libre de la obligación para con él. 3) Por sustitución del deudor, también hace parte de la novación subjetiva: El deudor primitivo es sustituido por un deudor nuevo y, por lo tanto, aquél queda libre (art. 1690). Corolario de lo anterior, es que la modificación de una obligación o la estipulación de una obligación paralela no constituye novación, porque, en ésta la intención de las partes, expresa o indudable, debe ser la de sustituir la obligación antigua por una nueva» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 29 de diciembre de 2006. Consero Ponente: Fredy Ibarra Martínez. Expediente: 24.414).

¹⁷ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Tomo I. 3ª ed., 2007, p. 722.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 722.

En efecto, refiriéndose a este principio, el Consejo de Estado sostiene que los contratos estatales «deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad»¹⁹, añadiendo que «La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal»²⁰.

Por ello, en relación con la posibilidad de modificar un contrato estatal, la Corte Constitucional ha planteado que «[...] como [...] se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos»²¹. Esto también es predicable de la novación, porque, como se explicó, a través de ella pueden cambiarse las obligaciones del contrato, actuación que debe respetar los límites a los que se ha hecho referencia.

Estas consideraciones permiten concluir que la novación es una figura que tiene cabida en la contratación estatal, siempre y cuando con ella no se menoscabe el principio de planeación.

3. Respuesta

«[...] ¿es jurídicamente viable la suscripción de un contrato de transacción en el marco de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que permita novar la obligación, que en principio era cesión a título gratuito para modificar la tipología contractual a compraventa?».

Tanto la transacción, como la novación, son modos de extinción de las obligaciones aplicables en la contratación estatal, por expresa disposición de los numerales 2º y 3º del artículo 1.625 del Código Civil, al que remite el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, las entidades estatales y los contratistas pueden celebrar, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, este tipo de acuerdos. Sin embargo, no pueden desconocer el principio de planeación; muy por el contrario, pueden convertirse, a veces, incluso, en

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de abril de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 27.315.

²⁰ Ibíd.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

instrumentos correctivos de algunas violaciones al postulado de la planeación, para buscar el cumplimiento de los fines del Estado.

Como se indicó al comenzar las consideraciones, la Subdirección de Gestión Contractual no es competente para determinar la viabilidad de la transacción o novación en el supuesto mencionado en la consulta o en las tipologías contractuales a las que hace referencia el peticionario, razón por la cual la respuesta que se plantea se efectúa bajo una interpretación en abstracto de las normas que conforman el sistema de compras y contratación pública.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual

