

**LA COMPRA PÚBLICA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN PÚBLICA: UNA
NUEVA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO ECONÓMICO**

DEISY JOANNA FORERO FORERO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO PÚBLICO
TUNJA
2021**

**LA COMPRA PÚBLICA COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN PÚBLICA: UNA
NUEVA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO ECONÓMICO**

DEISY JOANNA FORERO FORERO

DIRECTOR:

Antonio Alejandro Barreto. PhD.

**Trabajo presentado como requisito parcial para obtener el título de Doctora en
Derecho Público**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO PÚBLICO
TUNJA
2021**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Tunja, febrero de 2021.

AGRADECIMIENTOS:

DEDICATORIA:

TABLA DE CONTENIDO

P.

INTRODUCCIÓN.....	11
1. Filosofía jurídica del Contrato Estatal	26
1.1. Actividad administrativa y justicia distributiva	43
1.2. Contrato estatal y justicia conmutativa	49
1.3. Principio de legalidad, justicia distributiva y conmutativa	58
1.4. Justicia Libertaria: modelo económico de la Teoría Institucional y el equilibrio institucional y gestión contractual pública	62
1.5. Conclusiones del primer capítulo.....	66
2. Naturaleza Constitucional y Principio de Legalidad como habilitantes del Derecho Administrativo y su incidencia en la Contratación Pública	69
2.1. Trascendencia del estado constitucional y su incidencia en la actuación estatal	72
2.2. Naturaleza Jurídica de la contratación estatal como actuación administrativa	85
2.3. Crítica y alcance del principio de legalidad en contratación estatal.....	106
2.4. Diferencia entre autonomía de la voluntad y discrecionalidad y su incidencia en las decisiones administrativas	125
2.5. Autonomía de la voluntad desde el derecho económico enfocada en decisiones de mercado 142	
2.6. Conclusiones segundo capítulo	149
3. Retrospectiva de la Gestión Pública en la Contratación Estatal	154
3.1. Fundamentación política de la contratación estatal que se refleja en los actos de poder y de gestión.....	159
3.2. Principios, normas y procedimientos para la implementación de un contrato estatal.....	168
3.3. Contratación estatal en su dimensión desde el derecho administrativo	188
3.4. La administración pública y privada	196
3.5. Análisis del derecho administrativo con base en la justicia utilitaria de Jeremy Bentham 205	
3.6. Gestión pública y su problemática en la contratación estatal.....	213
3.7. Conclusiones del tercer capítulo	221
4. Hacia un Modelo de Mercado en la Gestión Contractual del Estado	225
4.1. Modelo económico de la Constitución Política de Colombia y su trascendencia en la actuación contractual del Estado.....	227
4.2. Tensión entre principio de autonomía de la voluntad y el principio de legalidad: una decisión de mercado.....	231
4.3. Gestión contractual pública desde los postulados de la Nueva Escuela Institucional.....	258
4.4. Equilibrio económico de los contratos: teoría de la imprevisión y hecho del príncipe....	265
4.5. Análisis de aspectos propuestos.	290
4.6. Conclusiones del cuarto capítulo	295
5. Conclusiones generales.....	299
Referencias bibliográficas	304

RESUMEN

El presente trabajo presenta un análisis de la compra pública como herramienta de gestión pública, desde la perspectiva del derecho económico y los postulados de la nueva escuela institucional. **Así, en el primer capítulo se estudia la filosofía jurídica del contrato estatal desde la justicia distributiva y conmutativa para determinar cuál de ellas se aplica en mayor medida y cuál orienta la filosofía de la actividad contractual pública, en aras de establecer si los conceptos de estas dos clases de justicia se relacionan con la economía y el derecho económico.** Lo anterior tiene el propósito de determinar, si el contrato estatal puede encontrar un buen asidero en el derecho económico y así entenderlo como un medio y no como un fin, lo que permitirá adoptar mejores decisiones, no solo en cuanto a la satisfacción del interés general, sino también, en cuanto a la actuación misma del Estado.

De igual forma, se analiza la aplicación de la justicia distributiva en el derecho administrativo, para comprender la dimensión de esta en la actuación del Estado y las diferencias que representa en relación con la contratación pública. Se hace un análisis de la justicia libertaria, del modelo económico de la teoría institucional y de la relación que estos postulados tienen con la gestión contractual pública.

En el segundo **se analiza la naturaleza constitucional y el principio de legalidad como habilitantes del derecho administrativo y la forma en que estos conceptos han permeado la actividad contractual de las entidades públicas.**

En el tercero **se realiza una retrospectiva de la gestión pública en la contratación estatal, con el fin de analizar su situación y la incidencia que sobre ella ha tenido el derecho administrativo.**

Por último, **en el cuarto capítulo, se estudia el modelo de mercado en la gestión contractual a la luz de los postulados de la Nueva Escuela Institucional, con el fin de establecer su incidencia dicha actividad del Estado.** Se sostendrá que esos postulados permiten que la gestión contractual se entienda como Gestión Pública Contractual, posibilitando tomar decisiones que reflejen unos mejores costos de transacción y concebir esta gestión como decisiones de mercado, sin limitarla a la visión que la comprende como una actuación puramente administrativa.

Palabras claves: compra pública, gestión pública, derecho económico, principios constitucionales, nueva escuela institucional.

ABSTRACT

This paper presents an analysis of state contracting as a public management tool, from different perspectives of economic law. Thus, in the first chapter the legal philosophy of the state contract is studied, from distributive and commutative justice, to determine which of them is applied to a greater extent, and which guides the philosophy of public contractual activity, in order to establish whether concepts of these two kinds of justice are related to the economy, to determine if the state contract can find a good grip on economic law and thus understand it as a means and not as an end, which will allow for better decisions, not only in as to the satisfaction of the general interest, but also, as to the very performance of the State. In the second one, a retrospective of the public management in the state contracting is carried out, in the third one the constitutional nature and the principle of legality are analyzed as enablers of the administrative law and in the fourth chapter the market model in the contractual management is studied.

The work is based on the principles that govern the social state of law that prevails under the 1991 Constitution, and studies how these principles are developed by the legislature and subsequently regulated by the executive branch.

Because they are different perspectives to focus on the subject, chapters 2, 3 and 4 present independent conclusions on the topics developed in each of them, which are addressed both from the analysis of legislation and jurisprudence, as well as doctrine. He has analyzed them.

Key words: Publica purchase, public management, economic law, constitutional principles.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende hacer un estudio y análisis de la actividad contractual pública, entendida en la actualidad como actividad administrativa fundamentada en los postulados del derecho administrativo, en aras de determinar si tal circunstancia genera un criterio limitado y una inflexibilidad propia de esta rama del derecho que se estructura con base en el principio de legalidad.

Se analiza la actividad contractual pública a la luz de postulados del derecho administrativo, en aras de determinar si su aplicación permite lograr un mejor desempeño de las entidades en el mercado o si conviene, redimensionar su concepto, para considerarla como una institución de gestión pública que genere una estructura confiable y eficiente en el intercambio de la provisión de bienes y servicios por parte de la administración pública.

Se determina la relación existente entre la compra pública como actividad económica y los modelos de justicia distributiva, conmutativa y libertaria desde la teoría institucional, dado el nexo que se reconoce entre el contrato y la justicia; se establece la retrospectiva de la gestión pública en la contratación estatal, para determinar la incidencia que el derecho administrativo ha tenido en ella, identificando el impacto del principio de legalidad en la contratación pública para establecer su favorabilidad en término de decisiones de mercado.

Por último, se plantea un análisis en cuanto a la conveniencia de redimensionar la contratación de la administración pública para entenderla como una institución de gestión pública, que favorezca las decisiones dentro de una economía de mercado.

Dentro de la actividad desplegada por las entidades públicas, toma verdadera importancia la contractual que se desarrolla, esencialmente por la administración, aunque no es de su exclusividad; esta actividad contractual, en la actualidad, se enmarca y desarrolla dentro de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, pluralidad de oferentes, selección objetiva, economía, eficacia, eficiencia y legalidad;¹ en virtud de este último, la misma ley determina el contrato en cuanto a su formación, esencia, objeto, finalidad, y, en ocasiones, su contenido clausular; por eso, se puede decir que la administración no actúa por su propia autoridad, sino con fundamento en la autoridad que emana de la ley; es decir, que esa actuación contractual de las entidades estatales o de derecho público, implica la particularización de los mandatos abstractos de las normas, lo que en muchas ocasiones hace que toda la actuación contractual de las entidades públicas se entienda como actividad administrativa, rígida o poco flexible; por esta razón, es conveniente que la contratación de las entidades públicas se pueda abordar no desde el concepto del derecho administrativo, sino, desde el derecho económico y desde la Gerencia Pública, para que, de esta manera, se dinamice y ejecute en términos de eficiencia y racionalidad logrando no solo la satisfacción de las necesidades de la comunidad, sino el mejoramiento del aparato estatal al interior de sus procedimientos y contratos.

Se puede afirmar, que, desde un comienzo, la actividad contractual del Estado ha sido reglada; y cada norma, de las distintas que ha regulado el tema de la contratación estatal, ha determinado la naturaleza del contrato estatal, así como los criterios bajo los cuales un contrato se entiende como estatal, y los procedimientos y cláusulas que se deben incorporar

¹ Estatuto de Contratación Estatal. Ley 80 de 1993

en éste. Así, el decreto 1670 de 1975, Primer Estatuto Contractual, se caracterizaba por un criterio de taxatividad para determinar cuáles eran o no contratos del Estado, por su parte, el decreto ley 222 de 1983 señalaba una lista de los contratos de la administración, y, los no enlistados eran considerados contratos privados de la Administración. Esta rigidez legal cambió con la expedición de la ley 80 de 1993, que señaló que se le permitía a la Administración celebrar cualquier clase de contrato previsto en el derecho privado, en normas especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. La anterior modificación no implica la inaplicación del principio de legalidad, sino que brinda a la administración una mayor capacidad de acción en la actividad contractual y no la ata a tener como contratos administrativos los que taxativamente contempla la ley. Sin embargo, esta regulación de la ley no es del todo favorable, porque se quedan muchas cosas en el limbo, razón por la cual, esa mixtura de las normas aplicables a los contratos celebrados por entidades públicas conlleva, en ocasiones, una rigidez del contrato y un comportamiento de las entidades estatales alejado de los nuevos contextos del mercado.

La contratación estatal ha sido entendida como una actividad administrativa a través de la cual las entidades públicas cumplen los fines que por mandato constitucional están radicados en ellas cuales son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, así como facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa.

Desde esta perspectiva, el contrato estatal se constituye como una herramienta instrumental con la cual las entidades públicas cumplen la misión para la cual fueron creadas; concluyendo así que la actividad contractual hace parte de la administración pública

entendida como la función del Estado que es actividad concreta, continua, práctica y espontánea subordinada para satisfacer necesidades colectivas y cumplir los fines del Estado.

Sin embargo, la realidad contractual de las entidades públicas evidencia una problemática de la contratación estatal pues en ocasiones se ha tenido más como un tema netamente procedimental típico de la función administrativa y componente del derecho administrativo lo que en ocasiones genera que se distorsione o atenúe la finalidad por la cual se suscriben los distintos contratos, importando más el procedimiento que la satisfacción de la necesidad por la cual se originó el contrato, esto generado por el excesivo rigorismo contractual vigente en virtud del principio de legalidad.

Al desenvolverse la Administración Pública dentro de un Estado de Derecho y bajo el principio democrático, lo que se evidencia es que existen unas normas y procedimientos que regulan la actuación estatal, es decir que hay un sometimiento de la actuación administrativa a una racionalidad marcada no solo por la ley sino por el principio democrático entendido como el respeto por las formas y reglas de procedimiento, lo que sin lugar a duda genera confianza en el ciudadano, pues existen unos límites en el ejercicio de la función pública que garantizan un equilibrio social.

Dado que con el presente trabajo se pretende construir un discurso incluyente entre economía y derecho; entendiendo a la administración como una institución que funge en un escenario de mercado, en donde el Estado brinda un producto o satisface una necesidad general, para lograr esto de la mejor manera, el contrato estatal se constituye como un medio para lograr dichos fines, en tal medida hay puntos de encuentro entre las dos ciencias para explicar problemas.

El presupuesto básico de equilibrio en las decisiones de contratación estatal es entender el contrato como una herramienta, que sea un medio para alcanzar un fin que consiste en una asignación eficiente de los recursos, (podría entenderse como justicia distributiva) y en decisiones discrecionales que favorezcan adoptar la mejor en términos de costo beneficio. Para ello, se requiere, que el gestor público tenga una comprensión jurídica y económica que permita la adopción de decisiones fundamentadas en derecho (legalidad) pero con un efecto útil (mejor asignación); por lo anterior, resulta conveniente, armonizar el derecho económico con el derecho administrativo en términos de la contratación desplegada por la administración pública; resultando más adecuado hablar no de un ordenador de gasto, sino de un gestor de lo público.

Es necesario entonces en materia de contratación de la administración pública armonizar el modelo de justicia y el modelo económico, resolviendo entre otros aspectos ¿Cómo actúa el Estado? ¿Para qué actúa? ¿Y qué beneficio debe generar?

De conformidad con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución el Estado interviene en la economía para racionalizarla con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes, lograr la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo. Es decir que la contratación estatal puede entenderse también como un mecanismo de intervención de la economía porque a través de ella se mejora la calidad de vida, se da una distribución equitativa de oportunidades y se generan los beneficios del desarrollo.

De conformidad con lo expuesto, es claro que en materia de contratación estatal se deben garantizar los presupuestos del modelo económico establecido en la Constitución Política de Colombia; es decir, promover la libre competencia, lo que se traduce en la libre

conurrencia y la pluralidad de oferentes; y entender al Estado en una doble dimensión, como regulador de la economía y del mercado, pero también como un agente del mismo, es decir como un consumidor.

De conformidad con la escuela neoclásica, (Bentham 1776) se busca promover una asignación eficiente de los recursos, propio de un sistema angloamericano que basa su método de análisis en el modelo inductivo (Consenso de Washington); por el contrario, los juristas de tesis garantistas que inspiran el Estado Social de Derecho, promueven la distribución en términos de equidad, propio del modelo continental que se basa en un análisis deductivo inspirado en principios de origen social demócrata (Quiroga 2017).

El pretender un modelo de mercado en la gestión contractual desde el derecho económico, implica abordar el concepto de Derecho Económico; se ha entendido por Derecho Económico “la disciplina que estudia los efectos económicos de los mercados explícitos dentro del marco de la regulación jurídica. (Griani Orduz.Luis Vincenzo. Derecho Económico y regulación en el marco de la nueva economía. México: Paidós, 2007.P.24)

La idea es poder comprender que en materia de contratación estatal se adopten decisiones justas eficientes, en un mercado y con ello se pretende lograr una complementariedad entre derecho y economía para que los actos y decisiones contractuales sean económicamente eficientes.

En efecto, se planteará un redimensionamiento o la reformulación del concepto de la actividad contractual de las entidades públicas, con el fin de entenderla como una institución de Compra Pública, desde los postulados de la nueva escuela institucional, la nueva gestión pública y el derecho económico. De tal manera, se propondrá una visión que comprende la

Compra Pública, no como un Sistema, sino como una institución a través de la cual se ejecutan recursos públicos y se cumple una gestión pública.

Desde tiempo atrás en Colombia la contratación estatal se ha estructurado con una lógica jurídica basada en principios y procedimientos del derecho administrativo, lo que permite a las entidades estatales adoptar las decisiones discrecionales que éste regula. **Con ocasión de los cambios globales que ha tenido la administración pública en sus distintas manifestaciones, conviene analizar y estudiar esta actividad contractual que cumplen las entidades estatales, desde una lógica de mercado y con base en criterios interdisciplinarios que promuevan un mejor uso de los recursos públicos reflejado en la satisfacción del interés general.**

Uno de los grandes problemas de la contratación en Colombia es que se aborda desde un enfoque operativo y legalista, las compras son vistas como un proceso legal y no de negocio, no hay estrategias de abastecimiento, prevalece la cultura del trámite y cumplimiento de formalidades, los mismos entes de control promueven el cumplimiento de formalidades lo que no añade valor; el sistema normativo requiere flexibilizar la cultura legal, se requiere una gerencia activa. (Documento estrategia de gestión Colombia Compra Eficiente. 2016)

Así las cosas, entender la contratación pública desde la economía de mercado, como una actividad regulada, nos lleva a reconocer la necesidad de una interdisciplinariedad en este tipo de decisiones, así como a comprender que no es un tema de meros procedimientos, sino de **decisiones con contenido económico**. Por lo tanto, **las medidas que se adoptan deben ser no solo bajo criterios de discrecionalidad sino de racionalidad**, circunstancia

que permite hablar de compra pública como una institución a la que resulta apropiado aplicar los postulados de la Nueva Escuela Institucional y así generar una estructura confiable y eficiente en el intercambio de la provisión de bienes y servicios de las entidades, lo que implica, tener en cuenta los conceptos de los **costos de transacción**, las actuaciones de las organizaciones públicas y la redistribución de ingresos.

El planteamiento de los costos de transacción sostiene que las instituciones tienen el propósito fundamental de economizar los costos de transacción, por eso centra su atención en las transacciones y en los esfuerzos de las instituciones para economizar los costos de las mismas.

Entender el contrato celebrado por entidades públicas como un instrumento para asignación eficiente de recursos y que cumpla su función de corrección entre otros aspectos, de obtener compromiso de cumplir, de minimizar costos de transacción, de corregir fallas de mercado, de minimizar costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes², es aquí donde se encuentra un gran vacío en materia de contratación estatal pues esos términos de omisión en la mayoría de veces se satisfacen con los principios que rigen tal actividad, y como actualmente es considerada como actividad administrativa, vale más aplicar principios de procedimientos que de decisiones en términos económicos y de mercado, todo ello por querer derrocar la corrupción, sin haberlo logrado, y sin tampoco darle la verdadera dimensión a los contratos celebrados por entidades

² QUIROGA. Edgar Andrés. Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales. Nociones Básicas. Serie de Derecho Económico No 3. U. Externado. 2014

públicas, pues se ha olvidado que con ellos se satisface el interés general pero también el aparato público obra como un agente de mercado en posición de consumidor o proveedor

Lo que se pretende es que, sin perder la naturaleza pública del contrato, se puedan adoptar decisiones sin el rigorismo principialista del derecho administrativo y promover la adopción de decisiones racionales en términos de eficiencia, eficacia y economía.

En cuanto al derecho administrativo y la administración pública, se tiene que el derecho administrativo se ocupa de las relaciones en que al menos una de las partes sea el estado o la administración pública tiene por objeto a la administración pública y es el derecho que la administración obedece. El derecho administrativo no es solo derecho público, también es derecho privado, el Estado se vale del derecho administrativo para su organización y forma de actuación e interacción; sin embargo, se da un reduccionismo del derecho administrativo porque el modelo de legalidad no ha sido eficiente y se debe pensar en una ciencia de la dirección, así, el derecho administrativo concebido como tal para dirigir con eficacia procesos sociales.³

Se aborda el tema de la Gestión Pública, entendida como la manera en que las administraciones públicas consiguen sus objetivos para poder saber cómo alcanzar los fines públicos con la mayor eficiencia, eficacia y cumplimiento de objetivos a favor de las necesidades de la comunidad.⁴ Implica esto, usar los recursos públicos con la máxima eficiencia para satisfacer las demandas de los ciudadanos aprovechando las ventajas de un

³ Eberhard-Smith-Abmann. Cuestiones fundamentales sobre reforma a la teoría general del derecho administrativo, necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. 2006

⁴ OLIAS de Lima. Blanca. La nueva Gestión Pública. 2003.

mundo globalizado y competitivo, lo que implica la existencia de un Estado más flexible y con capacidad de adaptación para lograr conseguir más con menos. Entender que esa gestión pública se materializa en la gerencia pública que conlleva la producción o elaboración de bienes y servicios públicos a partir de decisiones políticas, esa gerencia pública tiene que ver con la introducción en el sector público de técnicas y métodos del sector privado con el fin de hacer más eficientes y más eficaces las organizaciones públicas.

En la actualidad se puede decir que hay una gestión por procedimientos legales establecidos en aras de limitar el uso arbitrario de la ley y garantizar la continuidad del servicio, lo anterior fundado en el principio de legalidad que regula la actividad contractual y que la hace rígida generando márgenes de ineficiencia por cuanto el crecimiento y la complejidad de esos procedimientos hacen que se trascienda el marco de lo burocrático por lo que resulta necesario acoger modelos propios del sector privado para que de esta manera se deje de lado el proceso político con base en el cual se da la provisión de bienes y servicios sometido a reglas ajenas a las pautas del mercado y generar una nueva perspectiva para que esta provisión se haga en términos de mercado estableciendo que la gerencia deje de preocuparse por el qué y se interese por el cómo para encontrar soluciones más eficientes y eficaces en términos de principio de economía. Por ello, esta gestión se puede relacionar con la teoría de la Nueva Gestión Pública, que establece que la eficiencia se puede lograr mediante el diseño adecuado de incentivos apropiados, incentivos económicos razón por la cual esta nueva gestión se orienta hacia el rendimiento y los resultados con lo que pretende

aproximar las formas de producción al sector privado lo que de suyo implica un rediseño del sector público que lo alinea con el sector privado.⁵

El reto es entender al ordenador de gasto como un verdadero gerente que debe buscar el manejo eficiente de los recursos que propenda por surtir procesos de desburocratización y competencia para liberar a las organizaciones del lastre del procedimentalismo, el formalismo y la irresponsabilidad; lo que hoy se exige no es solo que se satisfagan las necesidades, sino que sea de manera eficiente y eficaz, hay una competencia que acaba el monolitismo y esa competencia implica entrar en el mercado.

Armonizar los conceptos de eficiencia y autonomía de la voluntad con una nueva dimensión del principio de legalidad para entender que el Estado cuando contrata lo hace como un agente del mercado y por ello debe cumplir no solo un objetivo de satisfacción del interés general sino también objetivos a nivel de costos de transacción creando procesos de Gerencia estratégica que sean herramientas para una eficiente y eficaz gestión contractual.

Así entendido el contrato como un instrumento que facilita el mercado y entendiendo el papel de la ley como un instrumento facilitador de la competencia eficaz, se deben armonizar los objetivos privados y los objetivos sociales para que haya un marco de acción institucional que se convierta en herramienta de mejores decisiones de las entidades estatales, se puede lograr una mejor actividad contractual estatal.

Para desarrollo del trabajo, se acudió a una investigación descriptiva constructivista deductiva, con un estudio teórico dogmático para lograr una construcción de un concepto de

⁵ Ibídem.

la contratación de la administración pública desde los postulados del derecho económico, la nueva escuela institucional y los postulados de la nueva gestión pública.

De esta manera en el primer capítulo se aborda un estudio de la filosofía jurídica del contrato estatal, desde el punto de vista de los modelos de justicia, partiendo de la estrecha relación existente entre la economía y la justicia para establecer qué modelo resulta aplicable en la contratación de las entidades estatales.

En el segundo capítulo se aborda la naturaleza constitucional y el principio de legalidad como habilitantes del derecho administrativo, estudiando la incidencia que estos tienen en la contratación estatal, determinando que la misma, al ser entendida como actuación administrativa, está regida por el principio de legalidad y, si bien la ley 80 quiso incorporar la autonomía de la voluntad, esta soporta la carga del principio de legalidad, razón por la cual, se evidencia un estricto cumplimiento de la norma reduciendo la posibilidad de una actuación autónoma de las entidades en este sentido. Además de lo anterior, se describen los efectos de que a través de la contratación se ejecute de manera concreta el gasto público, razón por la cual, se impone el cumplimiento del principio de legalidad; al entender desde estos fundamentos la contratación pública, resulta razonable la aplicación de los postulados, entre otros, del debido proceso, pero conviene tener en cuenta el concepto de costos de transacción dentro de ese debido proceso, para que la contratación no se quede corta al analizar los métodos y formas a través de los cuales se ejecuta esa gestión para satisfacer la necesidad planteada por la entidad.

En este sentido, **el hecho de aplicar en estricto sentido el principio de legalidad trae como consecuencia que dentro de la contratación estatal se olvide reflexionar sobre**

los costos que genera la aplicación del principio de legalidad. Por lo anterior, se plantea un análisis del costo que tiene la ley, costo que se eleva cuando se hace impagable para la mayoría de la población, porque quiere decir, que no reduce las transacciones sino que las encarece, es decir, que **existe un exceso de regulación cuyo cumplimiento genera una serie de costos lo que representa una asimetría entre los costos que se asumen por la entidad y por el contratista, repercutiendo en la satisfacción del interés general.**

En el capítulo tercero se hace un análisis de la gestión pública en la contratación estatal, para determinar si desde un tiempo y en la actualidad la contratación se ha entendido como una actividad administrativa regulada por los aspectos y fundamentos del derecho administrativo, con una prevalencia del principio de legalidad generando una actuación inflexible. Se demostrará que es una actividad regida por unos principios, uno de los cuales es el de legalidad que la hace entender como un procedimiento legal a través del cual se estructura un contrato. Esos principios, que se han entendido como mandatos de optimización del derecho, ante algunas eventualidades se han quedado cortos en la orientación de la contratación pública, toda vez que no es adecuado proyectar la administración pública solo desde el derecho administrativo, en la medida en que lo adecuado es entenderla desde el sistema de instrumentos de gestión pública como el presupuesto y la planeación, para que así, se pueda promover una correcta marcha por medio de métodos administrativos poniendo en desarrollo los instrumentos de la gestión pública. En este capítulo se registra el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano la gestión contractual pública ha sido abordada principalmente desde la perspectiva del derecho administrativo, que como una actividad de administración y gestión pública.

En el capítulo cuarto, se exponen los fundamentos de la Nueva Escuela Institucional (NEI) y la Nueva Gestión Pública y se hace un análisis de la contratación pública en el modelo de Mercado proponiendo que ésta se pueda entender como una herramienta de gestión del estado, como una institución. Partiendo de los principios que regulan esa economía de Mercado, se analiza que el **Estado dentro del Mercado no solo actúa como regulador sino como agente de Mercado, lo que representa que cuando ejecuta contratos toma decisiones de Mercado.** Se plantea, bajo los postulados de la Nueva Escuela Institucional y con el análisis de sus exponentes Ronald Coase (1998), Williamson y North (1985), un nuevo enfoque de la contratación pública en el que se entienda como una institución a través de la cual se regule la gestión contractual del estado en aras de no reducirla a un Sistema, sino que se puedan aplicar algunos conceptos, tales como el de los costos de transacción dentro del debido proceso, y así entender que la contratación pública es una institución con reglas para la negociación, celebración y ejecución de los contratos con el fin de optimizar los recursos que se ejecutan a través de la misma. Los cambios institucionales, de acuerdo con la Nueva Escuela Institucional promueven el desarrollo económico, razón por la cual se pretende que dichas instituciones sean el marco en el que se produce una interacción social, lo que nos lleva a concluir que un diseño institucional eficaz debe promover que las conductas maximicen resultados, pretensión que se tiene con la gestión contractual pública, generando un mayor desempeño económico dentro de la actuación de la administración.

1. Filosofía jurídica del Contrato Estatal

En el primer capítulo se pretende hacer un estudio del componente filosófico de la contratación estatal, para sentar unas bases epistemológicas que permitan proponer de manera crítica, pautas para el entendimiento del fenómeno jurídico social del contrato público, con el objetivo de establecer qué teoría de justicia le resulta aplicable y, de esta manera, poder determinar el objetivo de la compra pública y en qué teoría de justicia conviene ubicarla para abordar su estudio. La teoría de la justicia es aquella parte de la filosofía del Derecho que tiene por finalidad estudiar la problemática concerniente a la distribución justa de bienes, deberes, derechos o cargos entre los miembros de una comunidad. Así se logrará establecer si debe continuar abordando como una actividad administrativa, o si, por el contrario, resulta conveniente repensarla desde la gestión pública y el derecho económico. Lo anterior, por cuanto este redimensionamiento permite que las decisiones en materia de contratación del Estado se adopten bajo el concepto de gestión de recursos económicos dentro de un modelo de mercado, en el que el papel del gerente público no sea solo aplicar procedimientos correctos, sino que se trabaje para alcanzar eficientemente los resultados de las políticas. Si bien es cierto el derecho administrativo tiene como sujeto a la administración, lo que se pretende es que su objeto no solo sea el contrato sino consideraciones como las de orden económico. Se analiza los postulados de justicia aplicables al derecho administrativo y a la gestión pública, para comprender cuáles resultan ser los aplicables y así determinar su incidencia en la actividad contractual del Estado.

Bajo este capítulo del trabajo se analizará el fundamento filosófico del contrato estatal en lo concerniente a la parte conmutativa del vínculo contractual, que tiene que ver con el estudio del contexto normativo que conforma el régimen de la contratación pública y el desarrollo que conllevan sus doctrinas, enfatizando en aquello que lo hace distinto a la sencilla conmutatividad que surge de los vínculos jurídicos de negocios entre particulares. De igual forma, se estudia la incidencia de la aplicación de los postulados de la justicia distributiva y conmutativa, ya que con la llegada de esta clase de contrato (estatales) vienen valoraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos; este vínculo surge de las constataciones objetivas del mercado, ejecutados a causa del principio de la planeación y buscan proteger el interés y el patrimonio público bajo el juicio de la igualdad entre los objetos, bienes y servicios y la compensación que surge con el objetivo de conseguir un punto de equilibrio con un valor justo para las dos partes que conforman el contrato estatal.

Igualmente, **se analizará el principio de legalidad a la luz de los postulados filosóficos de las formas de justicia enunciadas**, especialmente el que tiene que ver con el reconocimiento total de la Constitución, no solamente como principio general de generación y estructuración del Estado, sino igualmente habilitante de la actuación del mismo y como norma jurídica de uso directo e inmediato. En consecuencia, la administración pública se encuentra supeditada a los valores y principios que la Constitución contempla y manifiesta, y es con base en ellos que se realiza el control judicial tanto de autenticidad jurídica de las normas reglamentarias que direccionan el derecho administrativo como las actuaciones propias de la misma administración con base en la justicia de todos sus actos.

La contratación estatal ha sido uno de los temas más importantes para la administración pública por cuanto a través de ella se ejecuta el gasto público y se busca satisfacer las necesidades de la población. Más allá de considerar la contratación como un asunto meramente procedimental resulta importante tratar de entender un poco su filosofía, para poder orientarla y desarrollarla desde estos aspectos. Por ello se abordará el tema estudiando el contrato estatal desde la justicia distributiva y conmutativa para así establecer en qué medida se aplican dichos postulados en la contratación estatal y, también, comprender el principio de legalidad a la luz de estas dos corrientes filosóficas de la justicia. Así se determinará **si la filosofía de la contratación permite ser abordada desde la perspectiva del derecho económico**, dilucidando la permanente y compleja relación entre el contrato y la justicia.

Con el propósito de determinar la posibilidad de enfocar la actuación de contratación pública hacia una gestión pública contractual, se mencionarán algunos postulados de la teoría de la justicia Libertaria, y la del utilitarismo, para poder establecer si éstas favorecen una nueva perspectiva desde el derecho económico y la gestión pública.

Al estudiar el tema de la filosofía del contrato estatal se pueden comprender los postulados que se deben aplicar al mismo y así aproximarse a un concepto de éste, en el marco del Estado Social de Derecho. Por lo anterior, se abordará el fundamento filosófico y jurídico del contrato estatal para estudiar y entender su naturaleza, concepto y estructura de las instituciones del derecho privado y del derecho público que justifican y dan sustento a

esta actividad y, de la misma forma, poder comprender cuáles de las instituciones del derecho privado resultan incompatibles con los contratos estatales.

La forma dogmática tradicional con la cual se ha entendido la actividad contractual pública ha sido bajo los supuestos y parámetros del derecho administrativo, por eso, se ha entendido que la contratación estatal es actividad administrativa (Rodríguez, 2010). En primera instancia debe señalarse que el artículo 209 de la Constitución Política, de manera textual, en relación con la forma como se debe ejercer la función pública, establece que:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

De acuerdo con lo anterior, quienes participan y son responsables de la gestión contractual en las entidades del Estado, tienen el deber de gestionar tales contratos observando esos postulados, algunos de los cuales se traducen en reglas específicas, reglamentos, estatutos, manuales, procedimientos y otros instrumentos. Entonces, existe un estrecho vínculo entre los principios que rigen la función administrativa y la contratación estatal (por considerarse que la contratación estatal es actividad administrativa) y éstos son la base fundante que soporta la estructuración de los principios que rigen la contratación estatal, los que fueron inicialmente incorporados en la ley 80 y posteriormente complementados por la ley 1150 de 2007.

Teniendo en cuenta que la actividad contractual del Estado se entiende como actividad de la administración, se rige también por el principio de legalidad. El profesor George Vedel (1980) ha entendido la legalidad como aquello que es conforme a la ley sustentada en bases constitucionales y, de acuerdo con Kelsen, la legalidad no es un conjunto de normas desordenado sino jerárquico. En efecto, el actuar de la administración debe ser reglado, razón por la cual la administración pública sujeta su actividad al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en materia de contratación estatal, todo el actuar de la administración debe estar sujeto a los principios, dentro de los cuales se encuentra el de legalidad, que la rigen y a los procedimientos de selección de contratista. Si bien existe el principio de la autonomía de la voluntad y la facultad de que se celebren contratos y se pacten cláusulas de las permitidas en el derecho privado, tal discrecionalidad encuentra sus límites en el ejercicio mismo de la actividad administrativa porque quiere decir que la administración no puede actuar bajo el principio de libertad, sino que solo puede hacer lo que la ley le permite. Si bien la ley permite que las estipulaciones en los contratos estatales sean de acuerdo con las normas civiles y comerciales, sobre todo aquellas que correspondan a la esencia y naturaleza del contrato, no es menos cierto que al ser uno de los extremos una entidad estatal la prevalencia del interés general racionaliza la autonomía de la voluntad. Es decir que el alma del contrato estatal no está en la autonomía de la voluntad, sino en el logro de fines superiores.

De acuerdo con la filosofía jurídica del contrato estatal, y tal como lo refiere (Giraldo, 2014) entre el contrato y la justicia hay una relación permanente: el contrato es una situación de justicia porque crea entre las partes un vínculo de justicia entre lo que se da y lo que se

recibe, entre lo que se hace y su compensación, entre cargas y derechos, y refiere el autor que en esa relación se da la distribución y compensación de bienes y cargas en el contenido del contrato. Dado que todo contrato sea público o privado, implica una relación con la justicia, conviene entonces abordar el tema de la justicia en las relaciones estatales contractuales.

Para poder entender la filosofía del contrato estatal conviene, inicialmente, analizarlo desde la justicia correctiva, distributiva y conmutativa. En cuanto a las teorías de la justicia correctiva se debe partir de que su razón de ser es la rectificación de la situación dañosa, concebida como un tipo particular de justicia que ha sido utilizada, no solo en materia de responsabilidad tanto civil como pública, sino en otras áreas del derecho como el de los contratos y el enriquecimiento sin causa para erigirse como la teoría general del derecho privado opuesta a las teorías del mercado (Bernal, 2016).

La noción de justicia correctiva de Aristóteles (2008) fue desarrollada en el libro de la Ética a Nicómaco donde surge en contraposición de la concepción expuesta por Platón (1986), en su libro La República, donde señala que la justicia es el ordenamiento correcto de las demás virtudes tanto en el ámbito individual como el orden social. Aristóteles critica la ambigua teorización platónica manifestando que existen múltiples sentidos de la palabra justicia y aborda, entonces, el concepto de justicia distributiva y justicia correctiva. La primera la entiende como la distribución de bienes, cargas sociales, cargos públicos y honores aplicándose, principalmente, en el Derecho Público para proporcionar distribución justa de los bienes y cargas sociales. La segunda la entiende como la rectificación de injustos que surgen en transacciones (*synallagma*) voluntarias e involuntarias, lo que supone que las voluntarias son los contratos y las involuntarias los daños y señala que esta justicia correctiva

en las transacciones voluntarias es la justicia conmutativa. Este último tipo de justicia es la que Aristóteles menciona que está presente en el intercambio pero que no es distributiva ni correctiva.

Así las cosas, podría entenderse que en la medida en que la actividad contractual pública y los contratos estatales tienen como fin la satisfacción de las necesidades de la comunidad, la garantía de la efectividad de los principios y promover la prosperidad general, se está dentro del marco de la justicia distributiva porque se trata de una distribución justa de los bienes y porque se asume también en las cargas sociales. Esta justicia distributiva implica una igualdad proporcional, un criterio de igualdad geométrica en donde los seres, por ser todos iguales, merecen ser tratados en derecho de igual manera.

Sin embargo, en la etapa de ejecución del contrato, es evidente que las partes contratantes no son tratadas de la misma forma, esto, por cuanto uno de los extremos de la relación contractual es una entidad pública que tiene unas finalidades por cumplir, las que le representan también unas prerrogativas durante la ejecución contractual en virtud de la cual se cimienta el direccionamiento del contrato y los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual que significa la materialización del cumplimiento de los fines del Estado.

Esto quiere decir que la consideración de justicia al momento de analizar el contrato diferencia dos escenarios, la finalidad del contrato y la ejecución, en este sentido, en relación con la finalidad del contrato estaríamos en presencia de justicia distributiva, porque se pretende satisfacer las necesidades de la comunidad y satisfacer el interés general; por su

parte, en la ejecución se está en presencia de la justicia conmutativa regulando el cumplimiento de las obligaciones y las prestaciones económicas.

Existe en la justicia distributiva, el concepto de que las personas iguales serán tratadas por el derecho, de igual manera, si sus circunstancias relevantes son iguales; pero, deben ser tratadas de manera diferente si las circunstancias no son equivalentes. Desde esta óptica podría entenderse que existe una aplicación de la justicia distributiva en la medida en que las partes del contrato público no son iguales y, por esta razón, las partes son tratadas de manera diferente porque sus circunstancias son distintas.

Sin embargo, conviene para el propósito de este trabajo, abordar el concepto de justicia distributiva desde el punto de vista de la economía; así, entendiendo la economía como ciencia de distribución que define como objeto de estudio el mercado, tiene una particular manera de estudiar la distribución, entendida desde la necesidad de un Estado que influya en las decisiones económicas de los agentes, para garantizarle a la sociedad su transcurrir en condiciones aceptables (Jhon Rawls y James Buchanan)

De acuerdo con Buchanan, quien ha ejercido su influencia en la economía pública, considera que la justicia distributiva es necesaria para los agentes económicos porque la sociedad tiene como mecanismo distributivo al mercado, pero como este tiene fallas, la sociedad no puede resolver la asignación de bienes, es decir que la justicia distributiva mejora lo que el mercado hace. Es decir que se promueve la intervención del Estado para llevarlo donde no existe. (Justicia Distributiva y Economía: Una perspectiva ética. Lecturas de economía No 53. Medellín, julio-diciembre de 2000)

Desde este punto de vista conceptual, el contrato permite la intervención del Estado para la satisfacción del interés general, razón por la cual, resulta de mejor aplicación el concepto de justicia distributivo desde la economía para efectos del contrato estatal.

Por el contrario, en relación con la justicia conmutativa ésta se aplica con criterio de igualdad aritmética por cuanto las partes son consideradas numéricamente iguales. En este entendido existiría una aplicación de la justicia conmutativa en los contratos estatales, y también se aplica una rectificación propia de la justicia correctiva toda vez que existe el equilibrio e igualdad preexistente entre las partes; un ejemplo de ello es la aplicación del equilibrio económico de los contratos, regulado en el artículo 27 de la ley 80 de 1993, funcionando bajo la lógica de la justicia correctiva ya que pretende restaurar el equilibrio e igualdad de las partes.

Así, puede verse que se aplica en los contratos estatales la justicia conmutativa y la justicia correctiva. Se debe entender que la actividad contractual pública tiene un componente de justicia distributiva toda vez que con ella se pretende la distribución de bienes y cargas sociales y, de igual forma, tiene un componente de justicia correctiva en la medida en que rectifica injustos que surgen en las transacciones como cuando se restaura el equilibrio económico de un contrato.

Así las cosas, se evidencia, que la aplicación de los postulados de la justicia distributiva, conmutativa y correctiva, no son ajenos al derecho administrativo, entendido como ciencia de dirección de los procesos sociales que pretende la eficacia de los resultados de la actividad administrativa. (Santofimio, Barnés, Ibagón. 2016) Por ello, resulta conveniente, para el desarrollo del presente trabajo, hacer mención a las principales teorías

y/o modelos de eficiencia económica y justicia, para ir aproximando una noción de gestión pública contractual desde el derecho económico, que permita fundamentar el cambio de sentido de la acción del Estado.

No existe una sola teoría de la justicia, ni un solo modelo económico de eficiencia en el ámbito teórico. Según Quiroga (2017) los economistas de la escuela neoclásica tienen una influencia de consecuencia pragmática por la asignación eficiente de recursos, lo que se fundamenta en unos principios liberales y post liberales que, sin duda alguna, tienen que ver con modelos de justicia.

Refiere el profesor Quiroga (2017), que toda teoría de la justicia trae intrínseca una teoría económica, respecto de la cual puede medirse. Es decir, según sus postulados una decisión no es justa o injusta per se, sino será justa o injusta, dependiendo de qué teoría se utilice. Incluso, en muchas teorías o modelos a desarrollar, el concepto de justicia se encuentra ligado al de equidad, mientras que el concepto de eficiencia está ligado al de libertad.

En su libro Interpretación Constitucional Quiroga (2017) presenta un análisis de la Teoría Libertaria de la Justicia, cuyos principales exponentes son Robert Nozick, James Buchanan, Milton Friedman, quienes parten del hecho de considerar la libertad como premisa fundamental sobre la que se debe edificar un modelo de convivencia política organizada y, por tanto, el papel del Estado, es garantizar los mínimos de esa libertad. Bajo esta teoría no existe el bien común, lo único común son las reglas para el ejercicio de la libertad. Por ello, la justicia no es una categoría que pueda aplicarse a una situación social general, sino a los procesos que se desarrollan para llegar a ella. No se concibe la igualdad sin el requisito de la

libertad. Esta teoría, tal como la sustenta Milton Friedman en su obra *Libertad para elegir*, referida por el profesor Quiroga (2017), retoman la concepción económica de la teoría libertaria de la justicia para argumentar las bondades de una economía centrada en las preferencias individuales de los agentes de mercado, libertad de elegir sin intervención de nadie, ni siquiera del Estado.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar en principio que la teoría libertaria antes referida, no resulta aplicable a la contratación estatal, ni si quiera desde los postulados del derecho económico o considerándola como gestión pública contractual, porque claramente los intereses en los que se sustenta no son individuales. Sin embargo, la teoría libertaria de la justicia desarrolló varios modelos económicos dentro de los cuales están: Modelo del equilibrio general neoclásico, modelo de eficiencia y óptimo paretiano, teoría del equilibrio Keynesiano y la Teoría Institucionalista y equilibrio institucional (Quiroga, 2017). Para efectos del presente trabajo, y teniendo en cuenta lo que se desarrollará en el capítulo IV, conviene destacar la **Teoría Institucionalista y equilibrio institucional**, por considerar que resulta aplicable a la gestión contractual pública al considerar la contratación como una institución.

En la teoría institucional y el nuevo institucionalismo (en adelante NEI), se hacen estudios más allá de las relaciones de transacción existentes, entre productores y consumidores en el escenario del libre mercado, y consideran que las instituciones son un factor vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el mercado. Así las cosas, en el presente escrito, se determinan la influencia de la teoría libertaria de la justicia y el modelo de nuevo institucionalismo, **por considerar que resulta**

aplicable como fundamento de la gestión pública contractual como herramienta de gestión desde la perspectiva del derecho económico. Lo anterior, se afirma por el rol que juegan las instituciones y el diseño institucional en la forma como se asignan y distribuyen los recursos en una sociedad.

En general, todas las teorías de la justicia son subsumibles en concepciones del bienestar, porque defender la justicia en los casos concretos permite la maximización de la utilidad general. Así lo sostienen autores como Louis Kaplow y Steven Shavell (2010) razón por la cual consideran que el mejor marco para defender el derecho económico, es el bienestar agregado y no la maximización de la riqueza; es en este punto donde se empieza a encontrar la relación entre el derecho económico, las teorías de la justicia y la actividad contractual pública. Sin duda, la actividad contractual pública tiene por finalidad el bienestar general, promover la prosperidad general y maximizar la riqueza social a través de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, por tal razón, puede sustentarse lo anterior en la justicia distributiva.

Para analizar esa visión de la libertad como valor supremo, vale la pena volver a mencionar las ideas aristotélicas. Lo que es común a las dos formas particulares de la justicia aristotélica es su objetivo ulterior: la igualdad, la afanosa búsqueda del punto medio. Para Aristóteles el principio o criterio que habría de regir en la justicia distributiva es el de la igualdad entre los iguales; en la justicia conmutativa la igualdad entre los bienes que se intercambiasen; y en la justicia correctiva la igualdad entre el crimen y el castigo. Así, se concluye que la igualdad y la libertad son dos conceptos indisolubles para la justicia, conceptos que también forman parte de la teoría general del contrato y, por supuesto, de la

teoría del contrato estatal y la actividad contractual pública toda vez que existe libertad, sometida a la legalidad y a los principios de la administración pública, para las entidades, de celebrar los contratos que requieran para satisfacer el interés general. Si bien hay una libertad bajo la autonomía de la voluntad que les permite para acordar el contenido del contrato público, hay unas reglas para preservar la igualdad que se incorpora en la ley mediante las cláusulas excepcionales, las cuales se incorporan en los contratos; en otros, se permiten por habilitación legal y, en otros, se encuentran prohibidas expresamente.

Este aporte aristotélico de la igualdad y la libertad ha sido corroborado una y otra vez durante más de dos milenios de pensamiento político y se han entendido como un complemento ideal. Pero la historia advierte, también, enemigos audaces. La igualdad y la libertad -nos recuerda Giovanni Sartori (2011) guardan una relación pasional de amor-odio. Se entiende que la Justicia es un principio que está ligado a la toma de decisiones incluyentes, principalmente desde la esfera pública y relaciona elementos de la política, el derecho, la economía y la filosofía; se relaciona con la toma de decisiones imparciales para los afectados o beneficiados de la norma. Para abordar el análisis del tema, de la justicia distributiva, en la gestión contractual pública, conviene establecer que ésta es, según Aristóteles, lo justo o lo correcto respecto de la asignación de bienes en una sociedad y esa justicia distributiva tiene unos principios normativos que están diseñados para guiar la asignación de esos beneficios y las cargas de la actividad económica y se fundamenta en la igualdad;

Se considera que, si la igualdad es la meta, la libertad es condición necesaria para su ejercicio. En ese entendido, si se parte de considerar que la gestión contractual pública es una materialización de la justicia distributiva, entendemos también que se reconoce una libertad

a las entidades públicas, una capacidad de autodeterminarse y se asocia con la autonomía de la voluntad, pero en este marco, reglada. De la misma manera, si se considera que la actividad contractual pública es materialización de la justicia distributiva entendemos que, por ello, dentro de sus fines, está la satisfacción del interés general, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la afectividad de los derechos e intereses de los administrados, lo que de suyo implica una distribución de los recursos y es reflejo del derecho público. Es decir que, al ser el cumplimiento de los fines del Estado uno de los elementos relevantes de la actividad contractual, se puede señalar que la justicia conmutativa, en la finalidad del contrato, resulta más tenue porque no del todo habrá una igualdad aritmética entre las partes de la relación contractual.

Existen unas decisiones administrativas y otras decisiones contractuales en la contratación pública. Esas decisiones administrativas se ven reflejadas en la parte inicial de la actividad contractual, es decir, la comprendida entre el aviso de convocatoria con el que se inicia un proceso de selección y el cierre del proceso y las decisiones contractuales, las que se adoptan durante la ejecución del contrato, unas fundamentadas en la justicia distributiva y otras en la conmutativa. Ambas están impregnadas del principio de legalidad, y, orientadas por el de autonomía de la voluntad y reciprocidad.

Por ello, cuando de restablecer el equilibrio económico del contrato se trata, (que es una decisión contractual), estaremos en presencia de justicia conmutativa y justicia correctiva, toda vez que la principal pretensión, fundamentada en el principio de reciprocidad, es restaurar ese equilibrio e igualdad entre las partes. En consecuencia, se

concluye que el contrato estatal es un verdadero contrato conmutativo, que evidencia aplicación de la justicia correctiva, pues permite restaurar el statu quo.

En la normatividad actual, (estatuto de contratación, con sus reformas) que regula los procesos de selección de contratista, se observa que existe un deber, por parte de las entidades estatales, de realizar un análisis de riesgos del contrato para de esta manera, tipificarlos, estimarlos y asignarlos, en aras de evitar sobre costos y de causar detrimento patrimonial al Estado, y también, para que la actividad contractual se haga, por parte de los contratistas, con la responsabilidad que implica manejar recursos públicos y tener la idoneidad para hacerlo. Esta situación es un reflejo de la justicia correctiva, tal como lo plantea Robert Alexy, señalando que la justicia tiene relación con distribuciones y compensaciones y por eso se entiende como una corrección en la distribución y en la compensación. (Alexy, 1997)

¿Por qué resulta importante entender que los contratos que celebran las entidades públicas y la actividad contractual pública son distintos a la que desarrollan los particulares? Esta pregunta puede abordarse utilizando un marco teórico adecuado acerca de los fundamentos filosóficos de la actividad contractual pública y de los contratos estatales.

Volviendo a Aristóteles (2008), en la *Ética a Nicómaco*, propone una diferencia entre la justicia universal y la justicia particular. Dentro de la justicia particular establece la justicia distributiva y la justicia correctiva. En cuanto a la justicia distributiva señala que es aquella que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad, mientras que la justicia correctiva, establece el trato en las relaciones entre individuos. Argumenta Aristóteles que dentro de las relaciones de la justicia

correctiva deben distinguirse los tratos voluntarios como la compraventa, el comodato y el arrendamiento.

Para Aristóteles lo que caracteriza la justicia distributiva es la igualdad geométrica, es decir la igualdad proporcional, no la igualdad aritmética y, por ello, señala que el objetivo de la justicia es el bien común, como lo tiene también la actividad contractual pública para la realización de todos los miembros de la comunidad. Por su parte, la Justicia correctiva, para Aristóteles, regula las relaciones entre los individuos y se rige por una igualdad aritmética, es decir, que los tratos voluntarios, como los contratos, no introduzcan desigualdades. Para Tomás de Aquino, esta justicia correctiva es la conmutativa y la define como los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas. El supuesto básico de la justicia correctiva es la preexistencia de una condición de igualdad entre las partes involucradas y, así las cosas, la celebración de un contrato no debe alterar la condición de igualdad preexistente entre las partes, pero cuando hay descompensaciones se deben corregir con la retribución. La desigualdad se genera en virtud de la existencia de una ganancia y una pérdida correlativa del otro. Aristóteles (2008) en este punto señala que:

Los términos ‘ganancia’ y ‘pérdida’ proceden de los cambios voluntarios, pues a tener más de lo que uno poseía se le llama ganar y a tener menos de lo que tenía al principio, perder, y lo mismo en el comprar, en el vender y en todos los otros cambios que la ley permite; y cuando dos partes no tienen ni más ni menos sino lo mismo que tenían, se dice, entonces, que tienen lo que pertenece a cada uno y que ni pierden ni ganan. De modo que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida en los cambios no voluntarios y (consiste en) tener lo mismo antes que después. (pp. 138-139)

Ahora bien, tratándose de los contratos públicos, **es claro que esa ganancia debe ser para la sociedad, para la satisfacción del bien común, para mejorar las condiciones de**

vida de las personas y lograr la prosperidad y el desarrollo del país. La situación de igualdad, que la justicia correctiva pretende reestablecer, es un estado en el cual cada una de las partes puede perseguir sus propios fines, sólo, mediante la utilización de sus propios recursos. De esta manera, de acuerdo con la ley 80 de 1993, los fines de la actividad contractual pública son la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, y el cumplimiento de los fines que la Constitución ha definido al Estado. En virtud de dicha finalidad, las entidades públicas tienen unas atribuciones que materializan el principio de justicia correctiva y se ven reflejadas en algunos de los numerales del artículo 4 de la referida ley: “De los derechos y deberes de las entidades estatales:”

3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.
6. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.
7. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.
8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Estas disposiciones son claro ejemplo de la materialización de la justicia correctiva y conmutativa, propios de los contratos, y que existen en los contratos estatales.

Retomando la teoría libertaria de la justicia y el modelo económico de la Teoría Institucionalista y equilibrio institucional (Quiroga, 2017), cuyos principales exponentes son Douglas North y Oliver Williamson, vale la pena señalar que explicaron el rol que juegan las instituciones y el diseño institucional en la forma como se asignan y distribuyen los recursos en una sociedad. Así las cosas, desde este punto de vista, puede abordarse el estudio de la contratación pública, denominada ahora sistema de compra pública, para entenderla como una institución que asigna y distribuye los recursos en una sociedad, lo que permite aplicar no solo postulados de la justicia distributiva, conmutativa y restaurativa, sino que permite considerarla como una actividad de mercado.

De acuerdo con lo expuesto, las premisas en que se asienta la filosofía del contrato estatal, son la justicia distributiva, conmutativa y correctiva, las que se ven reflejadas en la finalidad del contrato (la distributiva), en la ejecución del mismo (conmutativa y correctiva) y en la configuración del mismo se aplican tanto la distributiva como la conmutativa; en igual sentido, se puede señalar que la gestión contractual pública puede abordarse como una institución y que su diseño debe reflejar la asignación y distribución de los recursos en una sociedad lo que influye en el sistema de compra pública.

Ahora bien, conviene analizar qué relación tiene la actividad administrativa con la justicia distributiva, para determinar su incidencia, alcance y aplicabilidad, y así establecer la implicación que tiene en el contrato estatal al considerarlo como actividad administrativa.

1.1. Actividad administrativa y justicia distributiva

Genéricamente el Derecho Público se ha relacionado con la justicia distributiva y el derecho privado con la justicia conmutativa (Bernal, 2014; Fabra, 2016). La actividad

administrativa puede ser entendida como aquella en la cual el Estado satisface intereses colectivos o individuales en forma directa e inmediata, siendo una actividad instrumental de la administración pública vinculada a la legalidad formal y cuya materialización se evidencia en actos administrativos y con un margen de discrecionalidad como poder de la administración para valorar los intereses colectivos.

Este concepto de actuación administrativa, ha sido reevaluado desde posturas como las de Hauriou al hablar de la gestión administrativa y considerar que la actuación de la administración pública debía hacerse en colaboración con el administrado, (Béjar, 2013); por su parte, como lo sostiene Schmidt-Assmann, al concebir el derecho administrativo como ciencia de dirección, se aspira a dirigir con eficacia, es decir obtener resultados en los procesos sociales. (Ibagón, 2016), así se entiende entonces que la actividad administrativa implica dirigir y que la acción administrativa debe analizarse desde la eficiencia de la misma, este postulado del profesor Schmidt-Assmann implica completar el modelo tradicional que se caracteriza por una perspectiva clásica del control jurisdiccional, por el principio de sometimiento a la ley y por la consideración unilateral como instrumento clásico de actuación de las autoridades administrativas, implica también entender que el sometimiento a la ley no debe seguir entendiéndose como una relación vertical, sino que debe comprender procesos más complejos que suceden a nivel horizontal, lo que representa el reconocimiento del individuo, de la dignidad humana repercutiendo en la relación ciudadano-administración.

Al entender la actuación administrativa como una ciencia de dirección, es claro que el derecho administrativo ya no debe solo preocuparse por la regularidad o validez de la

actividad administrativa, sino por los resultados de esa actividad, para lograr adecuar el derecho administrativo a las expectativas sociales.

Después de la consagración de la eficacia como un principio constitucional de la actividad administrativa, y en virtud de la constitucionalización del derecho administrativo, se habla de una mutación del mismo porque la sociedad demanda más presencia eficaz del Estado, la que se materializa en la actividad administrativa, las necesidades sociales más inmediatas no son satisfechas con leyes o sentencias, sino mediante administración. (Ospina, 2016).

El Derecho Administrativo, como rama del Derecho Público, estudia, primordialmente, la organización y la actuación del Estado en sus relaciones con los particulares. Tradicionalmente se ha definido el derecho administrativo desde la perspectiva de la administración, y se construyó así un derecho administrativo autoritario, preocupado por las prerrogativas del Estado más que por los derechos de los ciudadanos. Hoy se pone el énfasis en los intereses generales, en el bien común, en la libertad, en definitiva, el centro es la persona humana (Durán, 2013). Como consecuencia del agotamiento del Estado benefactor, la concepción del derecho ha venido variando, el positivismo jurídico cede y se pone acento en los principios, el Estado legislativo da paso al Estado constitucional lo que impacta la definición del derecho administrativo. Rodríguez Arana, citado por Durán, expresa en cuanto al derecho administrativo: “ Más que la presencia de una administración pública, que ciertamente es importante, para mí lo verdaderamente determinante del derecho administrativo es la existencia de un interés general, es un derecho que hace posible el libre desarrollo de los ciudadanos, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, el Estado ya

no es un mero prestador de servicios públicos, es sobre todo, un garantizador de derechos y libertades ciudadanas.” De acuerdo con lo anterior, el derecho administrativo ha existido, entre otras cosas, por la necesidad de organizar los intereses colectivos, lo que denota la presencia de la justicia distributiva.

Por su parte, como lo cita Durán, Hauriou definió el derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la administración pública en la medida en que esta es la empresa de las instituciones administrativas autónomas dotadas de prerrogativas, concibe dos tipos de instituciones, las personas o corporativas, y las instituciones cosas; en cuanto a las instituciones personas entiende como elementos la idea de obra a realizar en un grupo social, el poder organizado puesto al servicio de esa idea para su realización; circunstancias que evidencian aplicación de justicia distributiva en el derecho administrativo.

Desde tiempos del Derecho Romano, una de las características esenciales del Derecho Público es la de la realización del interés general o bien común, aun cuando regule derechos particulares.

Han quedado atrás teorías que se enfocan en determinar que una de las diferencias entre el Derecho Público y Privado tiene que ver con el sujeto, pues es evidente que muchas entidades del Estado desarrollan actividades comerciales que hacen parte del derecho privado; de igual forma, ha quedado relegada la teoría de identificar el derecho público por el ejercicio de los actos de poder. Se encuentra también la teoría que fundamenta la clasificación en la idea del reparto autónomo o autoritario o bien, en la contraposición de los conceptos de obligatoriedad y libertad. En esta concepción, el Derecho Público constituye la

sección del ordenamiento jurídico que regula repartos autoritativos y el derecho privado el que ordena repartos autónomos.

Señala Cassagne (2013) otra de las teorías más conocidas, generalmente aceptada por los ius publicistas, es la que se apoya en los aspectos de subordinación o coordinación que presentan las normas. El Derecho Público sería aquel caracterizado por regir relaciones de subordinación que se traducen en desigualdad entre las partes, mientras que, en el derecho privado, ellas serían de coordinación, estando los sujetos en una relación de igualdad. En el primer supuesto, se dice, la justicia tomaría la forma de justicia distributiva, y en el segundo, de conmutativa. Pero es bien sabido que en el derecho privado existen también relaciones de subordinación y en el derecho público aparecen relaciones de igualdad o coordinación.

Si bien en un principio se podría decir que el derecho público, se asocia con la justicia distributiva, dicha concepción no se ajusta del todo a la realidad por cuanto la distribución también se realiza a través de la personificación de entidades de propiedad estatal que actúan sometidas al derecho privado en sus relaciones con los particulares. Esto implica entender que el fin de la justicia distributiva sí es el interés general, que encuentra en el derecho público, como sistema jurídico, el ámbito en el que opera, lo que sustenta la definición de administración pública y derecho administrativo. En el caso del derecho público es la prevalencia del interés general sobre el interés particular, la situación del sujeto estatal, en tanto que en el derecho privado si se trata de intereses particulares.

El fin del Estado consiste en la realización de la justicia, entendida en el sentido de Ulpiano de dar a cada quien lo que le pertenece (Petit, 1997). Se habla de una justicia legal o general respecto de la que se fundamenta en lo debido a la comunidad, al bien general. El

bien del individuo se subordina al bien de la comunidad y, por su parte, la justicia particular, entendida como la distributiva y la conmutativa-correctiva que, en principio, se dice regula relaciones particulares.

Hoy en día no conviene una extrema polarización del derecho público y privado y la justicia general y particular porque se está en presencia de un nuevo modelo de Estado que requiere la adaptabilidad de las normas y los modelos a estas tendencias. Hoy, se canaliza la realización del bien común con predominio del Derecho Público en las estructuras y procedimientos de las funciones indelegables y con recurrencia a formas privadas o mixtas.

Se habla, entonces, del modelo de Estado Subsidiario porque se aumenta el grado de participación de los particulares en la economía, se dictan normas requeridas para desregular y desmonopolizar actividades, eliminando los privilegios existentes que traban el libre ejercicio de las diferentes actividades humanas, sean de naturaleza humana o colectiva. En el campo económico se pretende asegurar el funcionamiento libre de mercados, el Estado conserva su actividad reguladora y se combina con la gestión privada a través de las distintas figuras concesionales.

Cuando se habla de la función administrativa, se entiende como actividad siendo una de sus manifestaciones el acto administrativo el cual está sometido a un régimen de derecho público distinto al del derecho privado. Puede pensarse que otra de sus manifestaciones es el contrato estatal, que está sometido a un régimen mixto, pero que requiere reorientarse por ser una actividad especial que tiene un componente de derecho público y privado y de justicia general y particular (distributiva, conmutativa y correctiva), así como de justicia libertaria de la justicia en su modelo de la teoría institucional y equilibrio institucional. Toda la estructura

del estatuto contractual se fundamenta en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, sin desconocer que esa autonomía y esa libertad soportan las cargas propias del principio de legalidad que regula la actividad administrativa, la que se orienta, como la actividad contractual, a la satisfacción del interés general y que se constituye en el principio fundante de la misma.

Dado que el contrato estatal se estructura sobre los fundamentos del contrato en el orden privado, y que, como ya se mencionó, no conviene polarizar entre las dos grandes ramas del derecho, conviene analizar, a la luz de la justicia conmutativa la actividad contractual del Estado en aras de determinar si el aplicar la justicia conmutativa implica desconocer la justicia distributiva y la justicia general, o si al ser una entidad pública una de las partes de la relación contractual no se habla de justicia conmutativa.

Vista así la relación entre la actividad administrativa y la ciencia de la dirección con la justicia distributiva, resulta pertinente abordar el análisis del contrato estatal a la luz de la justicia conmutativa.

1.2. Contrato estatal y justicia conmutativa

Las transformaciones económicas, sociales y la defensa del mercado, desplazan en gran medida, la influencia de concepciones ideológicas. Por eso, en materia de actividad contractual pública y contratos estatales, se hace necesario sentar unas reglas comunes del derecho público y el derecho privado (justicia distributiva y conmutativa-correctiva) aplicables al marco de esta actividad para que se adapten a nuevos modelos de Estado y se cumplan las finalidades de la actividad contractual pública.

En materia de derecho administrativo, el cambio de las circunstancias históricas ejerce una preponderante influencia sobre los fines de las instituciones del Estado, que van sufriendo un proceso de constante adaptación a las necesidades públicas, muchas veces opuestas a las razones que motivaron su creación. Por ello el derecho administrativo debe ser flexible y requiere dinamismo para captar la realidad histórica en cada país.

Sea lo primero señalar que la actividad contractual pública implica todas y cada una de las actuaciones que se surten para que las entidades estatales suscriban un contrato (Benavides, 2009). Por consiguiente, se constituye como actividad contractual no solo la firma del contrato, sino todo el íter que debe transcurrir para llegar a él, entendiendo así el contrato como un medio y no como un fin. Entonces, dentro de la actividad contractual pública se comprende la etapa precontractual, contractual y post contractual.

En la etapa precontractual es claro que se surte un momento previo al acuerdo de voluntades en la que se elaboran unos documentos tales como: análisis económico del sector, avisos de convocatoria, estudios previos, análisis de riesgos, proyecto de pliego de condiciones, agendas, apertura de los procesos, pliegos de condiciones en los que se establecen reglas para que quienes aspiran a ser contratistas, presenten sus propuestas, se surte la etapa de evaluación de dichas ofertas, la adjudicación y la celebración del contrato, todo ello blindado con el principio de publicidad que pretende incorporar transparencia en las actuaciones. La finalidad principal de esta etapa es una de las actividades que, prima facie, deben hacer las entidades públicas y, consiste en identificar la necesidad que se pretende satisfacer; en ese contexto, se entiende que hay presencia de justicia general y distributiva porque lo que se pretende es satisfacer el interés general.

Una vez adjudicado el proceso de selección, comienza la segunda etapa de la actividad contractual pública que consiste en perfeccionar el contrato, y cumplir los requisitos para ejecución del mismo (artículo 41 ley 80 de 1993). Es en este momento donde el Estado actúa también con la intención de satisfacer el interés general, pero no se desconoce que se trata de un acuerdo de voluntades y que el particular es un colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados al Estado, el cual tiene que velar a su vez por la observancia de sus derechos. Por esa razón, en esta segunda etapa, se materializa la justicia conmutativa toda vez que se ha pretendido que exista una equivalencia de derechos entre las partes y no desmejorar las condiciones previas a la suscripción del contrato como tampoco desconocer la obligación de satisfacer el interés general.

Durante la ejecución del contrato se armonizan la justicia general y la particular, pues no se puede perder de vista la posición del contrato como medio para lograr los cometidos estatales (justicia general). Pero ya no existe la posición superior de las entidades públicas en la relación contractual, salvo unas situaciones en cuanto al ejercicio de las cláusulas excepcionales cuya finalidad es garantizar la prevalencia del interés general. En la ejecución del contrato se materializa la noción de justicia particular (distributiva, conmutativa y correctiva) porque sigue siendo el contrato el medio de asignación de los recursos y además durante su ejecución se evidencian momentos en los que se materializa la distribución de riesgos, también como una manifestación de la justicia distributiva pues se asignan cargas. De la justicia correctiva, pues, se pretende no desmejorar las condiciones previas de las partes del contrato estatal.

En la etapa de ejecución del contrato existe la posibilidad del ejercicio del derecho sancionador por parte de las entidades estatales, como herramienta que pretende garantizar la correcta destinación de los dineros públicos; el adecuado funcionamiento de los bienes y servicios adquiridos, y, la satisfacción de las necesidades que generaron la contratación. En esta etapa se evidencia más una actuación administrativa que una actuación contractual; en las decisiones administrativas contractuales se denota la diferencia entre el contrato público y el privado, pues no existe una igualdad aritmética entre las partes, como lo pregonaba Aristóteles, en relación con la justicia conmutativa. ¿Existe justificación para ello? Sí, la prevalencia del interés general sobre el particular, ¿argumento de autoridad? No, fundamento de la justicia general y distributiva.

En materia de contratos públicos y de actividad contractual pública se ha de tener en cuenta que la finalidad es la satisfacción del interés público, y el contrato es un medio para lograr tal fin. Por esta razón, debe existir en esta materia una armonización entre lo público y lo privado, entendiendo así que no todas las decisiones que se tomen en la actividad contractual pública son de actividad administrativa.

Entre los actos administrativos y los contratos existe un punto de intersección cual es la necesidad de satisfacer el interés general. En los actos administrativos, impregnados de derecho administrativo se crean unilateralmente deberes y vínculos obligacionales, mientras que en los contratos, la presencia de la autonomía de la voluntad reconoce una formación distinta del mismo, más aún, cuando en la actualidad los particulares tienen participación activa en la fijación de las reglas y procedimientos que regirán los procesos de selección de los contratistas llegando, incluso, a reconocerse su coparticipación en la planeación de las

actividades que, con ocasión del contrato, se tienen que entregar como producto. Existe ahí una primera diferencia con el acto administrativo, lo que evidencia el synallagma del contrato público. Esta mayor participación de los particulares coincide con el modelo de Estado Subsidiario, en donde la presencia estatal es menor, y donde efectivamente el particular es un colaborador de la administración para guiarla en sus actuaciones y así cumplir sus fines, dado que el particular cuenta con unos conocimientos especiales que le permiten aportar a la entidad pública en la valoración de las mejores opciones para la satisfacción del interés público.

Toda teoría del derecho de los contratos debe ser consistente con la idea que las obligaciones contractuales son aceptadas y adoptadas voluntariamente, por eso el consentimiento entre las partes es fundamental. También, toda teoría de los contratos da cuenta del efecto relativo de los mismos, en virtud del cual, como las obligaciones son voluntarias, existen entre las partes del contrato; por tal razón, los derechos contractuales son personales por su naturaleza correlativa (Giraldo, 2014).

En la tradición civilista (Giraldo, 2014) se habla del efecto correlativo de los contratos, razón por la cual se ubican dentro de la justicia particular. Sin embargo, no se puede predicar lo mismo de los contratos estatales, pues su efecto obligacional no es solo entre las partes, toda vez que los incumplimientos de dichas obligaciones afectan, no solo a la entidad estatal, sino a los particulares miembros del Estado. Supóngase que se ha celebrado un contrato cuyo objeto es el suministro de raciones alimentarias como complemento nutricional para niños y niñas en edad escolar. Los incumplimientos del contrato afectan a las partes contractuales, pero resultan más afectados los beneficiarios de dicho complemento

nutricional que la misma entidad pública contratante. Entonces, en la teoría de los contratos estatales no existe un efecto correlativo de los mismos ni un efecto relativo de las obligaciones. Ello se ve materializado en el artículo 3 de la ley 80 de 1993 cuando señala que *“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”* Así; la misma ley, acorde con la teoría del contrato estatal, no reconoce el efecto relativo de las obligaciones de los contratos públicos toda vez que el contratista cumple una función social y en virtud de ella adquiere unas obligaciones.

El análisis hecho por Hevia (2008) en cuanto a la tesis expuesta por Antony Kronman en *Contract Law and Distributive Justice*, en la que presenta una teoría del derecho de los contratos fundada en la justicia distributiva, según la cual, cualquier modo de entender la voluntariedad de los contratos que no tenga en cuenta la justicia distributiva no tiene sentido alguno y que la interacción contractual de las partes es un medio para promover la justicia distributiva. Para Hevia, dicha teoría no da cuenta del efecto relativo de los contratos ni toma seriamente el papel central del consentimiento de las partes.

Según Kronman, (citado por el referido autor en su ensayo) el requisito de voluntariedad no puede entenderse simplemente en función de la idea de libertad individual. Para determinar si una de las partes de un contrato consintió voluntariamente al acuerdo, debemos determinar si su contraparte se aprovechó de aquella de un modo impermissible moralmente. Igualmente, Kronman considera que cuando entendemos la idea de aprovechamiento de otro en un modo amplio comprendiendo los métodos de obtener ganancias que la moral convencional acepta, resulta más claro que en todos los contratos,

cada una de las partes se aprovecha de su contra parte. Por ejemplo, cuando A celebra un acuerdo contractual y explota una ventaja especial que tiene en relación con su contraparte B y para las dos partes existe un intercambio ventajoso; sin embargo, no toda forma de aprovecharse del otro es admisible.

Por ello, nace el principio de libertad bajo el cual el aprovechamiento es permitido siempre que no infrinja derechos de los demás. Pero este principio complementado con el del utilitarismo puede maximizar la satisfacción de los intereses de los individuos. Según el utilitarismo, los términos de cooperación social apropiados son los que maximizan la suma de la satisfacción de los intereses racionales de los individuos.

Los utilitaristas dirían que es permisible que un individuo se aproveche de otro si permitirlo aumenta la utilidad o bienestar esperado de la comunidad. Ahora bien, el problema con el utilitarismo es que no es individualista en el sentido relevante tal como sugiere Rawls, pues no toma en serio la separación entre las personas. Para los utilitaristas, como Bentham, (2008) la autonomía no tiene valor *per se*, es decir, tiene simplemente valor instrumental. Por ejemplo, el utilitarismo a veces requiere el sacrificio de los intereses de un individuo para promover los intereses de los demás. En consecuencia, el utilitarismo no es compatible con la naturaleza individualista del principio de la libertad y, entonces, no puede complementarlo.

Kroman habla del principio del paretianismo de acuerdo con el cual, está permitido aprovecharse de otro en una interacción contractual, si haciéndolo se beneficia a la parte explotada en el largo plazo. Todas las personas, tienen el mismo derecho a que no se reduzca su bienestar, con el único propósito que aumente el de otro. Según el paretianismo la relación normativa que importa no es la relación entre las partes sino de la de cada una de las partes

con el ideal distributivo y eso podría aplicarse a los contratos estatales, toda vez que la actividad contractual pública, de acuerdo con el principio paretiano, se entiende como la transacción que genera efectos en el interés general en la comunidad, no solo entre las partes, y por ello se estaría en presencia de justicia distributiva.

De acuerdo con Kroman todos los recursos pertenecen a un fondo común, como se trata en la actividad contractual pública, donde se tiene que los recursos económicos con los que se respalda la ejecución de los contratos, son recursos públicos. Por eso las partes del contrato estatal deben considerar los efectos que la transacción tiene frente a terceros, razón por la cual no habría un efecto relativo ni correlativo en estos contratos sino un efecto distributivo y por eso al utilizar dichos recursos debe hacerse pensando en el bien común. Por lo anterior, el consentimiento como la voluntad en la actividad contractual pública y en los contratos estatales, se deben entender en función de la justicia distributiva y en la medida en que el contratista es un colaborador de la administración; así también, debe entenderse su voluntad y su consentimiento.

De acuerdo con lo expuesto puede decirse que en los contratos estatales y en el íter de los mismos, no existe como tal la aplicación de la justicia correctiva, sino que se evidencia más la aplicación de la justicia distributiva y por ello, la autonomía de la voluntad en tales contratos y en tal actividad, se comprende y compromete de manera distinta a los contratos privados en los que se está en presencia de la justicia correctiva. Ahora bien, existen algunas excepciones, ya mencionadas, en donde se evidencia la aplicación de la justicia correctiva en dichos contratos.

El concepto de justicia de John Rawls (Rivera, 2011) se enfatiza en la necesidad de construir una pauta de distribución equitativa de las ventajas y desventajas provenientes de la cooperación social para disminuir desigualdades, sin menoscabar la libertad individual. Rawls busca establecer los principios morales que orienten una sociedad ordenada, que los individuos sean los más justos y adecuados a sus expectativas particulares. Habla del concepto de razonabilidad entendido como un deber y un sentimiento de cooperación equitativa y del concepto de racionalidad en el sentido de provecho personal. Así las cosas, en materia de actividad contractual pública, debe aplicarse lo razonable como sentimiento de cooperación y por tanto la autonomía de la voluntad no debería ser en cuanto a lo racional que actúa en pro de un interés particular, sino que dicha autonomía debe ser en cuanto a lo razonable porque supone la subordinación de lo racional y prioriza lo justo sobre lo bueno. Es decir, esa voluntad y ese consentimiento se mueven por intereses de orden supremo o general; de tal manera se logra que los particulares le den firmeza a esta institución y consideren que satisface sus necesidades.

De acuerdo con lo anterior, debe enfocarse hacia una sociedad ordenada donde se reconozca la libertad y la igualdad y se regulen ciertas actividades como el mercado para, de esta manera, promover la justicia, situaciones que deben aplicarse a la actividad contractual pública y a los contratos del Estado, con el objeto de que se cumplan realmente los fines constitucionales que fueron radicados en cabeza de las entidades públicas. Si los conceptos de Rawls se aplicaran, no habría duda que la actividad contractual de las entidades estatales estaría orientada por los postulados de la justicia distributiva, como también por los principios de lo razonable en pro del interés.

Luego de analizar el contrato estatal y la justicia conmutativa, se plantea el análisis del principio de legalidad como orientador de la actuación administrativa y la gestión contractual de las entidades públicas, con el fin de comprender su relación con la justicia distributiva y conmutativa y la incidencia que tiene en el desarrollo de la contratación de las entidades públicas.

1.3. Principio de legalidad, justicia distributiva y conmutativa

El principio de legalidad se ha entendido como aquello que es permitido bajo el sustento de un marco de derecho. Ahora, por justicia, se entiende “lo que debe ser” (derecho normativo), velando por los intereses de todas las personas morales o físicas, en otras palabras, define el marco de derecho en que se debe mover la legalidad. Dicho principio en la contratación impone a las autoridades administrativas una obligación para realizar todas y cada una de sus actuaciones como ente representante del Estado, conforme al debido proceso, a la planeación, respetando los principios que rigen la contratación de la administración pública.

Aristóteles, parte del supuesto de que la legalidad implica la justicia, pues las leyes introducen un orden (*kosmos*) que hace posible no sólo la convivencia, sino también la aspiración de alcanzar una vida buena. Aunque el conjunto de normas imperantes en una sociedad concreta no cumpla plenamente con las exigencias de la justicia, su mera eficacia ya implica un mayor grado de justicia en comparación con aquellas sociedades en donde no existe una legalidad definida o donde ésta no se respeta (Rueda, 2018). Para Aristóteles el concepto de legalidad presupone no sólo una regularidad en las conductas, sino también una referencia a la justicia. Porque la ley (en su sentido normativo) contiene el mandato de vivir

conforme a la virtud y la prohibición de comportarse de manera viciosa. Como dirá más tarde San Agustín, la diferencia entre las leyes y las órdenes dadas por un ladrón (o por un tirano) es que en las primeras existe una demanda de justicia de la que emana su autoridad.

Si la legalidad implica justicia, es evidente que el marco legal de la contratación estatal se desarrolla con base en el principio de legalidad, y siguiendo los postulados Aristotélicos, cumplir cabalmente con el principio de legalidad es obrar de manera justa.

En materia de contratación estatal, armonizando estos dos principios se señaló en circular conjunta No 034, de fecha 28 de octubre de 2011, emitida por la Procuraduría General de la Nación, la Auditoría General, y la Contraloría General en su seccional de Santander, del principio de legalidad al principio de eficacia “Conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas están llamados a desarrollar la gestión encomendada para que se cumplan los fines del Estado mismo, consagrados en el artículo 2 Superior, que reza:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

El principio de legalidad implicaría, entonces, que los servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas y que intervienen en la actividad contractual del Estado, cualquiera sea su régimen legal, sólo puedan y deban ejercer las funciones y competencias que les han sido asignadas, en el marco de la normatividad vigente. Se considera eficaz, para que la contratación satisfaga la necesidad que la originó, y, por tanto, el interés general que la motiva. Aquí, se concreta de forma fehaciente el principio de eficacia, según el cual los procedimientos están llamados a cumplir la finalidad perseguida, y de eficiencia, para que la contratación se realice en el menor tiempo posible y con la menor inversión de recursos, directriz que concreta a su vez el principio de economía para que la contratación impacte favorablemente la misión de la entidad y a través de su cumplimiento, la comunidad a la que se dirige.

Bien vale la pena preguntarse si el alma del contrato está en la autonomía de la voluntad o en el logro de los fines superiores. Se afirmará que lo que respecta al contrato estatal está en el logro de los fines superiores.

Inicialmente, en materia de actividad contractual pública, podemos señalar que se deben alcanzar fines generales y se debe maximizar alcanzar esos fines. Es decir que la sociedad y más exactamente el Estado debería actuar también en procura de maximizar los fines que van a redundar en beneficio de la sociedad, lo que representa realizar el mayor bien colectivo. Entonces, una sociedad está correctamente ordenada y es justa cuando sus instituciones están dispuestas de tal modo que realicen la mayor suma de satisfacciones; así, deben existir unas reglas que se deben respetar para lograr esa mayor satisfacción y solo se abandonan en circunstancias especiales si se maximiza esa utilidad o bienestar general. La

crítica que se le hace al principio de utilidad es que éste no comprende las libertades de igualdad ciudadana ni que los derechos asegurados por la justicia no estén sujetos a negociación.

Se ha considerado que la teoría del contrato social es rival del principio de utilidad porque la teoría del contrato social supone que todos los individuos deben escoger juntos lo que consideran que es justo y lo que se debe considerar injusto. Esa teoría parte de la base que existe una misma condición de igualdad para todos, razón por la cual no se acepta que unos renuncien o no hagan ciertas cosas para lograr un mayor bienestar general porque lo que debe haber entonces son compensaciones.

Ahora, en cuanto a las participaciones distributivas, según las entiende Rawls se ven reflejadas en la posibilidad de que exista el derecho a las mismas libertades, que las desigualdades sólo se justifican en la medida en que redunden en beneficios para todos y que existan instituciones abiertas para todos. En este aspecto, podría pensarse que los procesos por convocatoria en desarrollo de la actividad contractual pública corresponden a las participaciones distributivas porque todas las personas tienen posibilidad de participar y eso, sin duda, materializa aspectos distributivos de las instituciones porque controla la asignación de derechos y obligaciones en la estructura social. Los principios de libertad e igualdad se aplican a la estructura básica, es decir, a las instituciones principales del sistema social, la constitución política, las instituciones económicas y las instituciones sociales.

Desde el punto de vista del concepto de la justicia distributiva señalado por Rawls, las participaciones distributivas generan eficiencia en la medida en que dan más beneficios generales, lo que se debe tener como norte a seguir en la actividad contractual pública. Por

ello, el contrato se convierte en un medio para servir al interés general y aumenta las perspectivas de otros y los beneficios de la sociedad en general, esto para hacer que las instituciones eliminen la oposición de intereses. Así, considerando el contrato como una institución, los intereses de las partes contractuales no sean disímiles sino equivalentes, porque lo primordial es satisfacer el interés general.

Es evidente que existe una estrecha relación entre la justicia distributiva y conmutativa y el contrato estatal, amparada en el principio de legalidad, pues la distribución de recursos que a través del contrato se hace, representa la justicia distributiva y algunas actuaciones contractuales representan la justicia conmutativa. Lo anterior también se evidencia en el caso de la distribución de riesgos y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato; implica entonces que el principio de legalidad tiene la finalidad de materializar la justicia distributiva y la conmutativa.

1.4. Justicia Libertaria: modelo económico de la Teoría Institucional y el equilibrio institucional y gestión contractual pública

La justicia general descrita por Aristóteles en *Ética a Nicómaco*, y luego adaptada por Santo Tomás de Aquino, denominaba a la justicia, justicia legal cuyo fin era el bien común y buscar desarrollar dicho bien, la justicia legal otorga derechos a la comunidad y deberes a sus integrantes.

Si bien resulta evidente que la justicia distributiva y conmutativa guardan estrecha relación con la economía, pues ésta es entendida como la ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos. Se puede afirmar que desde las corrientes de la filosofía tanto distributiva

como conmutativa y correctiva, el derecho y la economía son disciplinas que comparten objetos de estudio, tales como la regulación, la asignación, la distribución, los bienes, la escasez, pero desafortunadamente pocas veces han sido estudiadas de forma conjunta para dar explicación y posibles soluciones a varios de los principales problemas que son comunes a las sociedades y afectan la vida política organizada.

Por ello, dada la armonía existente entre el derecho y la economía, y partiendo desde el derecho económico, el contrato estatal está en condiciones de adoptar una nueva perspectiva para que las decisiones que se adoptan por el ejecutivo se piensen en términos de eficiencia, eficacia y adecuada distribución de los recursos. En ello, el derecho administrativo se queda corto, pues si bien se mencionan los principios que lo rigen, y dentro de ellos se encuentran los de economía, eficiencia y eficacia, han resultado insuficientes en la aplicación de la contratación estatal, porque su objeto de estudio no ha sido como tal el mercado. El extremo rigorismo del derecho administrativo dificulta adoptar decisiones que en contratación estatal consulten la adecuada distribución de recursos y entender las decisiones que en materia de contratación estatal se adoptan como decisiones administrativas, impide también aplicar en armonía los postulados del derecho económico.

Entendiendo el derecho económico como el conjunto de normas destinadas a la administración eficaz y razonable de los bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad con el fin de alcanzar una estabilidad equitativa y permanente, es claro que el contrato estatal puede encontrar un buen asidero en el mismo. Esta perspectiva se propone para de esta manera entenderlo como un medio y no como un fin, lo que permitirá en últimas que, a través del mismo, se adopten mejores decisiones no solo en cuanto a la satisfacción

del interés general, sino también en cuanto a la actuación misma del Estado para la configuración del contrato, la ejecución del mismo y las actividades posteriores a su ejecución.

Al estudiar el contrato estatal con una nueva perspectiva desde el derecho económico, se puede decir que se hace en términos de economía de mercado, que se caracteriza por retomar los postulados liberales de la comprensión clásica del Homo Economicus y cuyo principal paradigma lo constituye la búsqueda de la eficiencia. Se conforma así una noción de la justicia objetiva y bajo la cual deben inspirarse tanto el Estado como el Derecho, ya que la justicia integra una virtud esencial sin la cual no es posible que exista orden social. La justicia como tal no debe desvincularse del contenido moral, ya que, si no contara con la inclusión de este aspecto, no se podría desarrollar el derecho, puesto que la moral conforma el respaldo que tiene la persona, y su fundamento son las normas objetivas de moralidad. Pero esto no impide que tenga un vínculo estrecho con la verdad, ya que debe existir concordancia con lo que se considera que es cierto.

De acuerdo con los parámetros de la teoría libertaria de la justicia (Quiroga, 2017) se parte de la libertad como premisa fundamental respecto de la cual se debe edificar un modelo de convivencia organizada y el papel del Estado se refleja en garantizar los mínimos esenciales de esa libertad. Dentro de este modelo de la teoría libertaria de la justicia, existe la teoría institucionalista y equilibrio institucional, que fueron más allá del estudio de las relaciones de transacción existentes entre productores y consumidores en el escenario del libre mercado, cuestionando el modelo del equilibrio perfecto neoclásico pues considera que

éste no tiene en cuenta un factor vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el mercado, las instituciones.

Bajo este modelo de la Teoría Institucional, o la Nueva Escuela Institucional, se determina el papel que juegan las instituciones y el diseño institucional en la forma como se asignan y distribuyen los recursos en una sociedad. Desde esta perspectiva, la actividad contractual de las entidades públicas puede considerarse como una institución, dada la complejidad de los asuntos que desarrolla y así, redimensionar su concepto para entenderla como una herramienta de gestión pública, o una gestión contractual pública que permita analizar, desde el mercado la reducción de costos de transacción, generando un mejor impacto en la administración pública, para que no se determine solo como una mera actividad administrativa rígida, inflexible, en virtud de la cual, dada la legalidad y formalidad extrema de los procedimientos, se llegue a situaciones que no son justificables desde el punto de vista económico al no reportar ningún grado de eficiencia (Vargas, 2005).

La justicia distributiva se fundamenta igualmente en el bien común y hace alusión a los vínculos que tiene la persona con el Estado. Es la que distribuye entre aquellos las cargas públicas, las labores, los beneficios y los honores, conforma la atribución que le da el Estado a quienes integran la comunidad. La justicia conmutativa es aquella que reglamenta los vínculos interindividuales o vínculos contractuales, desarrollándose en el entorno de la vida privada de las personas, conforma la justicia igualitaria y se basa en el principio de reciprocidad y contraprestación (Giraldo 2014).

La base fundamental de justicia conmutativa está conformada por el contrato o acuerdo de voluntades, donde uno o varios individuos se comprometen u obligan con otra u

otras personas en la entrega de una cosa o prestación de un servicio. Desde que surge el convenio y en la medida en la que no involucra realización de acciones inmorales, nace la obligación de efectuar el servicio o entregar la cosa al instante y modo pactados. Entre tanto, la justicia distributiva conforma la expresión de la virtud de la justicia que se lleva a cabo en la distribución de bienes y cargas o tareas entre los integrantes de una comunidad.

La justicia debe evolucionar y acomodarse a los nuevos requerimientos de la sociedad y, conforme a ello, deben estar bien instauradas las bases y los principios que acarrearán la realización de un vínculo contractual, los que como se ha descrito, no deben solo formularse con base en la justicia distributiva, conmutativa y general, sino que conviene adaptarse a principios de la teoría institucionalista y del equilibrio institucional.

1.5. Conclusiones del primer capítulo.

De acuerdo con lo expuesto en el presente capítulo, al estudiar el componente filosófico de la contratación pública, se evidencia que existe una relación con teorías de justicia toda vez que el objetivo del mismo, así como el de la actividad contractual y la gestión contractual pública se enmarca dentro de los presupuestos de la justicia. Lo anterior se demuestra en la medida en que conlleva la distribución de recursos, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y la existencia de un marco institucional dentro del cual se desarrolla la referida actividad. Entonces más allá de considerar la contratación del Estado como un tema procedimental, importa entender su filosofía, razón por la cual, los postulados de la teoría de justicia libertaria favorecen una nueva perspectiva desde el derecho económico y la gestión pública.

Existe una estrecha relación entre justicia y economía, siendo la economía uno de los más importantes principios de la contratación pública, en el que confluyen los postulados de economía y justicia. Respecto del interés general, racionaliza la autonomía de la voluntad y fortalece las instituciones, hecho este que permite identificar, que el alma del contrato estatal no está en la autonomía de la voluntad sino en el logro de fines superiores.

De igual manera se pudo establecer que entre el contrato y la justicia hay una relación permanente, toda vez que el contrato es una relación de justicia entre lo que se da y lo que se debe, distribución y compensación de bienes y cargas, existe una justicia en el intercambio. Lo dicho permite viabilizar la aplicación de la teoría institucional en la contratación pública al considerar la contratación como una institución, porque esta teoría considera que las instituciones son un factor vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el mercado.

Tanto en la teoría institucional como en la Nueva escuela institucional, se hacen estudios más allá de las relaciones de transacción existentes entre productores y consumidores en el escenario del libre mercado, hecho este que se debe aplicar en la gestión contractual de las entidades públicas, en aras de promover un adecuado gasto público, un intercambio de bienes y servicios simétrico generando bienestar agregado. Así, si bien se evidenció que el derecho administrativo tiene relación con la justicia distributiva, dado que su objeto de estudio entre otros es el contrato estatal, resulta conveniente, en materia de gestión contractual pública, tener como objeto de estudio el mercado en el que se desarrolla la institución de la contratación de la administración pública, para que, aplicando los

postulados de justicia distributiva en la economía, el Estado regule y fortalezca la institución de la gestión contractual de la administración pública.

Otra conclusión es que conviene armonizar economía y derecho, con base en los postulados del Neoinstitucionalismo, entendiendo la gestión contractual pública como una institución que funge en un escenario de mercado, donde el Estado brinda un producto para asignarlo y redistribuirlo de mejor manera, siendo el contrato el medio para conseguir dicho fin, como presupuesto de equilibrio en las decisiones de gestión contractual pública. Así hablar de un gestor público y no de un ordenador de gasto, significa hablar de una comprensión jurídica y económica para que las decisiones se construyan fundamentadas en derecho (legalidad), pero con un efecto útil (mejor asignación), lo que implica armonizar el modelo de justicia y el modelo económico (NEI y economía de mercado).

2. Naturaleza Constitucional y Principio de Legalidad como habilitantes del Derecho Administrativo y su incidencia en la Contratación Pública

La transformación política que sufrió el país con la Asamblea Nacional Constituyente, fue una de las más relevantes junto con la promulgación de la Constitución Política (1991). Dicha transformación se generó a partir de la inclusión de principios y derechos que orientan la estructuración política, social y económica del país como un Estado Social de Derecho, haciendo alusión a todos los individuos que viven dentro de la sociedad colombiana y que abarca necesariamente la actividad de la administración o personas de derecho privado.

Estos principios que se encuentran inmersos dentro de la Constitución, hacen alusión concretamente a la parte de la contratación estatal que se encuentra contenida en ella y que tiene que ver directamente con la actividad desarrollada por los funcionarios públicos. Razón por la cual, de acuerdo con el texto constitucional colombiano, se infiere que se entiende la contratación como función administrativa y existe una estrecha relación entre el artículo 3 de la ley 80 de 1993 y el artículo 2 constitucional, por cuanto la contratación es un medio para cumplir los fines del Estado. En igual sentido, la parte concerniente a los principios de responsabilidad y economía desarrollados en la Ley 80 (1993), tienen un vínculo obligatorio con el interés general que busca conseguir el Estado y la preeminencia de la Constitución.

Las reglas establecidas dentro de la Constitución se encuentran direccionadas a través de un principio que direcciona la actividad reglamentada por el Estado, el cual es dirigido por los servidores públicos, encausado concretamente hacia la contratación estatal como aquella labor que busca conseguir los objetivos de la administración. Todo acto y actividad

del Estado, está basado en principios constitucionales, aspecto que se va a analizar en esta parte del trabajo.

De otro lado, se va a estudiar también lo concerniente a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal y el uso y aplicación plena en relación con los fundamentos jurídicos sobre los cuales se cimenta este principio. En igual sentido, analizar el papel que debe jugar el principio de legalidad en las distintas fases de la contratación estatal, con el fin de determinar, si este principio debe predominar como constante y respuesta a las facultades excepcionales del Estado que conforman el juicio para determinar un contrato estatal y cuyo concepto de excepcional, comprende una facultad discrecional con que cuenta el funcionario público para realizar sus potestades en aras de lograr el amparo de los intereses del Estado al momento de verse perjudicados en la ejecución de un proceso contractual.

Así mismo, se analizará el derecho esencial del debido proceso que se encuentra estipulado en la Constitución política (1991), para las actuaciones del Estado que orientan la formación del contrato estatal. En cada momento del contrato se requiere seguir unos procesos, con el fin de que las entidades que conforman el aparato estatal puedan alcanzar los objetivos constitucionales para los cuales fueron creados, actos que, en la actualidad, se catalogan como actos y contratos administrativos, mecanismos a través de los cuales se ve manifestada la voluntad de las diferentes autoridades. Este análisis, dada la finalidad de la presente investigación, se hará en relación con el tema de los costos de transacción, entendidos desde el punto de los postulados de la NEI para así determinar su incidencia en la actividad contractual desplegada por las entidades estatales. Se abordará, también, un análisis

del derecho administrativo, con base en los postulados de la NEI, en aras de establecer si se aplican o no dichos preceptos, para así lograr determinar la insuficiencia del derecho administrativo en la contratación de las entidades estatales o el redimensionamiento del mismo.

Para Colombia, el procedimiento de la contratación estatal se fundamenta concretamente en el derecho fundamental del debido proceso, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política (1991), tanto para las actuaciones judiciales y como para las administrativas. Por lo tanto, el establecimiento de los actos jurídicos que produce el Estado en la práctica de su labor administrativa, se debe fundamentar en un debido proceso, lo que conlleva a que tanto los actos administrativos como los contratos, en su etapa previa de configuración, deben haber cumplido con un procedimiento que respalde aspectos tales como la participación ciudadana, la publicidad, la eficiencia, la economía, la transparencia, etapas probatorias y demás determinaciones que respaldarán el ejercicio de la función administrativa y el amparo de los derechos fundamentales de los ciudadanos. También para poder usar un procedimiento para la generación de un acto jurídico, debe contar con un compromiso legal que deben asumir las autoridades administrativas, y que engloban necesariamente una determinación justa. Dentro del desarrollo de este capítulo, se va a analizar toda la trascendencia que tiene el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas para el perfeccionamiento y ejecución de los contratos y la dimensión meramente procedimental que tiene en la actualidad, la que para efectos de la contratación pública, requiere tener en cuenta otros aspectos que permitan tomar decisiones en términos económicos.

2.1. Trascendencia del estado constitucional y su incidencia en la actuación estatal

A partir del Artículo 4 de la Constitución de 1991, bajo el cual se establece que la constitución es la norma de normas y que ante el evento de que exista cualquier obstáculo entre la constitución y una regla inferior, deben prevalecer primordialmente las normas constitucionales se evidencia la trascendencia del estado constitucional. Los razonamientos generales, llamados también “marco institucional” son necesarios para que la constitución satisfaga totalmente el principio de supremacía.

El marco institucional como norma suprema, que restringe no únicamente la labor de las entidades del Estado, sino también la autenticidad del resto de principios que conforman el ordenamiento jurídico, lo constituye el Estado constitucional. Por lo tanto, se deben mencionar las particularidades o características que conforman el Estado constitucional y su papel dentro del marco institucional.

El Estado constitucional es una forma de organizar el poder público, donde la Constitución deja de ser un documento únicamente enunciativo, que elabora, distribuye y ordena un plan, pero que no instaura ninguna clase de compromiso directo para las autoridades estatales, como sucedía con el Estado de derecho clásico. Por el contrario, con base en su naturaleza de norma esencial (como lo instaura el artículo 4° de la Constitución), ésta se puede utilizar directamente sin requerir un anticipado desarrollo legal. Por lo tanto, siendo la constitución un principio esencial del Estado, se comprende que no existe Estado constitucional sin jerarquía del orden jurídico, lo que significa, que existe una validez, ya no únicamente formal sino material de las normas, que surge a raíz de su vínculo con las normas superiores, tanto de lo relacionado con el procedimiento y entidad acreditada para su

instauración, así como del asunto de que trata y que debe estar de acuerdo con los valores, principios y demás normas constitucionales.

Según Gaustini (2009), para hablar de la constitucionalización de unos preceptos jurídicos, se deben cumplir ciertos requisitos esenciales. Este procedimiento de constitucionalización no es homogéneo, pero de todas formas es progresivo, a causa de que existirán Estados donde se encuentre más consolidado que en otros. Por lo tanto, Gaustini (2009) señala:

[...] por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual es el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invasiva), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (p. 30).

En Colombia estas restricciones se presentan de forma irregular, debido a que algunas de ellas están en un nivel más desarrollado que otras. Dentro de estas restricciones o condiciones se encuentran las que se mencionan a continuación.

- Una constitución rígida: Vinculada con la constitución, de acuerdo con la condición de ser la norma esencial, debe ser por escrito, y debe prevenir una técnica más inflexible para su modificación que la usada para la reforma de una ley, en lo referente a que debe contar con más ciclos, requerir un número especial para su consentimiento, es decir, debe constituir un proceso “difícil o trabajoso” para la puesta en marcha de dicha transformación a la norma. Este punto de la rigidez o no de la constitución obedece a la probabilidad del control que se pueda realizar sobre los procesos de

reforma de la constitución. En Colombia, al observar las normas que reglamentan la reforma constitucional (Título XIII, artículos 374 a 379 de la Constitución Política), de acuerdo con Zuluaga y Marín (2013), se determina que en principio es rígida ya que el proceso que se posee con antelación para su reforma, es más riguroso que el que se utiliza para las normas ordinarias.

Sin embargo, en Colombia se ha visto que esta rigidez no es tal debido al gran número de reformas que ha tenido la misma en los primeros 20 años de vigencia, que asciende a 38 reformas (Zuluaga & Marín, 2013). La Constitución rígida también hace alusión al hecho de que debe contener valores, principios y derechos básicos, que conlleva a que exista una Constitución escrita que para poder efectuarle reformas requiera de mayor dificultad que la reforma de una ley o de cualquier otra norma de inferior jerarquía, que considera que es la regla de jerarquía superior dentro del ordenamiento jurídico y está amparada bajo cualquier propósito de modificación. Todas las demás normas infieren su validez a partir de la Constitución, sin mayor fuerza vinculante. El nivel de rigidez tiene que ver con la mayor o menor dificultad de reforma o modificación, e igualmente, de los alcances que pueda tener. La existencia de cláusulas inflexibles declaradas al interior de la Constitución o reconocidas por el tribunal constitucional, puede generar la incorporación de transformaciones esenciales dentro de su texto, así estén conforme a todas las exigencias formales (Lancheros, 2009).

- La garantía jurisdiccional de la constitución: Esta particularidad hace mención a que, dentro de la estructuración estatal, debe existir un ente delegado para proteger la integridad de la constitución, es decir, que debe existir un órgano y un proceso que

permita la constatación de la correlación de la gran cantidad de normas que conforman el ordenamiento jurídico con lo establecido por la Constitución, teniendo en cuenta los aspectos tanto materiales como formales. Para Colombia, con la Constitución de 1991 se instauró que las entidades que se encargan de ejercer el control son: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y demás empleados jurídicos, así como los particulares por medio de la excepción de inconstitucionalidad (Zuluaga & Marín, J., 2013).

Esta garantía constitucional posibilita sostener la preeminencia constitucional y conservar el más alto grado de jerarquía en el momento en que una norma de rango inferior infrinja sus principios o normas. Garantía que puede constituirse en: i) abstracta o concreta, en el caso de que surja sobre una norma o un caso específico entre las partes, ii) a priori o a posteriori, de acuerdo con que surja antes o después de la vigencia de una norma de inferior jerarquía, o iii) concentrada o difusa, dependiendo si se realiza por un ente especializado, corte o tribunal constitucional, o se le posibilite a todos los jueces, al interior del entorno de su competencia (Lancheros, 2009).

- Fuerza vinculante de la constitución: Con este componente se concreta la idea de que la Constitución es una regla que genera impactos vinculantes inmediatos y por este motivo, no necesita de desarrollo legal para llevarse a cabo, por lo tanto, “toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos” (Gaustini, 2009, p. 158). En relación con este elemento, aún existe cierto aplazamiento o retraso dentro del sistema jurídico nacional, especialmente en la

utilización de las normas constitucionales que contemplan derechos sociales, ya que se estima que necesitan de un avance legal posterior (Zuluaga & Marín, J., 2013).

Dentro de las nuevas constituciones, existe un extenso número de derechos y libertades de naturaleza programática que requieren de la actuación estatal con el fin de proteger su disfrute total. Esta clase de derechos sociales que respaldan la igualdad material, implican relevantes gastos con cargo al presupuesto público, que han derivado en que ciertas personas no contemplen sino la posibilidad de contar con aspiraciones políticas y no identifiquen su esencia de derechos. Dentro de las constituciones actuales hay un gran número de declaraciones donde se asumen valores y reglas a manera de derechos, que requieren de una labor de análisis y centralización por parte de las autoridades públicas que tienen a su cargo de ponerlas en marcha. A causa de la manera en que se encuentran redactadas, no es factible interpretar efectos concretos y directos de aquellas normas que posibiliten su cumplimiento de acuerdos convencionales directos, circunstancia que ha generado que algunos no las estimen como normas.

De otra parte, el reconocimiento del poder vinculante de la Constitución, se refiere a que por encima de su contenido o de la forma como está redactada la Constitución en su esencia de norma superior, restringe la tarea de las autoridades públicas y de los particulares, sin requerir de otra norma que así lo disponga. La utilización directa de la Constitución constituye valoración de este poder vinculante, aspecto que no deja de lado que los operadores jurídicos que tienen la obligación de utilizarla, deban esforzarse por hacer un análisis o valoración lógica, un desarrollo legal y una ejecución presupuestal que posibiliten precisar los valores, principios y derechos de

la manera más concreta. La certidumbre sobre este aspecto, tiene que ver con la forma como el operador jurídico o quien vele por la Constitución cumpla a la perfección su labor (Lancheros, 2009).

- Sobre la interpretación de la constitución: Así la Constitución sea bastante extensa (En Colombia existen 380 artículos permanentes y 60 transitorios), no consigue prevenir toda la cantidad de situaciones que se presentan constantemente en la comunidad. Por lo tanto, y a causa de la naturaleza abierta de las reglas o normas constitucionales se debe efectuar un análisis y apreciación extensiva de las mismas. Teniendo en cuenta la finalidad e interpretación de la norma, así como su naturaleza axiológica. Lo que significa que el operador jurídico puede deducir normas que no se encuentran manifiestas dentro de la Constitución, pero que van de la mano con los preceptos que se encuentran dentro de la misma Constitución (Zuluaga & Marín, 2013).

Es la manera como se usa la Constitución para cubrir los vacíos de sus propias disposiciones y de todo el ordenamiento jurídico. Como ya se sabe, tanto el ordenamiento jurídico como la conducta humana posee lagunas o vacíos y no todo está reglado. Todas las autoridades se basan en la Constitución y en su esencia vinculante directa para hallar protección jurídica de sus actos, a causa de que dentro de su redacción se hallan reglas o normas que no pueden clasificarse concretamente como reglas, sino como principios, y de las cuales pueden surgir múltiples causas o consecuencias, más o menos apropiadas, obedeciendo a la calidad de la consideración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre las cuales se van a utilizar (Lancheros, 2009).

- Interpretación conforme de la Constitución: Cualquier texto brinda la oportunidad de analizarse de distintas formas. Las reglas no constituyen ninguna particularidad, especialmente en Colombia, donde existe gran cantidad de normas, leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, etc. Todas ellas, pueden ser analizadas y entendidas de distintas maneras, pero con el fin de que predomine el principio de la conservación del derecho, se deben relegar aquellas normas que vayan en detrimento a la Constitución (Zuluaga & Marín, J., 2013).

Esta característica se relaciona de forma directa con el ordenamiento infra constitucional. La preponderancia de la Constitución impone acondicionar todas las normas de rango menor a su contenido. En relación con este aspecto, se puede determinar que se pueden permitir diferentes análisis y no todos ellos son constitucionales. En consecuencia, únicamente los análisis que están de acuerdo con la Constitución pueden ser aceptados y únicamente cuando no se pueda entender o deducir una norma, y teniendo en cuenta los razonamientos de la norma suprema, debe ser proclamada como inconstitucional por parte de la autoridad competente o que no puede ser utilizada por los distintos operadores jurídicos. Como se puede observar, los métodos de análisis o interpretación que se usen, se manifiestan cruciales para determinar si una norma se puede considerar válida o adaptable al caso en particular y se deben definir unos márgenes de discrecionalidad, debido a que no se puede aceptar que la Constitución no cuente con su esencia vinculante o que deba ser escogida, si se presenta cualquier tipo de contradicción con una norma inferior. De igual forma, si la utilización concreta de la Constitución abarca sus impactos en los vínculos entre particulares, debe exigirse que en dichos vínculos se acaten los

principios, valores y demás asuntos de que trata la Constitución. Por lo tanto, no hay opción diferente de acatar las normas instauradas por ellos, para reglamentar sus vínculos, los cuales también deben ser analizados de acuerdo con la misma Constitución (Lancheros, 2009).

- La aplicación directa de las normas constitucionales: Lo que se espera de la Constitución es que ésta pueda ser utilizable de forma inmediata también en los vínculos con los particulares, por lo menos cuando el dilema que surge no pueda tener una solución sobre la base de la ley, puede ser a causa de que la norma presenta vacíos o puede ser que la ley brinde una solución, pero se considere injusta. Gómez (2012), describe este elemento:

Constitución invasiva, que se inmiscuye en el quehacer político, jurídico y social, asumiendo la determinación de los valores y los principios que deben guiar todos nuestros actos, de tal suerte la Constitución, se constituye en permanente referencia cotidiana, jurídica y política en la regulación de la sociedad y de sus grupos e individuos (p. 27).

Esto indica que, en Colombia, aún el proceso de constitucionalización se debe arraigar más. Se han presentado muchos inconvenientes en el desarrollo de este proceso de reconocimiento de los derechos y las dificultades que aún existen por solucionar alrededor de la fundamentalidad de estos y la constitucionalización del orden jurídico nacional (Zuluaga & Marín, 2013).

Esta característica relacionada con el reconocimiento de su fuerza vinculante, hace alusión a la prolongación de los efectos de la Constitución y las relaciones entre ciudadanos y los poderes públicos, y a las de los particulares entre sí. Se podía observar, cómo la idea original de la ley tenía como propósito primordial restringir el dominio de las autoridades

públicas en relación con los ciudadanos, mientras les permitía a los particulares realizar de manera autónoma las normas de sus vínculos con ciertos límites que fueron comprendidos inicialmente de forma limitada. Después, de forma gradual la labor legislativa fue trabajando sobre los vínculos entre particulares, fueran a nivel contractual o extracontractual, participando de manera concreta en ellas y proporcionándoles grados de justicia y equidad. De igual manera, esta transformación se ha dado dentro de la Constitución, empezando con los poderes públicos y luego se integraron valores y principios básicos que le fue otorgando de forma paulatina efectos a los vínculos entre particulares, pasando de una utilización a través del análisis de normas infra constitucionales que le dieran un avance a la Constitución, a una utilización concreta del texto constitucional en el entorno privado, sin requerir de utilizar normas de rango inferior. Se debe destacar que la utilización directa de la Constitución influye también en la habilidad de actuación de los particulares y restringe la probabilidad que ellos poseen para determinar de acuerdo con su voluntad, ciertas libertades públicas tanto a nivel contractual como extracontractual (Lancheros, 2009).

Dentro de las enormes transformaciones que trajo consigo la Constitución (1991), fue la inserción de un conjunto de principios y derechos de primera, segunda y tercera generación dentro de los cuales se encuentran: Bajo el Título I, artículos 1° al 6°, se instauran los principios básicos de la estructuración política, social y económica del país como un Estado Social de Derecho. Estos fundamentos hacen alusión a todas las personas, que sean nacionales o no, que habitan el territorio del país y todas las labores que se generan en el Estado o los particulares, abarcando las labores administrativas de derecho privado que se requieran para alcanzar los propósitos del Estado.

De esta forma, se comprende que estos principios tienen que ver concretamente con la contratación estatal, como sucede con el interés general que se encuentra en el artículo 1°, también la parte concerniente a los fines esenciales del Estado establecidos bajo el artículo 2°, lo relacionado a la soberanía bajo el artículo 3°, ya que el poder político lo lleva a cabo el mismo pueblo, por medio de sus representantes o funcionarios que conforman ese “cuerpo representativo”, sobre todo en aquellas situaciones donde el pueblo no conforma el poder político. También la parte concerniente al carácter de norma suprema que se encuentra establecido bajo el artículo 4°, ya que conforma una de las causas que le dan razón y cimiento a la estructura organizacional en relación con las reglas y principios, puesto que instaura el juicio bajo el cual se van a solucionar las problemáticas entre unos y otros o entre sí mismos, e igualmente el principio establecido bajo el artículo 6°, que hace alusión al compromiso que adquieren tanto los particulares y los servidores públicos que conforman los dos límites que integran el vínculo contractual del Estado.

A través de estos contenidos de la Constitución frente a la contratación estatal, se denota que existen vínculos entre principios legales y constitucionales. Al estudiar los principios que se encuentran establecidos bajo la Ley 80 (1993), se puede establecer que estos hacen alusión de igual forma a los principios establecidos bajo la Constitución como por ejemplo: La transparencia tiene que ver con el interés general, con los fines esenciales del Estado, e igualmente con el principio de la soberanía, puesto que esta se considera como un valor bastante importante para la puesta en práctica del poder político. Igualmente, tiene vínculo con el principio de responsabilidad que se encuentra bajo el artículo 6°, ya que tiene relación con la actividad que desempeñan los funcionarios públicos. También sucede algo parecido con la responsabilidad y la economía, ya que su definición dada bajo la Ley 80

(1993) se relaciona indispensablemente con el interés general, los fines esenciales del Estado, la soberanía, la preponderancia de la Constitución y la responsabilidad, que se encuentran estipuladas bajo el artículo 6° de la Constitución Política (1991).

De acuerdo con lo señalado anteriormente, quiere decir, por ejemplo, en el artículo 3° de la Ley 80 (1993), que existe un vínculo con el principio del interés general y con los fines esenciales del Estado, como se puede observar a continuación.

Artículo 3°.- 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, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones (Congreso de la República, 1993)

De esta forma, se puede determinar que es una regla que está encausada por un principio, o puede verse como un principio que está direccionado por la labor reguladora del Estado a través de los servidores públicos, que tiene que ver concretamente con la contratación estatal como una labor que está direccionada al cumplimiento de los propósitos de la administración pública.

De acuerdo con Sanabria (2017), se puede constatar de qué forma se vincula el contenido de las normas de la constitución con las Leyes, a través de lo que exponen ciertos autores como por ejemplo lo que manifiesta Zagrebelsky (2008) al señalar:

Los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, «constitutivo» del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas significan (p.110)

Sanabria (2017) también retoma lo mencionado por Dworkin (2012), que se ajusta a lo señalado por Zagrebelsky, según lo relacionado a continuación.

Al afirmar que los principios no son normas. Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”. Alexy, por el contrario, se distancia un poco de los anteriores autores al considerar que los principios sí son normas, pero coincide con ellos en que la función de los “mandatos de optimización” (como él denomina a los principios) es orientar la resolución de casos concretos con base en los criterios específicos (p. 52).

Así mismo, otros principios que guían la contratación estatal y que surgen concretamente de la Constitución, se encuentran establecidos bajo el Artículo 209 de la Constitución (1991), puesto que señala expresamente las bases fundamentales sobre las que debe cimentarse la práctica de la actividad de la administración, como se señala a continuación.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De acuerdo con lo anterior, esta determinación hace alusión a una acción, que es la labor administrativa, la cual debe estar regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales actúan como mediadores de la conducta, pero no determinan ni limitan ninguna conducta para la realización de otra, ni tampoco instauran ninguna clase de penalidades. Según Alexy (1993) conforman “mandatos de optimización” y también forman componentes constitutivos de la norma esencial, que están enfocados a direccionar la conducta de las autoridades administrativas. Es una determinación que está compaginada con los principios que se encuentran dentro del preámbulo de la Constitución, y básicamente con el Artículo 6° en relación con la responsabilidad de los particulares, y en este caso de la contratación estatal que hace referencia a los servidores públicos que son los que se encargan del manejo de las gestiones públicas.

De acuerdo con Sanabria (2017), los principios conforman las variables de los antecedentes a través de los cuales surgen las deducciones normativas relacionadas para instaurar vínculos de modificación, de eficacia, de propósito o acción, en relación con sus causas específicas. Estos vínculos son los que permiten instaurar, en el caso de la gestión administrativa, si una acción por parte de éstos entes está bien realizada o no, si el perfeccionamiento de un contrato se derivó en la prestación o no de un servicio eficaz por parte de las entidades estatales, si se han alcanzado o no los propósitos del Estado de situaciones fijadas en una regla, o si los comportamientos llevados a cabo por un servidor público están conforme a los valores deónticos definidos en una regla, conforme a los principios. También señala Sanabria (2017), que sólo las normas, únicamente posibilitan instaurar consecuencias jurídicas que surgen de los antecedentes normativos. sin embargo,

los principios son los que dejan establecido claramente la razón jurídica a través de la cual se deduce una consecuencia en relación con un comportamiento, o el aspecto por el cual se debe tomar como solución una, mejor que la otra.

Se puede analizar que existe un vínculo entre los principios que están estipulados en el Artículo 209 de la Constitución (1991), frente a otros principios constitucionales, y frente a principios legales y reglas. El principio de igualdad está considerado bajo este artículo y tiene que ver concretamente con el interés general que está estipulado bajo el artículo 1° de la Constitución, y a su vez con la reglamentación instaurada bajo el artículo 28 de la Ley 80 (1993), que hace alusión a la interpretación de los contratos estatales (Sanabria, 2017). Si se toma al contrato estatal como un componente que se encuentra vinculado con los hechos que se presentan o se llevan a cabo en la sociedad, debe admitirse que estos sucesos están regulados bajo la ley, enfocados en “principios” y abarcan componentes directivos que justifican el comportamiento de quienes lo llevan a cabo al concretarse, y que pueden tener que ver con los propósitos o acciones del Estado (Sanabria, 2017).

2.2. Naturaleza Jurídica de la contratación estatal como actuación administrativa

Dentro de la contratación que realizan los Estados, comprendida como un mecanismo para la realización de la función administrativa, de acuerdo con lo expresado por Marienhoff (1965), los contratos estatales surgen a causa de la relación jurídica que el Estado adquiere con los particulares para llevar a cabo sus propósitos administrativos. El Estado, por medio de la administración pública puede trabajar de dos maneras diferentes: Ejecuta por sí mismo la tarea a realizar o usa al administrado o particular para que trabaje con él. La ayuda que el Estado necesita del administrado puede catalogarse en obligatoria o voluntaria; en la primera

se genera una carga pública o prestación personal obligatoria que puede precisar de una requisición provisional de dinero o de cosas, y la segunda puede generar contratos con la administración pública (Marienhoff, 1965). Función administrativa que acarrea uno de los primordiales desafíos de reglamentación impuesta por el ordenamiento jurídico. De esta forma, lo manifiesta Eduardo García de Enterría (1963):

La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho Administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho Privado (pp. 110-111).

Lo anteriormente señalado, surge a causa de que se manifiestan en el entorno circunstancias de interés general que se deben tener en cuenta para evidenciar los argumentos que conllevan los actos jurídicos que surgen alrededor de esta materia. En cada Estado se generan distintos modelos contractuales con el fin de que las entidades que constituyen el aparato estatal puedan lograr los propósitos constitucionales que tienen a su haber. De acuerdo con Cassagne (2009), estos actos jurídicos se pueden comprender como actos administrativos y contratos, mecanismos a través de los cuales se encuentra manifestada la voluntad de las diversas autoridades.

En Colombia el proceso de contratación estatal se fundamenta indiscutiblemente en el derecho fundamental del debido proceso, debido a que bajo el artículo 29 de la Constitución Política (1991), se impone la utilización de un debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas. Por tal motivo, la creación de los actos jurídicos que produce el Estado en la práctica de su labor administrativa obliga a ampararse en un debido proceso. Es decir, que tanto los actos administrativos, como los contratos, antes de su materialización o

perfeccionamiento deben con antelación llevar a cabo un procedimiento que respalde entre otras cosas, participación ciudadana, publicidad, eficiencia, economía, transparencia, celeridad, etapas preclusivas y perentorias, entre otros, sin detrimento de los principios generales de las actuaciones administrativas amparadas bajo el artículo 209 de la Constitución Política (1991) y en el artículo 3 numeral 9 de la Ley 1437 (2011).

Para los actos administrativos, se utilizarán las disposiciones legales que los guíen, comprendiendo como norma general el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir la Ley 1437 (2011), mientras que para los contratos estatales, las estipulaciones serán instauradas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se encuentra establecido bajo la Ley 80 (1993). Estas determinaciones tienen la tarea de producir los avales necesarios para la práctica de la labor administrativa y el amparo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Necesariamente, en el Estado Social de Derecho, la generación de la voluntad para la celebración de contratos que lleve a cabo el Estado debe estar basada en el debido proceso, el cual se genera de acuerdo con los procedimientos que instaura el ordenamiento jurídico. De esta manera lo comprende Santamaría (2002) quien señala que:

La actuación formalizada de las Administraciones públicas no solo se realiza mediante la emisión de actos unilaterales (reglamentos, actos administrativos), sino también a través de acciones concertadas con otros sujetos de Derecho. Al igual que los sujetos privados, la Administración celebra habitualmente convenios o contratos (p. 185).

En el caso de Colombia sin desatender las polémicas doctrinarias acerca de la configuración del acto administrativo, con base en el cual se deduce la presencia de actos

administrativos bilaterales para incorporar los contratos entre estos, de acuerdo con lo expresado por Chávez (2008):

Una buena parte de la doctrina considera que el contrato administrativo es una especie del género acto administrativo. Así es como, al hacer la clasificación de los actos administrativos desde el punto de vista de las voluntades que intervienen en su formación o elaboración, esos autores distinguen los actos administrativos unilaterales y los actos administrativos bilaterales, y consideran los primeros como ‘Aquellos que son producto de la voluntad exclusiva de la administración, es decir, que esta los expide sin el consentimiento de los particulares’. Se dice que los actos bilaterales ‘Son los que resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas pertenecientes a la administración, como es el caso típico de los contratos’. De esta forma, se considera que el contrato es una especie de la categoría general constituida por el acto administrativo, lo cual responde a la fórmula: acto administrativo bilateral = contrato. Pero, aunque esta es una postura muy frecuente en la doctrina, hay quienes, en una visión que aquí se comparte, se separan de ella para afirmar lo contrario, es decir, que el acto administrativo y el contrato constituyen dos categorías jurídicas diferentes e independientes de la actuación administrativa. Estos autores consideran básicamente, que el acto administrativo es en esencia una manifestación unilateral de voluntad de la administración, de donde se excluye la concurrencia del particular para producir el acto jurídico correspondiente. Si el acto administrativo es por esencia unilateral, excluye lo que podría ser un acto administrativo de fuente bilateral. Este último tipo de acto envolvería entonces una contradicción con la esencia misma del acto administrativo (pp. 9-10).

Se parte de la diferencia que existen en la unilateralidad de voluntad que manifiesta el primero a diferencia del segundo, donde evidentemente surgen dos manifestaciones de voluntad, aunque con la semejanza de hallar un proceso administrativo anterior para su creación. Lo anterior lo manifiesta el Consejo de Estado bajo el expediente 24897 (2012), donde se definen los elementos que componen los actos administrativos y los contratos, y un

aspecto que se tiene en cuenta para distinguirlos es la manifestación de la voluntad. A continuación, lo estipulado por el Consejo de Estado.

De un lado, porque ella se refiere al perfeccionamiento de los ‘actos administrativos’ –inciso primero–, no al de los contratos estatales, de manera que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, de manera que la norma no podía aplicárseles. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntades, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este solo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración (Expediente 24897, 2012).

La contratación estatal que debe generar el Estado, se convierte en trascendental dentro del progreso de las labores del Estado, ya que una práctica de funciones únicamente por medio de actos unilaterales (bien sea sentencias, leyes, actos administrativos, etc.) no tendría cimentación democrática. Los contratos que celebren el Estado y los particulares, teniendo en cuenta su definición, provocan convenios de voluntades entre unos y otros, aspecto que robustece el Estado de Derecho a nivel institucional y en sus vínculos con los particulares. En relación con este aspecto, García y Martínez (1968), señalan lo que se menciona a continuación.

Es notorio, y en ello se halla muy característica calificación del sentido de nuestro ordenamiento jurídico, que la Administración adquiere cosas y recibe prestaciones a través de relaciones no contractuales, más esta realidad en nada oscurece la de la situación del Estado contratante, o Administración-cliente, expresión utilizada por [George] Pequignot. El Estado compra y el Estado construye. El conjunto de las entidades públicas –ha escrito [Bernard] Chenot– constituye el más fuerte consumidor de la Nación, el más importante cliente de las empresas privadas.

Si en una sociedad colectivista, el Estado, único propietario, utiliza la decisión unilateral para conseguir los bienes que precisa, por el contrario, cuando subsiste la propiedad privada obtiene de estas las prestaciones que necesita y que el sector estatizado no puede ofrecerle. Para ello puede proceder por vía de actos de autoridad, pero también puede procurarse los bienes necesarios abandonando sus prerrogativas de imposición y utilizando el procedimiento del contrato. La decadencia del contrato –escribe [Francesco] Carnelutti- sería el síntoma más grave de la crisis del Derecho. El principio del contrato es el acuerdo. En el acuerdo jurídico se supera la antinomia entre dos sujetos, mediante el procedimiento de la autorregulación. Los contratantes se dan la Ley a sí mismos, son a la vez súbditos y soberanos. Y la salvación del contrato está en su transferencia del plano individual al colectivo.

A virtud de ello, la importancia de los contratos de la Administración, como fuentes de obligaciones de la misma, gana mayor relieve, tanto desde el punto de vista del derecho público como del privado, pues el tema de la contratación administrativa, aparte de una constante cuestión polémica, implica un criterio de contrastes y vinculaciones en la significación y posibilidades de uno y otro ordenamiento en el marco de la actuación administrativa (p. 37).

Por ende, y teniendo en cuenta la susceptibilidad que conllevan los vínculos del Estado con los particulares, donde el Estado debe prescindir de su gran resistencia y dureza y sostener un vínculo jurídicamente constante con sus contratistas, el debido proceso se transforma en el apoyo de la labor contractual, debido a que esta actividad conlleva distintas actuaciones administrativas que se pueden determinar en tres instantes: La fase precontractual, la fase contractual y la fase poscontractual. Primordialmente, y en relación con el debido proceso, se analiza la fase precontractual ya que el debido proceso ha presentado afectaciones que surgen a causa de la falta de juicios para determinar el proceso ajustable y de manera posterior la transgresión expresa las normas que rigen el debido proceso, que se encuentran estipulados bajo el artículo 209 de la Constitución Política.

El debido proceso imprescindiblemente debe considerar la precisión de las fases que debe acceder para tomar una determinación en relación con la contratación pública, teniendo en cuenta el principio de economía, bajo el artículo 25 de la Ley 80 (1993). Allí instaura el requerimiento de dirigir los procedimientos de selección de contratistas a través de fases, de lo cual surge el impedimento legal para decidir, a través de esta determinación en su numeral segundo establece:

Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias (Ley 80, 1993).

Dentro de estas etapas se encuentran unas particularidades singulares como las que se mencionan a continuación.

- Todas las clases de selección de contratistas requieren indispensablemente cumplir con unas fases preliminares, para la creación del acto jurídico que solemnice el Estado: Con este precepto, los procedimientos de licitación pública, selección abreviada, contratación directa, concurso de méritos y mínima cuantía, indiscutiblemente deben cumplir con unas fases preliminares que permitan la configuración del contrato. Igualmente, en aquellos sucesos donde se solicita una urgencia manifiesta para cumplir con los requerimientos del Estado, sus autoridades deben realizar un proceso preliminar que argumente esta manifestación de voluntad.

En relación con la urgencia manifiesta como fundamento de la contratación directa y su natural excepción el Consejo de Estado según la Sentencia 14275 (05229) (2006) se enunció lo que se señala a continuación.

En estas estipulaciones, se hace evidente el principio de la prevalencia del interés general, en este caso, por encima de las formalidades de las actuaciones administrativas, puesto que si aquel se halla afectado o en peligro de serlo, el régimen jurídico debe ceder y permitir que las soluciones se den en la mayor brevedad posible, así ello implique la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales de selección del contratista y aún, la ejecución de los mismos, sin que medie la formalidad del contrato escrito, si la gravedad de las circunstancias así lo exige (Sentencia 14275 (05229), 2006).

- Las fases que se realicen antes del perfeccionamiento del acto jurídico deben supeditarse a términos preclusivos y competencia perentoria: En cuanto a ese tema, el principio de economía que se encuentra estipulado bajo el artículo 25 de la Ley 80 (1993), bajo el cual se establece lo que se señala a continuación

Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: 1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones (Ley 80, 1993).

Buscando amparar la seguridad jurídica de los procesos e impedir que las fases de cada proceso se vuelvan eternas, se requiere que se establezcan plazos de estricto cumplimiento para la actuación de las partes que integran la formación de la voluntad del Estado. Por lo tanto, no es factible mantener que los plazos instaurados para el cumplimiento de condiciones requeridas para la estructuración de las distintas formalidades con los que deben cooperar tanto el Estado como los oferentes se vuelvan ilimitados, enredados e irrespetados, ya que esto transgrede abiertamente el cumplimiento del debido proceso. De igual manera, y para no quebrantar el principio de legalidad, cada una de las fases proyectadas

para el avance del procedimiento, conlleva la práctica de una competencia de tiempo, modo y lugar asignados a las diversas entidades encargadas de dichos compromisos. Por lo tanto, cuando se vence el término impuesto para el cumplimiento de cada fase, la competencia culmina, y no se le otorgará responsabilidad nuevamente a la entidad para asumirlas, debido a que ya no cuenta con las propiedades para comprometerse.

- Compromiso con una determinación: Cuando se presenta formalmente un proceso de selección de contratistas, se genera el compromiso correlativo de asumir una determinación final en relación con el proceso, lo cual arguye al principio de economía procesal, con base en el cual una vez se ha iniciado el proceso la autoridad que le corresponde debe tomar una determinación sobre la presencia o no de un ganador.

Ciertamente, no se pueden excluir las probabilidades de un proceso desierto, siempre y cuando se presenten ciertas causas como, por ejemplo, que no haya interesados en el proceso de selección, que no existan oferentes, que no cumplan con las estipulaciones mínimas para intervenir dentro del proceso de selección. En cuanto a la declaratoria de desierta, solamente bajo esa circunstancia es factible, siempre y cuando los oferentes no cumplan las estipulaciones que les permiten participar, instauradas en el pliego de condiciones, teniendo en cuenta el artículo 5 de la Ley 1150 (2007). Para el Consejo de Estado la declaratoria de desierta de un proceso, tampoco puede constituir una herramienta para subsanar fallas de la propia administración, de esta manera se estipuló en el Consejo de Estado en la Radicación 16432 (2010):

La administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a

las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista (Radicación 16432, 2010).

De cierta forma, la ejecución de estas particularidades provoca el avance de un proceso equitativo y apropiado, con una implicación en situaciones de igualdad y libre rivalidad entre los participantes. Con base en los principios que dirigen la contratación estatal, el Consejo de Estado indicó como obligación de las entidades encargadas:

Cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable, no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados, evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas, motivar por la administración su actuación y darla a conocer, brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva (Sentencia 03, 2007).

A raíz de la intranquilidad y la desesperación porque las autoridades competentes que tienen el compromiso de reglar los procesos de selección de los contratistas, lo realicen de la manera adecuada, el 12 de julio de 2011 se sanciona la Ley 1474 (2011), que se relaciona con el denominado Estatuto Anticorrupción. En este documento normativo se encuentra en el Capítulo VII la búsqueda de transformar estructuralmente la contratación estatal en el país, instaurando clases de castigos penales más fuertes, novedosas inhabilidades e incompatibilidades. También incrementó los compromisos de los interventores en el proceso de escogencia del contratista, generando una nueva forma de valorar los procesos de licitación pública y procesos de menor cuantía de la Ley 1450 (2011) relacionada con el Plan Nacional de Desarrollo y adicionalmente estipula nuevas medidas para anticipos y adiciones

en los contratos estatales. De igual manera, el gobierno nacional, a través del Decreto 4170 de (2011), creó una entidad asesora cuyo propósito era conseguir en el término de seis meses un reporte de sugerencias buscando solucionar la crisis que atraviesa el país, creándose la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– a través del Decreto 4170 (2011), siendo esta organización la comisionada para guiar las políticas públicas de compras para el Estado colombiano. Ciertamente, este desequilibrio dentro de la estructuración de los procesos de contratación, perjudica notoriamente el debido proceso que se usa dentro de las actuaciones administrativas de la actividad precontractual, debido a que los particulares no pueden conocer de qué manera se dirigirá la determinación del Estado (Chávez, 2008).

En Colombia, para llevar a cabo el procedimiento de la contratación estatal, se fundamenta obligatoriamente en el derecho esencial del debido proceso, puesto que se fundamenta en el artículo 29 de la Constitución (1991), con el cual se impone el uso de un debido proceso dentro de los actos judiciales y administrativos. Por lo tanto, la creación de los actos jurídicos conlleva a que el Estado en la práctica de su función administrativa debe basarse en un debido proceso. Lo que significa que los actos administrativos correspondientes en este caso a los contratos estatales, antes de ser configurados, deben con antelación a éste realizar un proceso que respalde la consecución de: la participación ciudadana, la publicidad, la eficacia, la economía, la transparencia, celeridad, etapas demostrativas, etc.

De acuerdo con lo anterior, para los actos administrativos se pondrán en marcha determinaciones legales que los guíen, fundamentándose como norma general el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que está contemplado en

la Ley 1437 (2011). Mientras que, para los contratos estatales, las normas están establecidas bajo el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en Colombia existen distintas estipulaciones de la contratación estatal, ya que la Ley 80 (1993), junto con sus reglas posteriores regulan algunas excepciones (Gómez, 2013). Determinaciones que tienen la responsabilidad de producir el respaldo requerido para el ejercicio de la función administrativa, y el amparo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Según Chaves (2015), el debido proceso en la parte administrativa en cuanto a la formación de la voluntad del Estado es fundamental puesto que al aplicarlo produce equilibrio en las estipulaciones entre los intervinientes del proceso, igualdad que no se genera en el vínculo entre los contratantes, que en este caso es el Estado, con los contratistas o particulares, dentro de la relación contractual. De igual forma, se debe utilizar un proceso para la creación del acto jurídico ya que este proceso conforma una obligación legal que está delegada a las autoridades administrativas que son las encargadas de tomar una determinación justa. La base esencial del debido proceso, consiste en dar respaldo a los particulares para que cuenten con la plena seguridad jurídica al momento de afrontar situaciones judiciales o cuando se van a tomar determinaciones administrativas del Estado.

Aunque el debido proceso conforma una obligación para la administración de acomodar sus actuaciones con relación a los principios y normas que rigen la función administrativa y fijan su injerencia (Chávez, 2008), de igual manera, conforma una obligación para los particulares de tener en cuenta y usar los mecanismos procesales que la misma ley les brinda, o tiene que comprometerse con todas las consecuencias que surjan de dicho proceso a causa de la conducta omisiva de éstos. En Colombia, el debido proceso que

surge en las actuaciones administrativas por normas constitucionales y que requieren la formación de la voluntad que se ve reflejado en el acto administrativo o en el contrato, conforma una formalidad de autenticidad del acto final que registra el direccionamiento para la determinación que tome el Estado.

Dentro de un Estado Social de Derecho, la generación de voluntad para la celebración de contratos que celebre el Estado, se debe basar en el debido proceso, el cual surge de los procedimientos que instaure el ordenamiento jurídico. Dentro de la contratación pública que requiere generar el Estado para la consecución de sus fines, es trascendental el debido proceso dentro de la ejecución de sus funciones. Los contratos que celebra el Estado con los particulares producen acuerdos de voluntades entre las partes, lo cual robustece el Estado de Derecho en ese vínculo.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la susceptibilidad que conllevan los vínculos del Estado con los particulares (Chávez, 2008), donde el Estado debe dejar a un lado su enorme vitalidad y sostener un vínculo jurídicamente equilibrado con sus contratistas, es allí donde el debido proceso se transforma en la base fundamental de la actividad contractual. En este contexto conlleva distintas actuaciones administrativas que se generan en tres instantes, a la hora de llevar a cabo un contrato estatal que son: La fase precontractual, la fase contractual y la fase post contractual.

Es en la fase precontractual, donde se le debe prestar mayor importancia a este debido proceso, ya que se fundamenta en los aspectos que se señalan a continuación.

- No existen suficientes juicios para determinar el procedimiento que se va a utilizar:
Ya que se debe tener claridad cuáles son las fases que se deben tener en cuenta para

tomar una determinación. En las distintas modalidades de selección de contratistas, se deben tener en cuenta todas las fases previas para la generación del acto jurídico o perfeccionamiento del contrato que se va a celebrar con el Estado, que acredite esta manifestación de la voluntad.

- Las fases que se van a ejecutar con antelación a la configuración del contrato tienen que contar con términos preclusivos y competencia perentoria: Este procedimiento se debe tener en cuenta, buscando respaldar la seguridad jurídica en los procesos y así evitar que las fases que se realizan en cada procedimiento se hagan muy extensas, para lo cual, se requiere establecer términos concretos para la intervención de las partes en cuanto a la generación de la voluntad del Estado. Por lo tanto, estos términos deben ser concretos para la conformación de las distintas exigencias que deben hacer llegar tanto el Estado como los oferentes, para evitar que los plazos se dilaten, se pueda prestar a confusiones o a su vez que sean irrespetados, ya que esto transgrede el debido proceso. De igual forma, cumpliendo todos estos requisitos se está cumpliendo igualmente con el principio de legalidad por parte de las partes que contraen este compromiso. Por lo tanto, cuando vence el plazo instaurado para cada fase, la competencia culmina y no tiene la entidad que volver a comprometerse ya que ya no contará con las facultades para hacerlo.
- Imposición de una determinación: Cuando se inicia un proceso de escogencia de contratistas, se crea la obligación de acoger una determinación final con relación al proceso. Procedimiento que genera respuesta al principio de economía procesal, a

través del cual, después de haberse iniciado el proceso, la entidad encargada debe acoger la determinación acerca del escogido o no.

Ya que se puede presentar el caso de que el proceso sea desierto, si se presentan las siguientes circunstancias: que no haya interesados del proceso, que no existan oferentes, o que no se cumplan las estipulaciones mínimas para participar en el proceso. Cuando se cumplen estas características, se presenta un proceso apropiado y equitativo, con participación en términos de igualdad y libre competencia.

En relación con el fin que buscan los principios que direccionan la contratación estatal, el Consejo de Estado en Sentencia del 03 de diciembre (2008), señala lo que se menciona a continuación.

Cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable, no dilatar injusticadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios dados, evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas, motivar por la administración su actuación y darla a conocer, brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva (Consejo de Estado, 2008).

Pero desafortunadamente, estas normas no se han respetado en su totalidad por las autoridades encargadas de regular los procesos de escogencia de contratistas, y han fracasado muchos intentos en concretar la forma del debido proceso que se le debe dar a la contratación estatal. Por lo tanto, y por el permanente malestar que existe en relación con la falta de concreción en la aplicación de las normas, surgió la Ley 1474

(2011) correspondiente al Estatuto Anticorrupción. De acuerdo con Chaves (2015), la falta de organización dentro de los procesos en la contratación estatal, acarrea un perjuicio bastante delicado en cuanto al debido proceso que se utiliza en las actuaciones administrativas en la fase precontractual, puesto que para los particulares que quieren formar parte de negociaciones con el Estado no les queda claro es la forma como el Estado direccionará su determinación.

- Transgresión de los principios que regulan las actuaciones administrativas: De acuerdo con Chaves (2015), todos los procesos que se han asumido para la regulación por parte del gobierno nacional, han sido totalmente transgresores de los componentes constitucionales que conforman el debido proceso administrativo que se utiliza en la contratación pública, con base en los artículos 29 y 209 de la Constitución (1991), e igualmente lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo, estipulado bajo la Ley 1437 (2011). En relación con la contratación pública, se ha visto la transgresión que se le ha dado a los principios de publicidad, igualdad, transparencia, economía, celeridad, entre otros, por los mecanismos instaurados para generar la selección de contratistas, puesto que, en los distintos actos administrativos que están encargados de regular los temas en concreto, han instaurado reglamentaciones que evidentemente van en contraposición de las normas constitucionales.

Por lo tanto, y según Chaves (2015), al transgredirse la manera como se direcciona el debido proceso, de manera tácita se está perjudicando las bases que rigen el Estado de Derecho. Una de esas bases es la justicia, la cual se ausenta, cuando las determinaciones que se toman, surgen de actos injustos o confusos. Cuando las

actuaciones se basan en hechos y no en actos, así mismo se perjudica el principio de legalidad que dirige el actuar de las autoridades administrativas, lo que produce un Estado fundamentado en la violación de sus propias estructuras. Por lo tanto, el mismo Estado es quien debe establecer las normas claras el cumplimiento real del derecho al debido proceso, principalmente el administrativo que rige la formación de la contratación estatal (Chaves, 2015).

El dominio que maneja la administración pública, está enfocado a través de la Constitución para la realización de sus deberes jurídicos. Conforman en sí una función estatal, es decir, el poder que le es dado y que se concreta por medio de la función o actuación administrativa (Congreso de Colombia, 1998), labor específica, que está enfocada a través de una acción a la ejecución de los objetivos definidos, función que de acuerdo con la Constitución (1991), la pueden realizar no únicamente las ramas del poder público y las demás entidades del Estado, sino que igualmente los particulares que la ley autorice, y que se encuentra al servicio de los intereses generales. Esta función, se lleva a cabo con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Según Araque (2017) la función administrativa conforma el cúmulo de actividades que se realizan para conseguir un objetivo sin contar con el órgano que la ejecute, y consiste en la realización precisa y práctica, y cuando el objetivo es de interés común, se está en la presencia de la administración pública. En otras palabras, la función administrativa se concreta en la ejecución de actividades como: articular reglas jurídicas de índole general o particular, realizar sus propias actuaciones, emitir actos jurídicos dentro de los que se

encuentran el acto administrativo y el contrato estatal. Todas aquellas son herramientas que tiene la administración del Estado para poder cumplir con sus fines y son las maneras como se presenta la administración, ya que su actuación no es solamente con actos unilaterales, sino que también requieren en ciertos casos acuerdos para generar una actuación.

La actividad administrativa, según Araque (2017), se genera por medio de los actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones. La contratación estatal está ligada a los actos administrativos ya que ninguna de las dos situaciones se genera de manera autónoma de la voluntad de la administración, ni conforman la realización práctica de una determinación. El acto administrativo es una declaración de voluntad, pero no abarca solamente las declaraciones unilaterales que surgen exclusivamente de la voluntad de la administración, sino que abarcan dentro de esas declaraciones de voluntad, también las bilaterales, que surgen del acuerdo de voluntades de la administración con otros sujetos de derecho.

También se encuentra la definición de acto administrativo generada por Younes señalando que es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la administración en ejercicio de su potestad administrativa, distinta de la potestad reglamentaria” (2007, p. 164) y la definición producida por Marienhoff citado también por Younes (2007) que señala que el acto administrativo corresponde a “toda declaración, disposición, o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas” (p. 165). En el caso de los contratos estatales, conforman actos administrativos de carácter bilateral los que se generan del acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas que forman parte de la administración.

La actividad contractual estatal tiene como fin el cumplimiento de los objetivos, la permanente y eficiente prestación de los servicios públicos. Lo anterior se concreta por medio del contrato estatal, que es el medio que tiene la administración y la manera como se expresa la administración para cumplir sus propósitos. Todo ello, por cuanto el Estado no solamente muestra su actuación a través de determinaciones unilaterales, sino que, en muchas ocasiones, necesita la intervención o pacto para generar una actuación, comprendida a través de la contratación estatal. El contrato estatal está definido por la Ley 80 (1993) en su artículo 32, bajo el cual se define como aquel acto que produce obligaciones que surgen de la autonomía de la voluntad, la cual se encuentra restringida.

Mientras que el acto administrativo, según Araque (2017), el cual puede ser bilateral, es el que surge de un pacto de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas que forman parte de la administración, como sucede con los contratos. Por lo tanto, los contratos son actos administrativos que surgen de la voluntad del acuerdo de voluntades. Así mismo, y según Agustín Gordillo citado por Sánchez (2004) al hacer alusión a la clasificación de los actos administrativos, “el contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos” y “respecto del acto administrativo contractual o bilateral, el carácter contractual de un acto surge cuando el acto se configura con la intervención de dos sujetos de derecho” (p. 241), es decir dos personas, en el cual una parte es el Estado y la otra parte cualquier persona, pública o privada y como objeto una prestación pública. Teniendo en cuenta lo anterior el autor señala: “Si el Estado otorga una concesión de servicios públicos y otorga la construcción de una obra pública, no está actuando como una persona de derecho privado sino una persona de carácter público” (Sánchez, 2004, p. 242). De esta manera, el contrato estatal conforma un acto

administrativo bilateral que nace de la participación de dos voluntades, una por parte del Estado y la otra puede ser una persona pública o privada (Araque, 2017).

En definitiva, en la actividad contractual de las entidades públicas se aplica el debido proceso, no solo por ser considerada actividad administrativa, sino porque al ser una actuación desplegada por las entidades estatales, que tiene unas etapas preclusivas y perentorias, evidencia la presencia de este derecho de rango constitucional.

Ahora bien, el debido proceso se aplica en los procedimientos de selección del contratista del Estado. Estos procesos se han modificado con la finalidad de cumplir con los principios constitucionales de la función administrativa, así como los principios del estatuto de contratación de la administración pública. Al analizar desde el punto de vista económico estos mecanismos de escogencia de los futuros colaboradores del Estado previstos en el ordenamiento jurídico, se observa que su estructuración no atiende, por lo menos de manera plena, el principio de eficiencia económica, caracterizado por la obtención de la mejor relación costo-beneficio posible, en la que se cumpla la premisa de que las partes deciden celebrar un acuerdo de voluntades porque su resultado pondrá a ambas en una situación mejor que aquella en la que se encuentran sin la contratación (Safar, 2009).

La Profesora Safar (2009), realiza un análisis de las modalidades de selección existentes, determinando que son ineficientes para la adecuada implementación y desarrollo de políticas públicas en beneficio de la satisfacción del interés general y el resguardo de los recursos públicos. Define la contratación pública como un sistema de transacciones de contenido económico, en el que las entidades públicas actúan como agentes del mercado para

que a través de la provisión de bienes, obras y servicios se satisfagan las necesidades de la comunidad, se promueva el desarrollo de las entidades y se promueva la economía.

Señala que la contratación es una actividad económica clave para los Estados porque representa la manera como se gasta el dinero de los contribuyentes. Con la regulación de esta actividad se pretende evitar el mal manejo y el desperdicio de los recursos públicos, lo que implica que se hable de transacciones eficientes y eficaces que reporten utilidad, que permitan adoptar decisiones ágiles en términos de representación del dinero. Así las cosas, conviene entonces redimensionar el concepto del debido proceso en materia de la actividad de contratación de las entidades públicas, para entender que este principio representa el concepto de costos de transacción, porque son los costos de usar el mercado, esos costos de transacción son los costos de búsqueda de información, de negociación y de decisión, la noción de costos de transacción ha sido introducida en el análisis de intercambios en los mercados, su estructura varía en los mercados económicos y políticos dependiendo de los arreglos institucionales.

Redimensionar el concepto del debido proceso en la actividad contractual de las entidades públicas, permite también redimensionar el concepto de dicha actividad para que no sea considerada como actividad administrativa, meramente procedimental, sino como una herramienta de gestión pública que se pueda pensar en términos económicos, en términos institucionales, en aras de que se puedan reducir los costos de transacción para lograr mejores resultados. El concepto de los costos de transacción sostiene que las instituciones tienen el propósito fundamental de economizar los costos de transacción, razón por la cual centran su atención en las transacciones y en los esfuerzos de las instituciones para economizar costos

de las mismas. Desde este punto de vista, la Profesora Safar (2009) realiza unos precisos análisis en relación con la ineficiencia de la convocatoria pública como regla general, señalando entre otras cosas, que la licitación es la más dispendiosa por los costos de carácter administrativo, razón por la cual señala que la eficiencia depende de si los beneficios obtenidos superan los costos invertidos (costos de transacción).

2.3. Crítica y alcance del principio de legalidad en contratación estatal

Dentro de la normatividad colombiana existe una gran cantidad de tráfico jurídico dirigido por una legítima inmensidad de normas que genera la ambigüedad e indeterminación del uso de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina. Dicho contexto lleva a pensar que el análisis de los valores, las reglas y principios se debe efectuar para concertar los vínculos que se generan dentro de una relación contractual, actividad que no solamente le compete a la academia, o al personal calificado en cada área del conocimiento sociopolítico, sino que se deben sobrepasar dichos entornos con el fin de traspasar los límites y vivenciar la realidad de los vínculos jurídicos. Así se les proporciona contenido pragmático para contribuir a la construcción del deseo colectivo de gozar de un intercambio jurídico acorde, reposado y por encima de todo lo imparcial. Todo esto sin dejar de lado que el imperio de la ley se encuentra íntimamente ligado a los conceptos de libertad, justicia e igualdad, en el sentido ontológico y axiológico que señala Rawls (2002) como la manifestación máxima de la dignidad humana.

Teniendo en cuenta que el derecho no se restringe a los preceptos imperativos proclamados por los organismos competentes de la estructuración jurídico-política que se admiten como Estado, sino también a la expresión de los jueces en sus determinaciones preceptivas, se requiere acatar de igual forma que el derecho combina e incorpora tanto reglas

como principios, de acuerdo con la interpretación de Alexy (2002), o normas y principios, de acuerdo con el juicio de Dworkin (2002), y que el juez en los sucesos específicos y exclusivamente complicados, sobrepasa las normas en busca de criterios extrajurídicos para sostener su determinación. Inevitablemente se debe decir, que éste debe lograr el mayor nivel de concisión conceptual que respalde su acierto (Dworkin, 2002).

Es entonces donde toma relevancia el principio de juridicidad, entendido como una legalidad objetiva, desde la visión iusnaturalista principio que va más allá de la letra de la ley, pues implica la aplicación de principios y valores que contienen la actuación de la autoridad para evitar posibles abusos de poder (Arvizu, Bello, Vázquez 2017). Se puede decir que la juridicidad (o principio de juridicidad) puede ser entendida como la adecuación del principio de legalidad a la estructura compleja y sistemática actual de la Ley que ya no se identifica solamente con las reglas, sino también con principios y valores no positivizados necesariamente. De manera que la estructura normativa va más allá de lo que tradicionalmente se conocía bajo la mirada del positivismo (kelseniano), circunstancia que nos lleva a pensar en el derecho como un todo sistémico. Lo que de forma clara rebasa por mucho la idea primigenia de legalidad, sin que ello signifique que la destruye, por el contrario, parte de ella y la potencializa respecto de los efectos que debe alcanzar, pues la legalidad puede ser identificada como un sistema cerrado y la juridicidad es predominantemente abierto, y a ello no puede ser ajena la gestión contractual de las entidades públicas.

Advierten los citados autores, que el principio de legalidad implica que todo acto de autoridad debe encontrarse fundado y motivado conforme a derecho, sujeción del poder

público. El positivismo jurídico derivado de todo el movimiento intelectual configurado por Augusto Comte, resultando de ello el pensamiento de Jeremy Bentham, Rudolf von Jhering, John Austin y desde luego Hans Kelsen.

De acuerdo con Kelsen (1992), el objeto de la ciencia jurídica, como un sistema de normas, es la de regular la conducta humana, y la validez y juridicidad de cada norma dependen de normas superiores que se fundan a su vez en la Constitución, en su carácter de norma fundamental que finalmente termina validando todo el sistema, sin que puedan considerarse principios y valores externos y diversos a los contenidos en esa norma fundante. Entonces el derecho difundido en un mandato del ordenamiento positivo nacional, lo que significa que es instaurado por medio de la controversia democrática de la vía legislativa. También puede ser identificado como producción de los jueces en sus manifestaciones, lo cual evidencia el mecanismo más eficiente que el hombre haya podido cimentar por medio de los signos para lograr su dignificación y su respeto dentro de la sociedad donde se desenvuelve.

Con base en lo expuesto anteriormente, y de acuerdo con lo manifestado por Suárez (2011), dentro del entorno judicial y administrativo del país se muestra una desfavorable y constante ambigüedad conceptual en el reconocimiento, procedimiento y uso de las reglas y principios en el entorno de los contratos estatales, perjudicando tanto administrativa como judicialmente los vínculos del Estado con los contratistas. Por la falta de conocimiento de la regla de legalidad tanto dentro de la práctica de la gestión contractual como de la potestad sancionadora del Estado en relación con sus contratistas, conlleva a veces la aplicación de sanciones injustas.

En el escenario de los contratos estatales, no se han reconocido totalmente por parte de los operadores jurídicos, las reglas y principios que indudablemente deben ordenar los vínculos precontractuales del Estado con los contratistas. De acuerdo con Suárez (2011), actualmente la doctrina de los jueces se observa titubeante, las restricciones en la aprehensión de estos fenómenos se demuestran al analizar cómo los sujetos ejercen las labores en estos cargos con compromisos tan grandes utilizan los mandatos a este nivel normativo ignorando, sin justificaciones, tanto las reglas y los principios que se originan en el ordenamiento positivo, así como su contenido y relevancia.

Observando la importancia y el indispensable requerimiento de utilizar las reglas y principios, para poder determinar de manera conveniente su uso dentro del mandato constitucional por medio de la Asamblea Constituyente de 1991, se debe retomar lo expuesto por el filósofo alemán Alexy (2002), quien señala:

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida a su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (p. 86-87).

Aunque para poder desentrañar la controversia sobre estos dos aspectos trascendentales dentro del uso jurídico de los mismos, existen otras posiciones al respecto, como es el caso de Cruz (2010):

La importancia de esta distinción entre derechos abstractos y sus concreciones ha sido determinante a la hora de proteger y garantizar los derechos. Los especialistas han tratado de determinar qué contenidos de un derecho abstracto son esenciales y, por lo tanto, deben exigirse de modo definitivo a los Estados (p. 380)

Es importante dar cuenta de la distinción entre reglas y principios, debido a que la diferencia entre este tipo de normas, condiciona la manera en que se usan y se razona con ellas. De modo que, como lo vio Dworkin (2002), tienen distintas maneras de determinar las obligaciones y los derechos, precisamente porque suelen guiar la acción de manera diferente.

Se hace necesario distinguir dos tipos de enunciados normativos: Los deónticos y los no deónticos (constitutivos). Los enunciados deónticos, esto es, aquellos que prohíben, permiten u obligan se suelen dividir en principios o reglas. Las reglas se pueden dividir en reglas de acción y reglas de fin. Ambos tipos de reglas se caracterizan por tener una estructura condicional que relaciona un caso con una solución. Las reglas de acción califican normativamente una conducta (como prohibida, obligatoria, permitida), como la regla que prohíbe matar a otra persona sin una causa de justificación o la regla que prohíbe expulsar a un niño de una escuela pública. Las reglas de fin lo que califica deónticamente es la obtención de un cierto estado de cosas o una finalidad. Por ejemplo, una norma que obligue a los patrones a mantener las condiciones de higiene y seguridad en el centro de trabajo, o una regla que ordene al gobierno reducir la inflación al 4%.

La distinción es relevante cuando en una regla de fin se deja a su destinatario la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo. En este sentido, dejan un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción. Por su parte, los principios se suelen dividir en sentido estricto y directrices. En cierto sentido los principios también correlacionan un caso con una solución. La diferencia importante con las reglas, estriba en que los principios configuran de un modo abierto las condiciones de aplicación,

estas condiciones de aplicación consisten únicamente en la oportunidad de llevar a cabo la conducta o estado de cosas prescrito.

Al respecto, Cruz (2010) sostiene que:

En el caso de los principios en sentido estricto, la solución normativa contiene un deber, prohibición o permiso de realizar una conducta, esto es, ordena cierta acción o acciones. En el caso de las directrices, la solución normativa, califica deónticamente en el logro de cierta finalidad o estado de cosas. La diferencia entre reglas y principios es relevante porque, como se dijo antes, determinan de manera distinta el deber. Las reglas lo hacen como sostuviera Dworkin, de la manera “todo o nada”, es decir, con un carácter definitivo (Alexy). Si la regla es aplicable entonces la conducta ordenada debe realizarse. Además, como sostiene RAZ, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera particular: Son razones de primer orden y razones excluyentes, es decir, proporcionan una razón para realizar una conducta que ordenan, y una razón para dejar de considerar otras razones en conflicto o convergentes. Por su parte, los principios solo son razones que guían la conducta, pero no son razones excluyentes, lo que significa que para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones. Por ello, se dice que los principios tienen un carácter *prima facie* (pp. 380-381).

También con sentidos analógicos de contenido científico, están Atienza y Ruiz (1996), esclareciendo que las formulaciones jurídicas conforman –tal vez- las magnitudes más fundamentales del derecho y cómo esas piezas alcanzan considerable sentido cuando se entiende totalmente su aportación a la configuración y funcionamiento práctico del derecho: “No son simplemente piezas de un rompecabezas,-puntualizan- sino una realidad dinámica y enormemente compleja como es el derecho de las sociedades contemporáneas” (Atienza & Ruiz, 1996, p. 14).

Teniendo en cuenta las apreciaciones anteriores, el profesor Bernal converge para señalar que:

Las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto para la solución de un caso determinado. Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el juez debe aplicarlo por completo. Si, por el contrario, el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, o a pesar de tener lugar, concurre una excepción estipulada en ella, el juez debe excluir su aplicación. Por su parte, la normatividad de los principios es una normatividad de la optimización (Bernal, 2009, p. 295)

Todas estas manifestaciones se demuestran al comprender que ellas concentran el asunto o tema de su debate, plasmando el estado del arte de los principios en el razonamiento contemporáneo acerca del tema.

El Estado cuenta con la potestad sancionadora, que conforma la declaración del dominio de imperio que la sociedad le ha concedido a la estructuración socio-política, para pretender, aún de manera represiva, el sostenimiento del orden jurídico instaurado que ha de interpretarse en la ejecución práctica de la lista de derechos que el Estatuto Fundamental manifiesta desde su introducción. Dentro de las garantías que sobresalen, fuera de la vida, la libertad y la justicia, están la convivencia pacífica, la igualdad, la participación democrática en las determinaciones y oportunidades que la entidad brinda a sus compatriotas, cimentados en el goce de un orden político, económico y social imparcial y justo.

Tanto la jurisprudencia como la enseñanza del Consejo de Estado instruyen sobre el tema como se señala a continuación.

La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones. En efecto, la fracción de poder estatal radicada en cabeza de la

administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutivas o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias (...). Se ha expresado, en forma reiterada, que i) La potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues, ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas (Radicación 17009, 2008).

De acuerdo con Suárez (2011) aunque todo lo estipulado hoy no admite discusión y no se puede contrarrestar como preceptivo general. Igualmente, y bajo las mismas condiciones que el *ius puniendi* del Estado se halla dominado por la regla, y no por el principio de legalidad, ya que según Suárez (2011), se comienza a demostrar la trascendencia de concretar estos conceptos: “Toda norma es, o bien una regla o un principio”, según la concepción de Alexy (2002). Por lo tanto “Los principios son mandatos de optimización”, en tanto que “Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (Suárez, 2011, p. 18). Lo cual se aclara, a través del Consejo de Estado en los siguientes apartados:

Es la propia Constitución Política –artículo 29– quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas (...) Obsérvese cómo el “principio de legalidad” –es decir, la predeterminación de las conductas en la ley–, en materia contractual se reduce a la simple tipicidad de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido– pues lo determinante no es que la Ley (sic) contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el

principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el artículo 29 de la Constitución Política, en lo que respecta, por lo menos a la legalidad⁶ (Radicación 17009, 2008).

Luego, con la Ley 80 de 1993, la academia informó que este cuerpo normativo no reglamentó explícitamente las sanciones comentadas restringiéndose a la indeterminada alusión que se hace en el numeral 2° de su artículo 4°, que estipula los derechos de las entidades destinatarias del Estatuto Contractual de mejorar las diligencias requeridas para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías que se necesiten.

En un sentido parecido, la Ley 1150 (2007) en su artículo 22.1, norma derogada por el artículo 32 de dicha ley, cuyo texto mencionaba:

De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán semestralmente a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía,

⁶ La base normativa que aclara esta postura jurisprudencial, se halla en el numeral 2° y en el párrafo del artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De acuerdo con estas normas legales, el pacto de cláusulas excepcionales al derecho común aquellas como la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de acatamiento a las leyes nacionales y de caducidad, son de forzosa introducción, expresa o ficta, en los contratos cuyo propósito la práctica de una labor que conformen monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, e igualmente, en los contratos de obra, requiriendo que en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incorporará, igualmente, la cláusula de reversión. En tratándose de contratos de suministro, las citadas cláusulas excepcionales serán potestativas, lo que significa que, en estas circunstancias, se expresa totalmente la autonomía de la voluntad, así la doctrina pregone que los contratos dirigidos por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, son negocios jurídicos característicos de adhesión. Pero se debe tener en cuenta, que por manifiesto impedimento del legislador, se privará del convenio de dichas disposiciones, en los contratos que se solemnizan con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los empréstitos, donación y arrendamiento y en los contratos cuyo propósito sean actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no competen con las enunciadas en el numeral 2° de este artículo, o cuyo objeto sea el avance directo de labores científicas o tecnológicas, e igualmente los contratos de seguros ejecutados por las entidades estatales

cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta

De acuerdo con las presentaciones anteriormente expuestas, y teniendo en cuenta constantemente la línea jurisprudencial expresada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y según Suárez (2011), se deduce que el mencionado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 concreta la regla o norma de legalidad, de acuerdo con la idea que se seleccione ante las posturas doctrinarias que se han analizado. De acuerdo con lo expuesto por Alexy o Dworkin, aunque es necesario indicar que, para la práctica de esta facultad sancionatoria concreta de contenido pecuniario, las multas y sanciones deben estar previstas no solamente en las estipulaciones contractuales, sino también en los pliegos de condiciones buscando concretar con total evidencia jurídica la regla de la legalidad (Suárez, 2011)

Este principio de legalidad, está consagrado bajo los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución (1991) y se concreta bajo el artículo 44 de la Ley 80 (1993). La contratación estatal, en la actualidad, es la forma de desempeñarse la parte administrativa, por lo tanto, debe regirse por el principio de legalidad lo que significa que el contrato estatal debe estar supeditado a lo expresado en la Constitución, la Ley y el Reglamento, conformando estas fuentes de derecho sus bases y sus límites de acción. Según Quintero & Merolla (2012) la legalidad es la cualidad de lo que está de acuerdo con la ley; así debe desarrollarse la contratación estatal.

Este principio acarrea que la actuación en los contratos debe estar conforme a los procesos instaurados con anterioridad. Esto significa que debe darse conforme a los propósitos a contratar y el valor por el cual se contrató, e igualmente, se deben constatar las

condiciones para su objetividad (requisitos que están instaurados bajo el artículo 40 de la Ley 80 (1993), al igual que constatar las condiciones para su validez (la capacidad que tengan las partes, objeto y causas lícitas y la incorporación de las cláusulas de forzoso cumplimiento, potestativas y las que sean de naturaleza del mismo contrato). Asimismo, se debe constatar el cumplimiento de las estipulaciones para la realización del contrato que están instauradas en la norma.

De acuerdo con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado (2007), señaló que el principio de legalidad se concreta en el Estatuto General de la Contratación Administrativa, y en él se estipulan las normas y principios jurídicos que buscan escoger objetivamente al contratista. Este proceso conlleva métodos de escogencia que está reglamentado por la administración, donde no tiene acceso la discrecionalidad absoluta ni la autonomía de la voluntad que se instituye como fundamento para el contrato, de acuerdo con lo establecido en los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto General de la Contratación, bajo los cuales los contratos estatales se reglamentan cimentándose sobre las determinaciones comerciales y civiles del caso, excepto en lo concerniente a los temas reglados en esa misma ley para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

También, se debe señalar que las fuentes del derecho a las cuales debe dirigirse para dirimir asuntos de contratación estatal están en: el Estatuto General de la Contratación, la Constitución, normas presupuestales, de planeación, de control fiscal y disciplinario, del régimen sancionatorio penal, y del Código Civil y de Comercio, en el caso de determinadas situaciones que no estén reglamentadas bajo el Estatuto General de la Contratación.

El vínculo que se genera entre el principio de legalidad con el principio de selección objetiva, tiene que ver con la instauración con antelación de las normas y juicios de escogencia que direccionan a las entidades a escoger, de la manera más objetiva, la oferta más conveniente. El principio de legalidad en aquellos procesos de selección objetiva, no únicamente se concreta bajo las reglas establecidas en el Estatuto, sino también en la instauración por parte del servidor público, de normas y juicios de escogencia claros y concisos, que son establecidos en los pliegos de condiciones y en las licitaciones públicas que ejecutan las entidades, puesto que estos documentos se cimentan como normas, tanto para la administración como para los proponentes. Hecho este que se pretendió con la adopción e implementación de los pliegos de condiciones tipo, consagrados en la ley 1882 de 2018 y reglamentados a través del decreto 342 de 2019.

Aunque, según Quintero y Merolla (2012), este vínculo se rompe, cuando los trabajadores jurídicos no poseen claridad en cuanto a los juicios para llevar a cabo la escogencia de índole técnico y calidad que establezcan las normas (principio de legalidad). La escogencia objetiva de la oferta más conveniente debe ceñirse a esas normas ya que no sirve de nada todas las propuestas hechas bajo las mejores condiciones por parte de los oferentes, de acuerdo con los requisitos exigidos bajo los pliegos de condiciones y las licitaciones públicas, si la entidad estatal, no posee la capacidad para establecer cuál es la mejor oferta, debido a que se han instaurado normas que no son claras y además subjetivas, que acarrearán que tanto el oferente como el proponente no sepan cómo actuar ante la selección. De igual manera, este principio se vincula con el principio del debido proceso para la actividad contractual, puesto que el principio de legalidad, consiste en la obediencia del orden

jurídico, ya que en él se definen las reglas, estipulaciones, formas y modalidades de selección bajo las cuales la entidad estatal puede contratar (Quintero & Merolla, 2012).

Dado el vínculo existente entre el principio de legalidad y debido proceso que se ha expuesto líneas anteriores, conviene hacer un análisis del mismo, en materia de contratación pública, a la luz de la teoría de los costos de transacción, porque es ahí donde se evidencia una crítica al mismo. Toda vez que, debido al rigorismo del procedimiento o proceso legal, se obvia el análisis de los costos de transacción, dando prevalencia a lo procedimental sobre lo sustancial, primando el rigorismo propio del derecho administrativo, sin analizar las implicaciones que estas decisiones generan, en las cuales la mayoría de las veces se sacrifica la eficiencia y la eficacia.

El principio de legalidad que permea la actividad contractual del Estado, en algunas ocasiones resulta ser restrictivo en materia de decisiones de mercado. Esto, por cuanto el formalismo procedimental y procesal implica el agotamiento de una serie de etapas que hacen menos eficientes los trámites. Por ello, uno de los aspectos que se plantea para la contratación pública redundan en alejarse del derecho puramente administrativo, logrando de esta manera armonizarse con otras áreas del derecho, haciendo que el principio de legalidad verdaderamente se optimice. Entonces, se entiende que aplicando el debido proceso y los procedimientos que en virtud de la contratación estatal se suscitan, deben estarse al concepto de costos de transacción, para de esta manera, lograr una verdadera optimización del principio.

Se plantea un cambio de un enfoque procedimental, a un enfoque de abastecimiento para ejecutar el gasto público, donde se promueva la competencia y la negociación. Señaló

el Banco Mundial en su informe anual de 1997: “Un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios y las normas e instituciones que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz. En su ausencia no puede alcanzarse un desarrollo sostenible ni en el plano económico ni en el social.” Debe promoverse, en relación con el principio de legalidad, que materialice una relación entre derecho y economía, entendiendo la economía como la ciencia del ser, y el derecho como la ciencia del deber ser.

La economía tiene sus leyes autónomas e inexorables, en busca de eficiencia productiva, pero una aplicación incondicionada de las mismas puede dejar a muchas personas por el camino. Las leyes económicas son de producción y consiguen maximizarla, pero no atienden la distribución de lo producido (Ariño, 2007). Por lo anterior, resulta conveniente que el principio de legalidad se enfoque tanto desde el punto de vista económico para que la producción y la maximización sean tenidas en cuenta en la actuación de las entidades públicas, y de acuerdo con el derecho, se logre la maximización y distribución de lo producido. El derecho, impone determinados parámetros con base en valores, principios de justicia y humanidad que el orden económico no puede violentar, es decir que el derecho crea el marco institucional en el que las relaciones económicas deben moverse. No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. En este sentido señala Ariño (2010) que se requiere la juridificación del marco en que se desarrolla la economía; de acuerdo con lo anterior, se puede señalar que se requiere la juridificación de la contratación pública pero no solo desde el derecho administrativo, razón por la cual, el principio de legalidad, tampoco puede entenderse solo desde este concepto, porque limita el actuar, sino dese una visión también económica. Si bien se requiere una regulación, y esta se enmarca en el principio de

legalidad, la regulación de los bienes, mercancías o servicios y la ordenación de las actividades económicas requiere un conocimiento previo de la naturaleza económica y características de los bienes, actividades y sectores que se regulan.

En el campo de la contratación estatal, hay que ver el metamercado (la ordenación jurídico-institucional) que favorece o dificulta las operaciones económicas, las transacciones, la eficiente asignación de recursos; esto por cuanto, cuando las regulaciones pretendidamente justas, son antieconómicas, hacen daño a la sociedad y a cada uno de los ciudadanos.

El derecho económico, al decir del profesor Gaspar Ariño (2010), se sitúa entre el derecho mercantil y el derecho administrativo. Es legítima tanto la intervención del Estado sobre la economía como el ejercicio de ordenación económica. Por ello, se rige también por el principio de legalidad, pero no desde la esfera sistemática de lo procedimental, sino que representa un mayor alcance, porque reúne normas e instrumentos jurídicos a través de los cuales el Estado dirige la actividad económica. Dado que el derecho económico es una categoría sistemática que cruza el ordenamiento de manera transversal, el principio de legalidad desde esta dimensión también debe hacerse transversal.

Si bien el modelo de Estado y la administración económica se desarrollan de la mano, es claro que, en el Estado de Derecho, existe una sumisión plena de la administración a la ley y al ordenamiento jurídico, así como una subordinación del acto a la norma, en estricto sentido, principio de legalidad. Este principio entonces integra la cláusula del Estado de derecho y afecta de modo directo la administración pública, porque el referido principio busca asegurar el imperio de la ley y la administración pública se somete a tal imperio.

De acuerdo con la aplicación del principio de legalidad a la administración pública, hay dos modalidades, la vinculación positiva y la vinculación negativa. En la vinculación positiva la legalidad implica, que la administración sólo puede hacer lo que la ley le habilita, y en la vinculación negativa, lo que no está prohibido expresamente, lo puede hacer. Se trata de una plena juridicidad de la acción administrativa. Sin embargo, en materia de contratación es poco realista encontrar habilitación legal previa en los innumerables supuestos que esta actividad implica porque tampoco tiene sentido construir de modo tan riguroso la actividad de la administración. En estos campos, sin duda alguna hay que acudir al modo de vinculación negativa, y es ahí donde juega un papel importante, la discrecionalidad de la administración, y el derecho económico para adoptar decisiones que permitan satisfacer las necesidades de la comunidad.

Así las cosas, se habla de las manifestaciones de la huida del derecho administrativo (Ariño, 2007) sobre la base de la eficacia, con lo que se busca abandonar las formas propias que han regido a la administración pública para asimilarla al derecho privado. Es decir, el de la Nueva Gestión Pública, mencionada en el capítulo 3, lo que implica una consideración empresarial del Estado. El problema radica en determinar hasta qué punto, las actuaciones jurídicas que son gestionadas con dinero y/o patrimonio público deben quedar o no sometidas a las reglas básicas y principios que deben presidir cualquier actuación del Estado. Así, aun cuando los contratos pueden regirse por derecho privado, están enmarcados dentro de unos principios de actuación pública, como los enunciados en el presente trabajo. Ellos al ser mandatos de optimización del derecho deben aplicarse en mejor manera, sin que ello implique la no aplicación del derecho privado en las actuaciones del estado.

La huida del derecho administrativo se justifica señalando que el crecimiento del estado en tamaño y funciones ha hecho que el derecho público, tanto en su organización como en su funcionamiento no son adecuados para el cumplimiento de sus fines actuales. Por eso se debe dotar de flexibilidad al Estado para conseguir la eficacia en la actuación pública; a eso debe apuntar la legalidad, a una flexibilidad; ello por cuanto, el derecho administrativo tiene una cierta rigidez en la medida en que fue concebido para la defensa y garantía de los derechos individuales, más que para la prestación de bienes y servicios a los ciudadanos.

Señala Gaspar Ariño (2007), que se considera que la huida al derecho privado es peligrosa, por eso conviene reformular el derecho administrativo, aumentando su flexibilidad, pero manteniendo las garantías de objetividad y buena gestión. Una flexibilidad controlada, lo que representa que la vinculación a la ley se dará en la organización y la actividad, indisponibilidad sobre el patrimonio, la existencia del debido proceso en sus actos y contratos en aras de garantizar el interés general, el respeto por los derechos fundamentales y sumisión a la igualdad, régimen financiero de derecho público, presupuesto vinculante, principio de preclusión y especialidad del gasto.

Se hace necesario renovar y reconstruir el derecho público, adaptándolos a las necesidades de nuestro tiempo. Razón por la cual se hace necesario repensar el principio de legalidad propio de la actuación de la administración pública para que, de esta manera, se acompase con el establecimiento de una gestión contractual pública, no solo abordada desde el derecho administrativo sino desde la Nueva Escuela Institucional, como se planteará más adelante.

Al decir del profesor Ariño (2010), el nuevo diseño de la contratación pública debe estar presidido por varias premisas entre ellas, la competencia, la publicidad, la concurrencia, la flexibilidad y apertura en la preparación y gestión del contrato, el diálogo entre la administración y posibles oferentes, despolitizar a adjudicación; estos aspectos implican redimensionar el principio de legalidad. La libertad y el mercado permitirán desburocratizar muchas actividades, reducir el gasto público, separar financiación pública de gestión pública, tal como lo han propuesto diferentes autores, abrir las actividades del sector público, aquellas que no afecten el núcleo del gobierno, a la competencia entre operadores, se busca más valor por dinero. Se requiere un cambio en el aparato del Estado en la administración institucional, pero dentro del marco de una economía social de mercado, que se basa en la libertad e iniciativa privada que admite intervenciones del estado, lo que conlleva a que la constitución requiere una comprensión político-institucional.

De acuerdo con lo anterior, el profesor Ariño (2007) señala que:

La eficiencia se impone en todas las actividades económicas, industriales y de servicios, en la economía de mercado, en un presupuesto básico; se exige del derecho público una mayor eficiencia, mejores análisis económicos, técnicos y sociológicos. El derecho ya no es solo ley y orden; el problema es de mayor complejidad y no se resuelve haciendo nuevos códigos; hace falta mejor gestión pública; la eficiencia exige que el estado abandone muchas tareas de gestión y se centre en establecer reglas claras que marquen el camino de los protagonistas privados (p. 93).

Estas apreciaciones permiten establecer que el problema no es solo de la ley, ni del principio de legalidad, sino que en algunas ocasiones ese principio de legalidad, en materia de contratación de entidades públicas, no tiene relación con la economía. Razón por la cual

no promueve la racionalidad económica de las decisiones jurídicas y de gestión pública que se deben adoptar con ocasión de la celebración de contratos por parte del sector público.

De acuerdo con lo anterior, vale la pena entonces cuestionarse en relación con el costo de la legalidad (Gherzi, 1991), que se considera como una variable explicativa de la falta de vigencia social del derecho. Si bien el derecho tiene como propósito económico fundamental reducir los costos de transacción, a ley, que es una de sus fuentes, también tiene un costo que es el costo de legalidad, ese costo de legalidad depende del proceso por el cual se genera la ley y de las características que tiene, y este costo se eleva cuando es impagable para la mayoría de la población, porque no reduce las transacciones, sino que las encarece.

¿Cuánto cuesta la legalidad? El exceso de regulaciones encarece el costo de legalidad, porque incrementa costos de transacción. En igual sentido, la asimetría en la repartición de costos y beneficios de las normas y los privilegios incrementa el costo de legalidad. Así, en materia de contratación de las entidades del Estado, existe en la actualidad un exceso de regulación, el cumplimiento de las regulaciones implica una serie de costos lo que genera una asimetría en la repartición de costos y beneficios de las normas y privilegios, los contratistas asumen más costos que beneficios al contratar. En otras palabras, el estricto apego a la ley al considerar la contratación pública como un tema de procedimientos y regulaciones, incrementa costos. Por lo tanto, ante la inexistencia de incentivos para oferentes y contratistas, se incrementa el costo de la legalidad, afectando la institución de la compra por parte del Estado. El costo de usar la ley es alto hecho por el cual debe redimensionarse el concepto de legalidad en este tema.

Por lo anterior, el principio de legalidad debe orientarse a establecer un marco institucional en el que las relaciones económicas deben moverse, y desde los postulados de la Nueva Escuela Institucional, promover la contratación del Estado como una institución que se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en un mercado eficiente. Lo anterior debe hacerse dentro de un marco de justicia, de promoción de una gestión pública con base en la teoría de la elección pública, que representa la satisfacción del interés general.

No conviene seguir hablando de contratación pública, porque los asuntos del Estado no son solo lo público. Conviene hablar de la contratación de la administración pública como una institución de la gestión pública y el modelo de justicia donde se ubique, que sea un contexto para cualquier decisión económica o de mercado. Es decir, un punto de vista de metamercado, esto es la ordenación jurídico-institucional que favorece las operaciones económicas, las transacciones, la eficiente asignación de recursos.

2.4. Diferencia entre autonomía de la voluntad y discrecionalidad y su incidencia en las decisiones administrativas

La incorporación del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales se dio en el Estatuto General de la Contratación Pública. El propósito por parte del legislador de la época fue restituirle a dicho contrato legalidad y credibilidad, posibilitándole a las partes que lo conforman desempeñar una independencia contractual, que, aunque no es completa, tiende a activar los procesos contractuales. A continuación, se detalla el Artículo 40 de la Ley 80 (1993) bajo el cual se ofrece para la contratación pública el principio de la autonomía de la voluntad.

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración (Ley 80, 1993).

Teniendo en cuenta este artículo, este principio es de vital importancia, ya que, gracias a la autonomía de la voluntad, las partes del contrato pueden convenir derechos para ambas o para una de ellas (Cooter & Ulen, 2016). Adicionalmente, pueden rehusar la utilización a estos derechos teniendo en cuenta que para que se de este tipo de casos, se debe analizar si las cláusulas a través de las cuales el contratista renuncia a su derecho de exigir por la rotura de la ecuación económica y financiera del contrato que se va a ejecutar es legal.

Como primera medida, la conmutatividad del contrato estatal compromete los derechos a la ecuanimidad para con el contratista (Sarmiento, 2016). Este no debe afrontar obligaciones que legalmente no le corresponden, sin que se le otorgue la indemnización correspondiente y el derecho a la propiedad privada y el lógico amparo al patrimonio que instaura el artículo 58 de la Constitución Política.

Al interior del contrato estatal, la renuncia al derecho que posee el contratista al sostenimiento del equilibrio económico y financiero del mismo no es tan sencilla (Acosta, 2016), ya que esta renuncia conlleva que se estropee la conmutatividad que es una particularidad del contrato y el propósito que tiene un contrato estatal, que está establecida en el artículo 3° de la Ley 80 (1993).

La adaptación de la autonomía de la voluntad no es indeterminada (Ángel, 2016), porque en el derecho privado debe estar encuadrada en la ley, la moral y las buenas costumbres. Aun así, para poder determinar a qué se puede renunciar y a qué no dentro del derecho administrativo, igualmente, como se emplean análogamente las normas que se usan en el derecho privado, debe observarse inicialmente lo establecido en la Ley 80 (1993) y la Ley 1150 (2007).

Por lo tanto, la conmutatividad del contrato compone el contorno complementario para el empleo de la autonomía de la voluntad (Sarmiento, 2016). Por cuanto las partes siendo inflexibles a la aplicación de dicho principio y sus términos necesariamente requieren, tanto en la fase precontractual, crear las estipulaciones del contrato y enunciar ofertas de contratación, como en la realización del contrato, cuando se quiebre el equilibrio económico, contemplar apreciaciones objetivas.

Rodrigo Escobar (1998) menciona el principio de conmutatividad como se señala a continuación.

El principio de reciprocidad de prestaciones (conmutatividad del contrato) como límite del postulado de la autonomía de la voluntad, se pone en juego cuando la administración pública celebra un contrato, en el que objetivamente se puede predicar que el precio pactado difiere sustancialmente de las condiciones del mercado (sobrecostos en contra del interés público o infracostos en detrimento del particular), el que estará afectado de nulidad absoluta por contravenir una norma imperativa y de orden público, como es la que consagra el deber de selección objetiva de los contratistas (p. 80).

Cuando el contratista renuncie a los derechos por obtener una indemnización que le pertenece por contraer una obligación que jurídicamente no debía contraer y a alcanzar una

utilidad proveniente de la realización del contrato, se extralimita la autonomía de la voluntad privada dentro del límite del Derecho Administrativo y la contratación estatal, acarreado alteración de la conmutatividad del contrato (Grajales, 2016). Cuando el contratista renuncia a los derechos que le competen, apoyado aparentemente en el principio de la autonomía de la voluntad, contradiciendo la naturaleza del contrato estatal, que es visiblemente un precepto de orden público, alterándolo y, por lo tanto, adulterando la convención de nulidad, es así como, la tarea deductiva que se debe realizar para diferenciar qué fases del contrato son renunciables, le atañe en primera instancia a las partes que lo conforman. Aunque, si ellas no lo efectúan, le corresponderá al juez, definir el alcance de la autonomía de la voluntad, en el momento de resolver un enfrentamiento entre las partes.

Aun así, se debe manifestar que, aunque haya una conmutatividad entre las prestaciones que debe asumir cada una de las partes, no denota que entre ellos no pueda haber convenios por medio de los cuales cada una de las partes se haga cargo de un riesgo establecido (Papayannis, 2016). Esta situación se presenta por medio de su libre voluntad, siempre estando acordes con los límites implantados por la ley. De esta forma, es la libre voluntad de las partes la que posibilite que el particular contratista se comprometa con riesgos en pro del proyecto, así esto simbolice un incremento en el costo de la propuesta conservando de esta forma la estabilidad entre las contraprestaciones de cada una de las partes.

Las entidades pueden celebrar contratos y convenios que posibiliten la autonomía de la voluntad y conminen la ejecución de los objetivos estatales. Dentro de los contratos que las entidades estatales suscriben, se pueden incorporar las formas, estipulaciones que juzguen apropiadas, siempre y cuando no vayan en contra de la constitución, la ley, el orden público

y las normas y propósitos que implanta la ley, y los que acarrea una excelente administración (Otálora, 2017).

El principio de la autonomía de la voluntad está estipulado en el artículo sexto de la constitución política, cuando establece que todo individuo está acreditado para ejecutar las actividades que no se encuentren explícitamente vedadas por la ley. Este derecho constitucional instauro por sí solo el término sobre la autonomía de la voluntad de los individuos, que se constituye por medio de la práctica de esta facultad y que no podrán transgredir las determinaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y que involucren el orden público, la moral y las buenas costumbres.

En consecuencia de este principio, corresponde a la voluntad ser el origen fundamental de las obligaciones, al constituir la base de las prestaciones de las cuales se responsabiliza cada una de las partes al suscribir un contrato (Rozas & De Miguel, 2015). Lo anterior, encuentra apoyo legal en el código civil al instaurar que las partes se pueden imponer con otras a través de convenios que expresen su voluntad en ese sentido.

De esta manera, para que un individuo se vea comprometido con otro a través de un contrato, deberá expresar su voluntad en tal sentido, presentando trascendencia en la vida jurídica (Jiménez, 2016). El principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es el impulsor de todo vínculo contractual, equivale al deseo expresado por el individuo de comprometerse con la otra parte en un servicio establecido, sujetándose de esta manera a lo convenido. Y es a través del asentimiento recíproco de las partes alrededor de las prestaciones establecidas lo que se interpreta en el contrato, que es la base de los compromisos mutuos, que será de imperativo cumplimiento para ambas partes, de acuerdo con la norma *pacta sunt*

servanda, que significa comprometerse con lo convenido (Accatino, 2015). De igual forma, si dicho convenio conlleva el requisito de ser ejecutado por cada una de los intervinientes, indispensablemente debe acarrear la probabilidad de que ellas puedan reclamar su cumplimiento, ya que, de no ser así, su fuerza vinculante se condensaría a la lealtad de las partes de ejecutar lo convenido (Gómez, 2017).

De acuerdo con Rey (2016), para que exista validez de un convenio, se requiere que éste no transgreda las leyes o normas que sean de obligatorio cumplimiento, y que no vaya en contra de las buenas costumbres y el orden público, conformando éstos, los límites de la autonomía de la voluntad. Estos límites pretenden que los particulares por medio de sus convenios, no agredan a las instituciones fundamentales que posibiliten el crecimiento y ampliación de la sociedad. Dichas normas que están amparadas ya sea de forma explícita o por medio de normas que restringen acuerdos que vayan en contra, o por medio de prácticas que posibiliten la igualdad entre particulares o también por principios de orden público, las cuales hallan su propósito en la apropiada marcha del Estado, y de los vínculos más importantes para el mismo (Arango, 2016). Así las cosas, en materia de contratos suscritos por entidades del Estado, es evidente que la autonomía de la voluntad es reglada porque soporta la carga del principio de legalidad, del interés general y el manejo de los recursos públicos.

Lo anterior acarrea que, así como se incrementan las funciones que le competen al Estado, se incrementen igualmente las acotaciones a la autonomía de la voluntad. Se aumentarán los principios que no admitan pactos en contrario, queriendo proteger la perfecta labor de ciertas áreas de la vida social, compromiso primordial del Estado. Estas funciones

sociales que están bajo el poder del Estado requieren la generación de un método que posibilite el amparo de los intereses de los contratantes, que, teniendo una postura inferior, pueden ser forzados a realizar pactos en relación con lo que la parte dominante le implanta (Rodríguez, 2016).

Es incuestionable que los principios que reglamentan la contratación estatal son de orden público, ya que estos principios buscan amparar el patrimonio del Estado, avalar la probabilidad de que todo particular pueda permitirse contratar con el Estado bajo las mismas condiciones. Así mismo, avala el principio constitucional de igualdad con relación a las obligaciones públicas, ampara el patrimonio del particular cuando se vea perjudicado por circunstancias no imputables al mismo, etc., propósitos de las normas de la contratación que tienen la particularidad común de formar parte de la labor social fundamental y constitutiva al Estado Social de Derecho. Por lo tanto, el orden público es el margen primordial que posee la autonomía de la voluntad, y desplegando esta calidad en los principios que reglamentan la contratación estatal, es imprescindible que, por medio de convenios solemnizados entre las partes, no se pueda ir en contra de las normas que instaura la Ley 80 (1993).

La autonomía de la voluntad es la base de toda clase de contratos, ya que con base en este principio se toman las determinaciones de contratar o no y además es la que cimenta los compromisos que adquieren cada una de las partes. Sin embargo, esta autonomía halla límites precisos que se basan en la necesidad del Estado de amparar los intereses que tienen que ver con el cumplimiento de los propósitos sociales que le son inherentes al Estado Social de Derecho (Sánchez, 2010).

El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal se muestra no solamente como aquella facultad que se le brinda a cada una de las partes del contrato, sino que al traspasársele al campo de la contratación estatal, se le describe inicialmente como una derivación de la filosofía individualista que posibilita que cada una de las personas posea el poder de expedir los principios adjetivos y consensuales que surjan de un acto o negocio jurídico y que estén prestos a solemnizar. Igualmente, el Estado es quien se encarga de aceptar y hacer acatar las normas como si fuesen propias para llevar a buena realización el contrato, así como también constituirse en la salvaguardia alrededor de la previsión de actos en contra del Estado, para la ejecución plena de los cimientos libertarios sobre los cuales se ha desarrollado (Lópe, 2016).

Este principio, dentro del ordenamiento jurídico se presenta básicamente bajo la noción de constituir el permiso que se les concede a los particulares para realizar y suscribir contratos reglamentados o no por la ley. Se señala que esta voluntad, o autonomía de la voluntad va produciendo respaldo en cuanto a la eficiencia de las relaciones jurídicas dentro de los contratos. De acuerdo con Castro, quienes enuncian que este principio es un componente de gran desarrollo dentro del derecho, señalando lo que se menciona a continuación.

Comenzó con el reconocimiento axiológico de su especialidad sustancial (resultado de la fusión de la legalidad y el interés público de la administración y del respeto de la autonomía contractual del particular) pero que en la actualidad se manifiesta en una serie de mecanismos presupuestales, procesales y administrativos que en la práctica tienen por finalidad principal la preservación de la transparencia en el manejo del gasto público (Castro, García, & Martínez, 2010, p. 78)

La autonomía de la voluntad a nivel general, se constituye por el resultado del querer del hombre (autos: propio o mismo) y de la ley (nomos: ley), entre particulares, como opción de negociación (Saavedra, 2015). En este proceso no hay necesidad de introducirse en parámetros creados por principios que reglamenta los contratos preexistentes, sino que permite la probabilidad de generar distintas maneras para obligarse, bajo criterios o medidas instauradas por las partes en relación con la negociación de tipo jurídico que los vincula (Bayona, 2013).

De acuerdo con López (2012) perteneciente a la escuela clásica, quien manifiesta:

El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina filosófica jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente en la voluntad de las partes. Esta es a la vez la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce (p. 62).

En relación con lo anterior, de este principio surge una libertad autónoma de las partes, que no pasa del deber tanto social como público que les posibilita la generación de novedosas maneras para obligarse, sin que ello transgreda los intereses del Estado, quien es el que posee la facultad para mediar en las relaciones que surgen entre particulares. La autonomía de la voluntad, otorga a las partes de un contrato estatal una autodeterminación, que vista desde la concepción individualista, solamente le compete a las partes, aunque con esta autodeterminación se permite que los acuerdos jurídicos que surgen de las negociaciones puedan preservar una estabilidad referente a las necesidades públicas de la sociedad, generando un beneficio común para las partes y produciendo efectos de índole público (Sarabia, 2016). Es así como, la Constitución (1991), le otorga un cimiento al principio de la

autonomía de la voluntad bajo el artículo 333, difundiéndose a las relaciones jurídicas privadas.

Este principio de libertad señalado en el artículo 333 de la Constitución (1991), otorga a los intervinientes una autodeterminación que no puede sobrepasar el beneficio común. Este principio bajo el cual se generan las relaciones entre particulares, sin perjuicio de los intereses comunes, no pueden sobrepasar las posibilidades que se encuentran estipuladas dentro del negocio jurídico instaurado. En el negocio jurídico se cuenta de manera sobreentendida con el principio de la autonomía de la voluntad, el cual permite a los intervinientes regular los propios deseos, sin perjudicar el beneficio común (Báez, 2011).

La integración del principio de la autonomía de la voluntad dentro de los contratos estatales se generó bajo el artículo 40 del Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 (1993), que le brindaba legalidad y credibilidad, permitiéndole a las partes intervinientes adoptar una independencia dentro del contrato. La Corte Constitucional lo realizó bajo las sentencias C-230 (1995), Sentencia C-154 (1997) y Sentencia C-949 (2001), dejan ver la injerencia de este principio para la realización de los contratos con entidades estatales.

Al igual que en el derecho común, este principio en la contratación estatal, se encuentra restringido igualmente por el derecho positivo. En este caso, el legislador lo mueve un interés propio y es la identificación de la función administrativa contractual (Flórez, y otros, 2016). De tal forma que, de acuerdo con la Corte Constitucional, este principio no se puede considerar como absoluto, ya que no puede transgredir reglas que constituyan leyes (Consejo de Estado, 1991), puesto que la capacidad que tienen las partes inicialmente puede ser restringida por la ley. Es decir, que la autonomía contractual no puede ser comprendida

como la actuación que toman de manera inapropiada para determinar los temas del contrato, sino que tiene que ser restringido únicamente por el legislador de acuerdo a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 (1993).

Tomando en consideración las restricciones que tiene este principio en la contratación estatal y de acuerdo con lo señalado a continuación en el Radicado 1263 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2000)

El concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de la autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las partes [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las partes [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias de ello, se derivan en un Estado Social de Derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien puede aquellas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediabilmente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado (Consejo de Estado, 2000).

Conforme a lo anterior, y analizando el principio de autonomía en contratación estatal, la ley le otorga a la administración diversas facultades para celebrar y pactar con cierta autodeterminación (sin que contenga un cúmulo de preceptos indeterminados) el contenido que corresponde conforme a la clase de negocio que se haya escogido y conforme

a las normas del derecho privado, desde que no haya especificaciones legales precisas que determinen lo contrario. De esta manera, únicamente es el legislador quien cuenta con la potestad de limitar el alcance de la autonomía de las partes intervinientes, restricción que se fundamenta en que los contratos con el Estado buscan proteger el interés común y el patrimonio público (Consejo de Estado, 1997).

De acuerdo con Prats (2011), se debe tener en cuenta que, así como dentro del derecho privado este principio no se puede equiparar a las personas con la administración pública. Sin embargo, sí se puede relacionar con la manera como a nivel global los individuos y las empresas direccionan sus intereses, para establecer que no es ilógico utilizarlas bajo el ordenamiento jurídico en la gestión pública conforme a los principios de eficiencia y eficacia. Es así, que, conforme al desarrollo administrativo, se está estipulando la forma de generar los procesos de dar autorizaciones facultativas, o en determinadas circunstancias de autonomía, para otorgar acomodación o ligereza que se requiere de la parte administrativa de los servidores públicos buscando evitar que el Estado tenga procesos lentos para brindar de forma retardada las necesidades sociales (Jiménez, 2014).

Según Leonhard (2013), es así como este principio comprende la dimensión que le permite a las personas escoger lo que estimen apropiado, teniendo en cuenta las disposiciones impuestas por la Constitución y la ley. Capacidad que es reconocida por la administración pública y, concretamente para el derecho administrativo, con las llamadas potestades discrecionales como mecanismo para tener acceso a los atropellos y a la imprudencia, mientras que simbolizar aquella restricción de concreción con la cual debe contar la administración pública para enfrentar ciertos intereses que la ley, por especificaciones

expresas o porque no existen las reglas precisas. Lo anterior le permite al empleado público establecer unas condiciones sin que esta posición evidencie inoportunidad o falta de control, sino como lo señala De Vega (2005), se debe entender como el sistema que permite que la administración avance con los propósitos del Estado Social de Derecho, conforme a lo que señala a continuación.

La discrecionalidad puede y debe predicar todo el actuar humano en las múltiples manifestaciones de la vida, pues por más que se prevean situaciones de orden posterior, complejidad y la incertidumbre de los acontecimientos tanto sociales como naturales hacen que sea una necesidad para poder actuar libremente. Esta última cualidad, la libertad en el actuar, es la nota más característica de la discrecionalidad, porque discreción es ponderación en el juicio, equilibrio de la razón, valoración de hechos y circunstancias, capacidad analítica en la apreciación de los fenómenos, en fin, es *sindéresis*, darle por parte del hombre la dimensión y el sentido de lo verdaderamente humano a los propios actos y predicar toda su vida la racionalidad. Cómo se ve, ¡que exigente es la libertad en el actuar y qué discreción demanda! Cuanta inteligencia y sana razón se requiere para tomar una decisión “discrecional”, como quiera que discreción es sinónimo de prudencia, de reflexión profunda, en una palabra, de sabiduría. Cuán lejos, pues está la decisión discrecional del acto apresurado, irreflexivo y díscolo que tantos perjuicios morales y materiales trae siempre consigo tal comportamiento (De Vega, 2005, pp. 147-148)

De acuerdo con Domínguez (2012), los contratos pueden abarcar las clases y las estipulaciones que los intervinientes consideren apropiadas, desde que no estén en contra de la Constitución y la ley, el orden público y las finalidades del Estatuto. A través de llevar a cabo todas estas disposiciones, se desea impulsar la facultad administrativa y de gestión de los empleados públicos para que lleven a buen término lo dispuesto por las entidades estatales, otorgándoles autonomía, pero limitado por un estricto método de

responsabilidades, puesto que no se relaciona a unas ordenes estatales inconclusas, sino que los contratistas cuentan con el derecho a que exista equilibrio contractual.

Es así como, lo que se ha atenuado no es la idea que se tiene del contrato, sino del principio de la autonomía de la voluntad, por querer equiparar la voluntad privada con la ley, sin aceptar que la fuerza reglamentaria de las cláusulas no surge solamente de la voluntad de quienes intervienen en el contrato, sino también de la diferenciación que les otorga el ordenamiento jurídico (Figuroa, 2016). Las reglamentaciones jurídicas que tiene una entidad basadas en el principio de legalidad deben contar con una discrecionalidad administrativa, donde la norma correspondiente no determine la conducta que se debe adoptar, sino que podrá determinar si debe o no actuar y de hacerlo, escoger el enfoque y que determinaciones utilizará para de esta forma “en la actividad administrativa discrecional, el órgano tiene lección en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales se dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia” (Dromi, 2014).

En la parte administrativa, la autonomía de la voluntad se entiende como discrecionalidad, porque constituye la expresión de la autodeterminación de la administración. Esto quiere decir que puede llevar a cabo no solamente lo que las normas legales le autorizan, sino también todo aquello a lo cual no se le restringe, comprendiéndose como que la administración puede usar en su discrecionalidad todo lo que la ley no ha regulado (Fandiño, 2014). De acuerdo con Gordillo (2015), actualmente, se concibe que la administración labora en el desarrollo de sus dominios reglamentados bajo el precepto de que debe acomodar sus acciones a estipulaciones implantadas por una norma, ordenamiento, u

otros mandatos administrativos llamados doctrina de la vinculación negativa a la ley (García, 2018).

La discrecionalidad en la administración de acuerdo con Naranjo (2014), corresponde a la autonomía para actuar, es el aspecto más particular de la discrecionalidad, ya que la discreción corresponde al análisis de un juicio, la estabilidad en la razón, la evaluación de los hechos y causas, la habilidad de análisis en la percepción de los fenómenos. Es decir, la capacidad para juzgar rectamente, la capacidad que tiene el hombre de otorgarle el sentido a lo realmente humano, a los actos propios y pregonar en la vida la racionalidad. Por lo tanto, la parte administrativa en la práctica de la toma de las determinaciones debe obedecer los principios generales de la ley, ya que las autoridades administrativas, poseen poderes discrecionales conformes a la ley, con el propósito de usarlos para los intereses generales.

Según Naranjo (2014), el empleado administrativo posee límites inicialmente en los principios que son la base del Estado Social de Derecho y el sistema legal. La determinación se vincula con los juicios establecidos en la constitución, que se encuentran relacionados con la administración desde su generación y pasando por todo el funcionamiento de las entidades públicas. Por lo tanto, no se considera que las determinaciones del funcionario se basen en intereses particulares, sino básicamente a los beneficios de la colectividad.

Teniendo en cuenta las determinaciones de la parte administrativa en cuanto a la contratación estatal, quien se encarga de ordenar el gasto, fuera de contar con las restricciones de las reglas generales, tiene que observar también los intereses y voluntad del contratista, de acuerdo con Güecha (2010):

El procedimiento de contratación no puede ser improvisado, porque el contrato no puede ser el fruto de la discrecionalidad de la administración, sino el resultado de un trámite reglado, donde se imponen requisitos de conformación del mismo y en esa medida nace la obligación de establecer normas que requieran todo el procedimiento administrativo de contratación. Si la administración no hace una correcta planeación del contrato, los resultados pueden ser perjudiciales para la misma y para el contratista; puesto que, los estudios y actuaciones previas, permitirán una adecuada ejecución del objeto pactado (p. 46)

Cabe estudiar la incidencia que tiene lo señalado a continuación en la Sentencia C-949 (2001):

Se ha criticado la adopción del principio de la autonomía de la voluntad para la contratación estatal. Se dice que no se puede hablar de autonomía de la administración, cuando la decisión de contratar depende de criterios de conveniencia y necesidad; cuando no se puede elegir libremente al contratista debido a que las normas de escogencia están determinadas en el estatuto contractual; cuando no existe libertad para fijar las cláusulas contractuales, dada la obligación de incluir cláusulas excepcionales en los casos expresamente señalados en la ley y, finalmente, cuando existe desigualdad entre las partes contratantes, manifestada en los procesos de escogencia y ejecución del contrato. Esta opinión está vertida en el artículo "Perspectiva Constitucional de la Ley 80 de 1993", por Héctor Riveros Serrato y Laura León Navas, publicado en "Régimen de Contratación Estatal". Universidad Externado de Colombia (2001)

De acuerdo con lo anterior, y según Naranjo (2014), se rechaza la utilización de un componente esencial en la contratación como lo es la autonomía de la voluntad de las partes. Para celebrar el contrato estatal no existe autodeterminación cuando hay restricciones, cláusulas, intereses y maneras de actuar que deben tener en cuenta los intervinientes que participan dentro de la celebración del contrato, lo cual deja ver que la parte administrativa

restringe la facultad de analizar y considerar para tomar la determinación para la escogencia de la contraparte; por lo tanto, no es justamente aplicable la discrecionalidad.

De esta manera, según Naranjo (2014) dentro del amparo del principio del interés general que conforma no únicamente el objetivo esencial y la base de la organización de la contratación administrativa, lo que deja ver es que todas las actividades que se llevan a cabo dentro de la contratación pública, son de forma predominantemente reguladas, generando poca cabida a la discrecionalidad. Por eso es que el fin primordial del Estatuto de la Contratación fue concretamente “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, y de la ley 1150 (2007) “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

Por lo tanto, según Naranjo (2014), en lo concerniente a las determinaciones sobre la contratación de la administración pública, no hay mucha cabida para la discrecionalidad o un extenso análisis de los funcionarios para planear y celebrar contratos. Los propósitos, procedimientos y otros requisitos, ya se encuentra instaurados, lo cual conlleva saber con antelación lo que busca la administración cuando se van a determinar unos recursos, llamar a colaboradores para iniciar una labor que requiere avanzar en acciones con expertos en el tema. De igual manera, se debe cimentar un proyecto de lo que se va a hacer, para lo cual, es de bastante trascendencia ejercer una excelente planificación (Naranjo, 2014). En este sentido, al sentir de Rebollo (2004) no hay autonomía de la voluntad de la administración, sino principio de legalidad de la administración, principio que expresa entre otras cosas una posición de la administración muy distinta a la que significa la autonomía de la voluntad.

Si bien existen manifestaciones de la discrecionalidad administrativa, no hay autonomía de la voluntad reconocida porque es incompatible con la posición y sentido de la administración porque rompe la construcción armoniosa del derecho administrativo asentada sobre el principio de legalidad. Así, en el principio de legalidad que cubre la totalidad de la actuación de la administración excluye la autonomía de la voluntad de la administración. La discrecionalidad como tal, no puede identificarse con la autonomía de la voluntad, porque la potestad expresa sumisión a la norma que la atribuye y fija el alcance del poder, así como señala los fines que debe servir. Siguiendo a Amazo (2007), en la actualidad, la autonomía de la voluntad no tiene relevancia en el contrato estatal porque se considera que los contratos obedecen a la satisfacción del interés general. Por el contrario, el Estado está sometido a la normatividad jurídica y es la ley la que habilita sus actuaciones.

Las cargas que soporta el contrato estatal son la legalidad, la claridad, la sagacidad y la diligencia. La contratación promueve la capacidad de gestión y administración de los servidores públicos para el cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad y en ejercicio de esta actividad, la autonomía de la voluntad soporta unas cargas, que son las limitaciones legales (orden público, buenas costumbres, legalidad) y las limitaciones actuales (sociales).

2.5. Autonomía de la voluntad desde el derecho económico enfocada en decisiones de mercado

La autonomía de la voluntad en la parte administrativa se comprende como discrecionalidad, porque conforma la manifestación de la libertad de decisión de la

administración. Significa, que puede realizar no únicamente lo que las normas legales le facultan, sino también todo aquello que no le impide, interpretándose como que la administración puede utilizar en su discrecionalidad todo lo que la ley no ha reglamentado (Fandiño, 2014). Hoy en día se percibe que la administración trabaja en la práctica de sus potestades normalizadas en la medida en que tiene que adaptar sus acciones a preceptos impuestos por una norma, ordenamiento o de otros mandatos administrativos denominada doctrina de la vinculación negativa a la ley (Gordillo, 2015).

Inicialmente, los particulares disfrutaban de una libertad en la configuración de los actos contractuales a través de los cuales reglamentan sus intereses privados de autonomía de la voluntad, definida etimológicamente como la facultad que cada individuo posee de otorgarse principios jurídicos dedicados a constituir la misma reglamentación jurídica que las contempla (Matallana, 2012). Sin embargo, la eficiencia de las acciones individuales de mandato, están sometidas a que ellos mismos acaten las cargas que son constitutivas a la práctica de la autonomía privada, comprendidas como aquellas obligaciones donde el individuo, habiendo elegido entre múltiples intereses propios, realizan trabajos y sacrificios (acciones requeridas) para lograrlo. Bajo esta opción, teniendo en cuenta que en la autonomía privada y su práctica, es necesario observar la cautela que debe poseer cada sujeto negocial, así como aquel sujeto que desea lograrlo o ha dejado de serlo: carga de legalidad, de lealtad y corrección, de claridad, de sagacidad y advertencia.

Dentro de estas cargas se destacan primordialmente la de legalidad, lealtad y corrección. En la carga de legalidad se encuentra incluida una ratificación de la observación permanente de los impactos del acto de autonomía particular (Apaza, 2014), primordialmente

por el efecto negocial, que constituye el inicio de la labor, no se consiguen sino únicamente bajo el requisito de que el convenio se haya solemnizado legítimamente, y que la admisión de las pautas normativas, con base en las normas obligatorias, es condición y garantía de la eficiencia y autenticidad de los mandatos. En cuanto a la carga de lealtad y corrección, se encausan a la estipulación general de la buena fe (Hinestrosa, 1986). De esta forma se pueden señalar las restricciones que se mencionan a continuación.

- Restricciones legales: Son aquellas que han sido implantadas por el Estado a través de normas legales de naturaleza impositiva, el orden público y las buenas costumbres. El orden público consiste en el grupo de principios jurídicos que el Estado ha estimado de forzosa ejecución, sin que puedan evadirse de este tipo de principios ni las entidades del Estado ni los particulares, este orden público ampara las normas jurídicas y éticas básicas de la normatividad. Las buenas costumbres, hacen referencia a la moralidad, es decir, las ideologías propias en relación con la ética social reinante en un momento concreto de la sociedad.
- Restricciones actuales: Son las restricciones de tipo social, que le son implantadas tanto al Estado como a los particulares al momento de la ejecución de un contrato masivo, debido a que las partes no acuerdan su contenido, sino que una de las partes es la que crea, de manera fragmentada o totalmente el contenido del contrato, restringiéndose la otra parte a admitirlo o rechazarlo, limitándose la autonomía de la voluntad en favor de la continuidad de la reciprocidad de bienes y servicios a un valor más reducido. En la contratación masiva se minimizan los costos que produce la contratación particular de cada contrato, y como argumentación de ello se presenta el

activar el intercambio patrimonial y minimizar los costos en la contratación o la negociación.

La normatividad actual tampoco concede un dominio incalculable a la voluntad para generar pactos jurídicos, sino que el motivo de la transacción se reconoce a través de la labor económica-social, donde la voluntad siendo inherente a la naturaleza del hombre, se concreta en la presencia de los vínculos jurídicos (Ministerio de Gobierno, 1993).

De acuerdo con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, por medio de la Ley 80 de 1993 el legislador utilizó como apoyo primordial la autonomía de la voluntad, comprendida la voluntad como “un tipo especial de tendencia psíquica, asociada a la representación de un fin y de un medio conducente para lograrlo” (Kelsen, 1992), instaurándola como base de la libertad contractual. Se debe recalcar que, en cuanto a la contratación estatal, este principio de la autonomía de la voluntad hace referencia primordialmente a la potestad que poseen las entidades estatales de contratar, aspecto que no se debe confundir con la economía privada de la voluntad de las personas ya que esta es un poder reconocido a los particulares para regular sus relaciones jurídicas (Hitscherich, 2015).

De acuerdo con lo anterior, aunque el contrato estatal se cimienta en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, para ejecutar el procedimiento de contratación se requiere que tanto la administración como el particular contratante, se adjunten a los principios impuestos (heterónomas) u obligatorios que han sido instaurados para llevar a cabo dicho proceso. La actuación a través de la cual se define ejecutar un proceso de contratación no se somete a una alternativa potestativa de las entidades estatales, sino que es el resultado de un requerimiento esencial para llevar a cabo la prestación de un servicio, y de acuerdo con

los propósitos fundamentales del Estado, lo que quiere decir que no es totalmente una acción libre. En relación con lo anterior, la Corte Constitucional manifestó:

La decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva. También el precio, plazo y condición no pueden pactarse de forma caprichosa, ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y la que resulten más convenientes para la entidad (Corte Constitucional, 1994).

Por lo tanto, si un contrato estatal no acata los parámetros señalados con anterioridad, será nulo de forma absoluta, ya que se estaría solemnizando en contra de lo señalado por la Corte Constitucional. En consecuencia, no sería oportuno sanearse por confirmación de las partes, debido a que fue generado con objeto y causa ilícita (Rodríguez, 2016).

El contrato estatal, en la actualidad, es de manera determinante un contrato administrativo, aun existiendo las normas generales del derecho común o privado que también le son ajustables. De una parte, intervienen dentro de los contratos estatales el ordinal 2° del artículo 14 de la ley 80, las reglas de excepcionalidad observadas en el nuevo estatuto, y, de otro parte, en los contratos estatales que no contengan dicha exorbitancia, el interés general debe establecer la celebración y realización. Cabe recordar la advertencia de que las autoridades les es prohibido realizar acciones con digresión o abuso de poder, sino bajo una práctica de su facultad y teniendo en cuenta los propósitos dispuestos por la ley, lo que señala las desigualdades con el contrato privado. Estas diferencias evidencian, nuevamente que el contrato estatal no se puede confundir ni comparar con el contrato privado, en el cual rigen inicialmente y con toda su severidad, los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes y el debate autónomo de sus derechos y obligaciones (Rodríguez, 2014).

En el contrato estatal la autonomía de la voluntad, aunque hay declaraciones en contrario, hace alusión más a la autonomía de la voluntad de la organización contratante que a la del particular (arts. 32 y 40). Bajo esta idea, hay derechos y responsabilidades que deben compaginar más con los intereses generales de toda una comunidad o con los propósitos que busca el Estado, que, con los intereses de los particulares, acentuados por el ánimo de lucro. Si bien se asocian por cooperación de gestión estatal y con una semejanza fragmentariamente factible, dentro del contrato estatal tiene un papel importante el componente de poder o preponderancia que no es factible hallar en los vínculos entre particulares.

De acuerdo con el ordinal 5° del artículo 24 del Seminario Internacional de Derecho Administrativo (1995), no se puede equiparar el contrato estatal con los que solemnizan los particulares, porque el contrato estatal es de manera sobresaliente de adhesión. Una de las partes, en este caso la administración, no posee las mismas capacidades, ya que cuenta con poderes excepcionales que se encuentran de manera implícita en los procesos de transformación, de terminación, de prescripción, liquidaciones unilaterales. En los contratos cuya finalidad sea la práctica de actividades que configuren monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación o concesión de bienes del Estado, o la construcción de obras públicas, y en donde, el propósito y los preceptos de los derechos y obligaciones particulares de ciertos contratos, no surge de la libre discusión entre las partes, sino que se preestablecen por parte de la administración en pliegos de condiciones o límites de observación de forzoso cumplimiento para las partes (Seminario internacional de derecho administrativo, 1995).

De otro lado, la doctrina extranjera estima lo siguiente:

Mientras la contratación en el derecho común supone esencialmente la existencia de la igualdad entre los contratantes, en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida, que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solo exhibe su propio y particular interés. “La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con lo cual consiente en colaborar; la Administración por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del derecho común, a indemnizar al contratista en caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal que no podía razonablemente prever en el momento de contratar (García & Fernández, T., 1983, p. 69).

Esa diferencia se genera desde que la administración pública realiza de manera unilateral las estipulaciones de la contratación. Cuando sus eventuales oferentes exponen sus ofertas, aprueban las condiciones establecidas y expresan su voluntad y pretensión de realizar el contrato, en el suceso de ser beneficiados bajo esas condiciones que con antelación conocieron y aprobaron (Consejo de Estado, 1996).

La utilización del concepto de autonomía de la voluntad en el terreno del derecho económico se refleja en situaciones como los procesos de arbitraje. La procedencia de mecanismos de protección y de recursos ajenos a la esencia del trámite de estos procesos, al igual que los estatutos procesales propios del ámbito judicial, condicionan el trámite de los arbitrajes y lo sitúan en esquemas procedimentales menos flexibles, debido a que esa autonomía establece unas obligaciones y supuestos que reducen la posibilidad de emplear argumentos jurídicos en los que las partes ignoran o dejan de lado las implicaciones legales que de él se derivan (Rey, 2016). Es por ello que en procesos de solución de controversias se

presenta un amplio margen para la aplicación de la autonomía de la voluntad, debido a que el mismo opera como mecanismo eminentemente convencional.

En relación con este principio, la Corte Constitucional ha señalado que:

Según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes (Sentencia C-186, 2011).

Esas cuatro son las principales libertades económicas equiparables a derechos que la Constitución Política reconoce, por lo que se constituyen en el soporte axiológico y valorativo del sistema de derecho administrativo económico (Bustos, 2016); el ejercicio de la libertad económica es reconocido de esta forma como eje del sistema económico que rige actualmente en el país.

2.6. Conclusiones segundo capítulo

De acuerdo con lo registrado en este capítulo, el Estado Constitucional es principio que tiene el carácter de supremo y que se puede usar de manera directa sin que requiera ningún desarrollo legal, que cuenta con fuerza vinculante inmediato, fenómeno que se entiende como la constitucionalización del derecho. En Colombia su aplicación y

observación está sujeta al control de la Corte Constitucional, por mandato de la misma Constitución.

Los contratos estatales surgen como consecuencia de la relación jurídica que el Estado adquiere con los particulares y con la sociedad en general, con el fin de cumplir con su función administrativa, particularmente cuando usa al administrado o particular para que trabaje con él, ya sea mediante una carga pública o una prestación personal. En este último caso se generan contratos entre los particulares y las entidades estatales.

En cada Estado existen diversos modelos de contratos orientados a que el aparato estatal pueda cumplir sus propósitos constitucionales. En Colombia el proceso de contratación estatal se estructura en el derecho fundamental del debido proceso de las actuaciones judiciales y administrativas, en virtud de la Constitución Política. Esa condición es la que obliga que los contratos estatales deban cumplir con mecanismos de participación ciudadana, publicidad, eficiencia, economía, transparencia, celeridad y etapas probatorias.

Es necesario en igual sentido, redimensionar el concepto del debido proceso en materia de contratación de las entidades del Estado, para que, desde el mismo, se comprenda el análisis de los costos de transacción durante las distintas etapas de conformación de los contratos. Para que, de esta manera, no se entiendan como solo procedimientos sino como decisiones que tienen un carácter económico y en tal sentido modernizar el sistema de contratación de acuerdo con la evolución del mercado.

Para los contratos estatales se utilizan las disposiciones legales contenidas inicialmente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se encuentra establecido bajo la Ley 80 (1993) y posteriormente en las leyes que lo modifican

y los decretos que lo reglamentan. Para algunos autores, el contrato estatal se asemeja a los actos administrativos, aunque en este último caso existe unilateralidad de voluntad y en el segundo se supone que pueden existir manifestaciones autónomas de voluntad, como principio de acuerdo que constituye la base de los contratos.

También se observa en este capítulo que el debido proceso debe considerar la precisión de las fases que se deben seguir para tomar determinaciones en relación con la contratación pública, observando el principio de economía. Este principio impone que los procedimientos contractuales se interpreten de manera que eviten el seguimiento de trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan acogerse a defectos de forma o incumplimiento de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

Estos principios tienen especial aplicación en los procesos de selección de proveedores o contratistas, de acuerdo con términos preclusivos y de competencia perentoria. Así mismo, toda convocatoria implica un compromiso de adjudicación, o, al menos, de una determinación, cuando existan razones válidas para que la adjudicación no se produzca. Teniendo en cuenta que el interés público ha de tener prioridad ante los intereses particulares, los contratos estatales se caracterizan por la inclusión de cláusulas excepcionales dirigidas precisamente a proteger los intereses de la sociedad en general, además de que facultan a las entidades estatales a imponer sanciones que no son usuales dentro de la contratación privada.

Se encontró una relación entre el debido proceso y el principio de legalidad, determinando que resulta conveniente armonizarlos desde el punto de vista de los costos de transacción, para que se analicen los mismos en aras de que la extrema formalidad e inflexibilidad no imponga más en los procesos de planeación, configuración y ejecución de

los contratos. Que se promueva una simetría en la repartición de costos y beneficios porque lo contrario incrementa los costos de transacción, ante la inexistencia de incentivos para oferentes y contratistas incrementando el costo de la legalidad.

En este capítulo también se encontró que, en virtud de la autonomía de la voluntad introducida al contrato estatal por el Estatuto General de la Contratación, la conmutatividad del contrato compromete los derechos a la ecuanimidad para el contratista, quien no está obligado a afrontar obligaciones que no le corresponden sin que se le otorgue la indemnización correspondiente. Una de las implicaciones de este enunciado es que el Estado no puede celebrar contratos en donde el precio pactado difiera de manera sustancial de las condiciones del mercado. Sin embargo, la autonomía de la voluntad no puede argumentarse para la celebración de contratos contrarios a leyes o normas de cumplimiento obligatorio para las partes, o que vayan en contravía de las buenas costumbres y el orden público.

El hecho de que el Estado tenga la facultad de imponer cláusulas excepcionales es utilizado por algunos autores para afirmar que el contrato estatal se aproxima a la modalidad de contrato de adhesión, dado, además, que el particular tiene una capacidad de negociación usualmente muy inferior a la que tiene la entidad contratante, la que preestablece unos pliegos de condiciones que son de forzoso cumplimiento y que tienen carácter vinculante.

Desde el punto de vista del derecho económico y de las decisiones de mercado, se regula la autonomía de la voluntad, para que no haya competencia restrictiva, acuerdos colusorios, se regula la libertad; teniendo en cuenta el mercado como objeto de estudio, la autonomía de la voluntad se regula y restringe para promover mejores prácticas de mercado

como estandarización de procedimientos, regulación de precios, prohibición de acuerdos entre competidores.

3. Retrospectiva de la Gestión Pública en la Contratación Estatal

En el presente capítulo se hace un análisis de la forma como ha sido desarrollada la actividad contractual de las entidades públicas en Colombia, para determinar cuál y cómo ha sido su vínculo con la actuación administrativa, y si ha existido algún componente que permita determinar que se ha entendido como gestión pública. Se esboza la fundamentación política de la contratación contrastándola con la gestión pública, se analiza la teoría de los actos de poder y de gestión, como enfoque desde el derecho administrativo, comparando estas figuras, con algunos postulados de la nueva Gestión Pública, para entender la aplicación del derecho privado y los esquemas de gobernanza. También se analiza el contexto de la contratación pública desde el derecho administrativo y desde la gestión pública en aras de determinar el alcance y la incidencia de estas instituciones en la contratación de las entidades estatales, para llegar a determinar si es posible o no aplicar el contexto de la gestión pública y qué tanto se aleja esto del derecho administrativo o si por el contrario se pueden complementar.

Cuando se habla de administración pública (*ad y ministrare*) se refiere a servir-manejo o gestión. La administración alude a la gestión de asuntos o intereses, pero una gestión subordinada. Se entiende la gestión pública como la manera en que las administraciones consiguen sus objetivos. La nueva gestión pública es el intento de dar cuenta, reflexionar y discutir sobre cómo alcanzar fines públicos con la mayor eficiencia, eficacia y satisfacción del ciudadano (Olías, 2001).

En Colombia, la contratación pública es el instrumento por medio del cual el Estado garantiza la satisfacción de las necesidades de los administrados y de su propio

funcionamiento, se basa en el requerimiento que posee el Estado de ayudarse, a través de los particulares, para poder cumplir con sus objetivos en aquellas actividades donde únicamente, a través de la injerencia de los proveedores, se puede lograr la satisfacción de las necesidades en bienes, servicios, obras, consultoría y otros temas donde el sector privado posee los medios, recursos, prácticas y capacidad de considerar dichas necesidades de las entidades públicas. Con esta práctica se busca estudiar, esclarecer y comprender la realidad contractual en el país, sus características, con base en el marco normativo, desde los orígenes de la contratación hasta llegar a la complejidad de su estudio e interpretación normativa y procedimental para tenerse como marco de referencia.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que la retrospectiva de la gestión contractual pública en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido abordarla más desde un punto de derecho administrativo, que desde una actividad de administración pública y de gestión pública. La contratación estatal posee unos impactos dentro de la gestión pública en los procesos contractuales, ya que a través de ellos se busca realizar un manejo apropiado de los recursos dentro de un determinado gobierno. Se puede observar la trascendencia que tienen las entidades estatales en el manejo de la contratación estatal, ya que a través de ella se puede determinar la complejidad y las problemáticas que surgen del uso de las normas y el constante devenir de las entidades del Estado. Por lo tanto, es a través de la aplicación de las diversas normas que cobijan el desarrollo de la contratación estatal, que encierran su aplicación en la gestión pública ejercida por el Estado. Dentro de toda esta normatividad, están inmersos los principios que se deben tener en cuenta en todo proceso de contratación pública, además los requisitos y solemnidades a través de los cuales se plasma la trascendencia y

perfeccionamiento del contrato, la importancia del registro presupuestal y su rol fundamental dentro del presupuesto general del país (Hernández, 2016).

De acuerdo con lo anterior, la contratación estatal ha variado normativamente buscando mejorar su práctica y dinámica, buscando mejorar el progreso de la satisfacción social o el interés público, para lo cual se han implementado una serie de normas y principios que rigen dicha clase de contratos y que se explican dentro de este capítulo, por medio de los cuales se busca respaldar que esta clase de contratos se efectúe de manera transparente. Por lo tanto, se analizarán normas tales como la Ley 80 (1993), Ley 1150 (2007) y demás preceptos que permiten determinar que el contrato estatal conforma uno de los instrumentos jurídicos fundamentales del Estado para poder cumplir sus objetivos y hacer efectivos los deberes públicos y poder prestar los servicios que tiene a su cargo.

Para poder determinar por qué la actividad contractual pública es propia de la gestión pública, se hace necesario revisar la palabra gestión. Nació con la ciencia de la administración pública, Charles Jean Bonnin la usó en 1812, cuando refirió la ejecución de las leyes como un asunto necesario a la "gestión de los asuntos públicos" En español dicho vocablo ha sido usado como sinónimo de administración, o, más generalmente, como una parte de la misma. De modo que el gestor es un procesador, un hacedor de acciones. Inclusive la gestión se concebía como algo que apunta exclusivamente al funcionamiento de esa administración y tenía un matiz de actividad secundaria y subordinada. Sin embargo, desde la década de los ochenta, gestión comenzó a ser usada como antónimo de administración, precediendo e inspirando a la corriente anglosajona de la nueva gestión pública (new public management). (Guerrero, 2001).

La configuración conceptual de la gestión pública contemporánea deriva de la globalización. Es el resultado de la estandarización de la administración pública, singular de cada país, bajo el mismo esquema de organización y funcionamiento. (Guerrero, 2001).

La gestión pública implica establecer reglas para una buena administración, de acuerdo con Guerrero, la propuesta central del modelo gestionario radica en hacer implementables los propósitos de una "buena" administración gerencial, esto, luego de desechar un modelo de "mala" administración burocrática, eliminando la desconexión entre principios y resultados, observable bajo el modelo burocrático. Debido a que la administración pública debe adaptarse a las nuevas realidades de la economía mundial, aunque está en marcha continua y no puede detenerse, su nivel de implementabilidad sólo puede elevarse cambiando de modelo de operación.

Así las cosas, la gestión pública busca alcanzar fines públicos, lo que incide en implementar una buena administración gerencial, claramente se puede considerar la actividad contractual del Estado, como un asunto de gestión pública, por cuanto, a través de ella, se cumplen unos fines públicos, y esta se convierte en la herramienta o medio para lograrlos (Ortega, 2018), así como en una herramienta de administración gerencial.

Es claro también que la gestión pública está en constante renovación, tal como lo refleja nuestro ordenamiento jurídico. Con la finalidad de usar los recursos públicos con la máxima eficiencia para satisfacer las demandas y necesidades de los ciudadanos, aprovechando las oportunidades de un mundo globalizado y competitivo, esto ha permitido lograr una adecuada combinación entre Estado y mercado, con la posibilidad de considerar que la probidad del servicio público es la capacidad de gestión. La contratación pública no

es ajena a estos conceptos (Rentería, 2016) y la gerencia pública tiene que ver con la introducción, en el sector público, de técnicas y métodos del sector privado, con el fin de hacer más eficientes y eficaces las organizaciones públicas.

La retrospectiva de la gestión pública en la contratación estatal, ha sido vaga e imprecisa, pese a que en algunas ocasiones se ha considerado como tal, y ello obedece al apego que existe para considerarla como un asunto de derecho administrativo. En el campo de la administración pública, se opone la amplia gama de vínculos entre los ámbitos político y administrativo, evidenciándose cuando a finales de los años 70 el Estado omnipresente entra en crisis y se inicia la reconfiguración del papel estatal, surgiendo el Estado regulador (Bozeman, 2006). Lo público deja de ser un monopolio estatal y recobra su esencia de ser un espacio para el conjunto de individuos, agencias y agentes, haciendo del Estado un componente, no el todo. Se busca analizar un sistema de dependencias gubernamentales más que un aparato gubernamental y se establece que en la toma de decisiones debe tenerse en cuenta la visión estratégica, los problemas de eficiencia y las preferencias del usuario como elementos esenciales de análisis. La gerencia pública en Colombia, en materia de contratación pública ha tenido un bajo impacto porque el legislador no ha dimensionado las implicaciones de estos fenómenos, no se ha entendido la contratación del Estado como un tema de gerencia pública ni de gestión pública, ni la incidencia que el derecho económico tiene en ella.

Para Bozeman (2006), existe una diferencia entre la gestión y la gerencia pública. La gestión pública la concibe como el manejo directivo de las políticas y la gerencia pública, que surge de las escuelas de negocios, sobre los conceptos de administración de empresas, la

concibe como el manejo menos riguroso entre las esferas pública y privada. La gestión pública es un enfoque disciplinario surgido en el contexto del estudio de la acción gubernamental, que en Colombia no ha existido de manera profunda y frente al cual puede decirse, que solo con la reforma consagrada en la ley 1150 (2007), la contratación pública empieza a tener los primeros matices.

Puede señalarse, que el derecho administrativo no ha considerado del todo al Estado en relación con el mercado, sino que lo ha considerado en función del cumplimiento de actividades para satisfacer el interés general. Por lo tanto, se ha centrado en la relación que existe entre el Estado y los particulares, a la luz de los actos de gestión y los actos de poder, sin abordar el estudio del Estado como un agente del mercado, cuando actúa en ejercicio de la competencia contractual.

3.1. Fundamentación política de la contratación estatal que se refleja en los actos de poder y de gestión

El Estado tiene dentro de sus funciones constitucionales la prestación de algunos servicios como la justicia, la educación pública, la atención de la salud, la seguridad nacional, entre otras. Para poder cumplir esas funciones, la administración pública requiere contratar con particulares algunos servicios y adquirir algunos insumos, incluyendo arrendamiento de inmuebles, construcción de infraestructura, dotación militar entre muchos otros. En su actuación, el Estado y los servidores públicos debe observar normas de comportamiento que se diferencian de la responsabilidad legal de los particulares. Es así como el artículo 209 de la Constitución Política de manera textual, en relación con la forma como se debe ejercer la función pública establece que:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Artículo 209).

Así mismo, el artículo 267 establece que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Por otro lado, de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, *“la gestión contractual del Estado es un instrumento que busca 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”* (Procuraduría General de la Nación, 2012, p. 21).

La Procuraduría señala que la función contractual se encuentra regulada por principios que buscan evitar decisiones caprichosas, negligentes o interesadas de parte de los administradores públicos. De manera que en el marco de los postulados que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, adopten las tendencias a garantizar, en primer lugar, el interés general y, en segundo, la adecuada inversión de los recursos públicos. Fue por ello que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 señaló que:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso

y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Ley 1150, 2007, Artículo 13).

Adicionalmente, la Constitución Política incluye otros principios fundantes orientadores del comportamiento, tanto de las autoridades públicas, como de los particulares, los que son también derroteros de la función administrativa, tal como lo manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado al señalar:

La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado (Consejo de Estado, 2007).

Con respecto a las implicaciones que tienen estos principios, debe tenerse en consideración la posición del mismo Consejo de Estado cuando afirmó que:

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en

normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas (Consejo de Estado, 2007).

Es decir que, quienes participan y son responsables de la gestión contractual de las entidades del Estado, tienen el deber de gestionar tales contratos observando esos postulados, algunos de los cuales se traducen en reglas específicas, reglamentos, estatutos, manuales, procedimientos y otros instrumentos. Sin embargo, además de ese tipo de instrumentos, deben hacerlo aplicando *“un ejercicio de interpretación por falencia o insuficiencia de normas positivas, aplicables para resolver problemas o conflictos específicos”* (Procuraduría General de la Nación, 2012, p. 5).

La intervención de la actividad administrativa del Estado dentro de la sociedad ha sido analizada desde la denominada teoría del servicio público, la cual permite distinguir entre las funciones de los particulares y las actuaciones que le son propias a las entidades estatales. Esta teoría se originó en Francia, con el fin de modificar el trato que los ciudadanos recibían hasta entonces de una organización tan poderosa que los colocaba en la práctica en una situación de súbditos y dio tránsito a que se les reconociera como ciudadanos (Angulo, 2012). De esta manera, la teoría del servicio público fue una manifestación más de la transición desde el modelo monárquico hacia el modelo democrático, en palabra de Duguit (1926).

El servicio público es la razón de ser del Estado moderno y trajo consigo la necesidad de que se desarrollara el derecho administrativo. En palabras de Rivero (2002) el servicio público se refiere a toda actividad de interés general que es asumida por la administración. El derecho administrativo reúne entonces todas las normas que regulan la actividad del Estado y su relación con los particulares, con lo que se crea un marco de referencia sobre las facultades y deberes de quienes actúan a nombre de la administración para poder materializar el desarrollo de las funciones que la misma sociedad le asigna al aparato estatal, para beneficio común y para poder organizarse como sociedad. Adicionalmente, el derecho administrativo contiene también las herramientas que le permiten al Estado su protección frente a los obstáculos jurídicos que surgen en el ejercicio de esas actividades o funciones y que tienen complejidades diferentes a las propias de la relación legal entre particulares.

Monroy (2017) registra que *“en algunos países de Europa el servicio público es conocido bajo la denominación de servicio económico de interés general o servicio universal, en consideración a su impacto en la sociedad”* (p. 11). Para poder satisfacer los intereses de carácter general, la administración pública requiere de la celebración de contratos, entendidos como acuerdos de voluntades y al mismo tiempo generadores de obligaciones mutuas entre las partes; esta definición resulta aplicable también a los contratos celebrados entre particulares.

Los derechos y obligaciones presentes en los contratos estatales han sido analizados desde diferentes teorías, como la teoría positiva y la negativa. Según la teoría positiva, el término contrato administrativo no es aplicable en derecho administrativo y lo que se conoce como tales, son en realidad actos administrativos. Para sostener esta posición se argumenta

que entre las partes que suscriben tales contratos no existe en realidad igualdad jurídica, lo que impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad; esta teoría sostiene que en estos negocios el particular solo tiene la facultad de aceptar o rechazar las condiciones establecidas por la otra parte, esto es, la Administración. En segundo lugar, la teoría negativa considera que el contrato administrativo se encuentra fuera del comercio y para su ejecución no se requiere de la voluntad del particular (Pardo, 2014).

En contraposición, la denominada teoría positiva sostiene la existencia de los contratos estatales, los que se desarrollan como parte de los actos de poder. Una tercera teoría se enfoca en la función que cumple la ley en la determinación o identificación de las características propias de los contratos estatales, por lo que se conoce como la teoría de la ley. De acuerdo con los dos temas trabajados en los numerales anteriores, se puede advertir que los problemas políticos no se aíslan de la gestión pública, pese a que se pueda entender una dicotomía entre política y administración. Se sostiene que debe lograrse una armonía entre estos dos conceptos e instituciones, para comprender la gestión pública dentro de un contexto político, entendiendo que ésta se lleva a cabo en un contexto político e institucional, con el fin de identificar las condiciones en que los administradores y las organizaciones públicas alcanzan ciertos grados de autonomía y autolimitación y, también, para promover la labor básica del administrador del gobierno que consiste en guiar la organización hacia la producción de un conjunto de servicios deseables. Podría entonces afirmarse, que el contrato suscrito por las entidades públicas, es el puente entre lo político y la gestión pública, por cuanto el contrato es un instrumento gubernamental para lograr una gestión eficiente, dentro del contexto político.

Fue en 1873 cuando el Tribunal de Conflictos de Francia determinó por medio del denominado Fallo Blanco la posibilidad de que el Estado fuera declarado como responsable independientemente de que tal responsabilidad estuviera señalada de manera expresa o de que su actividad fuera considerada de poder o de gestión. Para adoptar esa decisión el Tribunal se basó en la noción de servicio público, que entró a sustituir las nociones de poder y de gestión (Vidal & Agudelo, 2016).

Desde entonces en la doctrina y en la jurisprudencia se establecen límites en la responsabilidad que le corresponde al Estado y a los agentes que lo representan. Se reconoce entonces que la administración pública es una persona jurídica y no actúa por sí misma, sino que lo hace a través de agentes o funcionarios, lo que hace necesario diferenciar hasta qué punto los perjuicios que causa le son propios o se generan en el actuar de los funcionarios estatales (Rodríguez, 2010). En el caso del sistema anglosajón fue la Ley Federal de 1946, en el caso de Estados Unidos y en 1947 en Inglaterra, las que modificaron el sistema según el cual el funcionario autor del hecho perjudicial era quien debía responder con su patrimonio personal.

Tanto en materia de ejecución como de responsabilidad surgen los conceptos de actos de poder y actos de gestión:

Es objeto de grandes debates en la historia del derecho administrativo, tenemos que la consecuencia es muy parecida. Si se trata de actos de poder que implican el ejercicio de las prerrogativas propias del poder estatal, se rigen por el derecho y son juzgadas por el juez contencioso administrativo, pero si eran de gestión que implicaban un comportamiento similar al de los particulares eran de derecho privado y de conocimiento de los jueces ordinarios (Bernal, 2010, p. 28).

Bernal señala que el principal aporte de estas teorías sobre actos de poder y actos de gestión fue el de explicar la existencia del Derecho Administrativo, como régimen jurídico especial que regula las actuaciones del Estado, tanto utilizando criterios del servicio, como prerrogativas de poder. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-507 (1993) señaló que, para definir en qué dimensión actúa el Estado, si con su estatus superior de Estado o al nivel del particular se debe diferenciar entre la actividad de mando a través de la expedición de actos de poder o de autoridad. En las situaciones que actúa a nivel de particular se enmarcan las actuaciones que realiza el Estado sin utilizar el poder de mando y que, por consiguiente, son semejantes a las actuaciones de los particulares. Quiere decir que cuando se está frente a una actividad de poder debe aplicarse a la administración los principios y normas especiales, es decir, el derecho administrativo y los litigios que allí resultaren serían de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Esta distinción histórica entre actos de poder y actos de gestión permite identificar que la contratación pública constituye un acto de gestión, dado que al contratar el Estado no actúa en virtud de su poder de mando y en cambio actúa frente al contratista, hasta cierto punto, en igualdad de condiciones. Esto en el sentido de que el hecho de que la entidad estatal actúe en representación del interés general, no puede llevar a que el particular, actuando como contratista, deba sacrificar sus propios intereses sino cumplir el objeto del contrato con fines onerosos (2016). Dado lo anterior, se puede entender que se aplique el equilibrio económico del contrato, y que el oferente pueda participar en la elaboración de los documentos previos del contrato público. Antes de la expedición de la ley 1437 de 2011, esta distinción resultaba especialmente útil y necesaria cuando se trata de asuntos relacionados con la actividad

contractual del Estado; de hecho, esa distinción es la que permite definir la competencia entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, está el acto administrativo unilateral, que corresponde al ejercicio de la facultad impositiva del Estado, por lo que tiene carácter obligatorio para los ciudadanos. La diferenciación consiste entonces en que en los contratos se debe superar una fase que conduzca al logro de acuerdos mutuos. Sin embargo, Rodríguez (2001) sostiene que el acto administrativo también es bilateral:

Obviamente también es una clasificación de sentido práctico, porque en un Estado de Derecho, aún los actos unilaterales, si uno se pusiera a hacer análisis filosóficos y políticos, implicarían un acuerdo de voluntades original mediante el cual, a través de las elecciones, los gobernados estarían autorizando a los gobernantes para tomar esas decisiones; pero aquí lo que se mira es el acuerdo inmediato, de tal manera que la existencia de ese acuerdo inmediato en el sentido de que la Administración toma las decisiones, sin que sean el resultado de un convenio con los particulares, hace que ellas adquieran la calidad de actos administrativos unilaterales (p.112).

En Colombia, las normas se producen en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 (1993) o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública el cual define como *“contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”*. El panorama descrito, evidencia la presencia del derecho administrativo como guía de la gestión contractual pública, orientada más hacia una finalidad procedimental que de mercado.

Esta clasificación de los actos de poder y los actos de gestión, permite observar cómo el ordenamiento jurídico, ha pretendido considerar, en algunas ocasiones que el Estado aplique figuras normativas propias del derecho privado, en aras de poder flexibilizar su actuación. Lo anterior, guarda similitud con la Escuela de la Nueva gestión Pública (Barzelay, 2003), que busca estudiar, administrar y supervisar las oficinas y el sector público como un todo, para encontrar respuestas mejores a cómo estudiar lo público, y crear un gobierno bueno y responsable. Resulta de gran importancia las operaciones de administración del gobierno y políticas de administración pública, planteando que, para lograr ciertos propósitos de lo público, resulta más conveniente aplicar normas y procedimientos del sector privado, es decir, considerar al Estado como un particular en algunas actuaciones, para entender una gestión de procesos comerciales y una gestión del rendimiento.

3.2. Principios, normas y procedimientos para la implementación de un contrato estatal

El Estado establece las normas para poner en marcha un contrato estatal, normas que permiten establecer las clases de entidades estatales existentes, la manera de selección de los contratistas, los tipos de contratación y las entidades que fiscalizan el desarrollo de las políticas públicas. En la Ley 80 (1993), artículo 2 numeral 1, se determina que las entidades estatales son las que se mencionan a continuación.

- La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; e igualmente los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado que tengan participación superior al

50%, e igualmente, las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas que posean mayor participación pública, bajo cualquier nombre.

- El Senado de la República, la Cámara de Representantes, El Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Servicio Civil, Los Ministerios, Los Departamentos Administrativos, Las Superintendencias, Las Unidades Administrativas Especiales, o cualquier entidad o dependencia del Estado a los cuales se les de la habilidad para celebrar contratos a través de la ley.

Cuando estas entidades estatales van a comenzar un proceso de selección, deben tener los recursos en el presupuesto que se requieren para respaldar el perfeccionamiento del contrato, para poder llevar a cabo la realización del mismo de manera eficaz, buscando brindar el más apropiado servicio a la comunidad, e igualmente, poder brindar el soporte a los propósitos del Estado. El contrato estatal, es aquel acto jurídico que emana de los compromisos que realicen las entidades estatales y el sector privado, llamando los proponentes, estos actos jurídicos se encuentran especificados bajo la Ley 80 (1993) en el artículo 32, estos contratos pueden ser: de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión (entre otros)

En esta clase de contratos el proponente, al celebrar contratos con el Estado, debe tener en cuenta que en ese momento está apoyando al Estado para lograr los objetivos propuestos, al igual que alcanzar el cabal cumplimiento de la labor social, para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones se deben ceñir a las normas establecidas bajo la Ley 80 con los artículos 4 y 5, y bajo la Ley 1150 (2007) con el artículo 13.

Cuando las personas naturales o jurídicas vayan a celebrar contratos con entidades estatales en cualquier modalidad de contrato, deben inscribirse en el Registro Único de Proponentes RUP, a través de la Cámara de Comercio del domicilio principal de la entidad contratante, ese registro posee vigencia de un año, y se tiene que efectuar respaldando la información concerniente a: Labores económicas, capacidad jurídica, financiera y organizacional con la cual cuente el proponente. Las entidades estatales pueden consultar los datos del proponente, a través del RUP, ya que en dicho documento se puede verificar si el proponente ha tenido cualquier tipo de sanción o multa, lo cual le permite a la entidad estatal certificar con quien va a efectuar la negociación.

Pero conforme al artículo 6 de la Ley 1150 (2007), este registro no será exigible en los casos que se mencionan a continuación.

- Cuando se efectúa contratación directa
- Por contratos para prestar servicios de salud
- Por contratos de mínima cuantía
- Venta de bienes del Estado
- Contratos para comprar productos que van a ser destinados en operaciones agropecuarias ofrecidos por empresas que están constituidas legalmente.
- Contratos con objetivos en labores comerciales e industriales que realicen empresas industriales y comerciales del Estado
- Sociedades de economía mixta

- Contratos de concesión.

De igual forma, bajo la ley 80 (1993) y posteriormente la ley 1150 (2007), las clases de procesos de contratación estatal, son las que se mencionan a continuación.

- Licitación pública
- Selección Abreviada
- Por concurso de méritos
- Contratos de consultoría
- Contratación directa
- Contratación de mínima cuantía

Las entidades estatales deben, sin tener en cuenta la clase de modalidad que elijan para realizar la contratación, llevar a cabo un proceso de selección objetiva, el cual conlleva a que deben fijarse en varios aspectos como el precio que maneja la propuesta, la experticia y/o calidad de los productos que tienen los oferentes. Bajo este proceso, se busca que la contratación se efectúe a través de procesos de escogencia pública bajo normas precisas, equitativas e íntegras, pretendiendo conseguir que los proponentes muestren ofertas competentes y a su vez se puedan establecer fallas, advertencias, cuestionamientos o explicaciones a los documentos que presenta la entidad.

De igual forma, con el fin de que exista una entidad que guíe el desarrollo y progreso de las políticas públicas y unifique los mecanismos de estructuración y ejecución de los procesos de compra y contratación para que se efectúe de forma más eficiente, con total

claridad y que los recursos del Estado se utilicen de la mejor forma, el gobierno nacional instauró bajo el Decreto 4170 (2011) la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia una presencia preponderante de la visión desde el derecho administrativo en la contratación estatal, lo que impide entenderla ampliamente como una gestión pública, y representa entenderla como una actividad administrativa, obstaculizando manejarla con técnicas de mercado.

En relación con el tema de poder contar con el presupuesto para realizar los contratos, se aborda lo que tiene que ver con el certificado que genera el empleado de la entidad que se encarga del manejo de los recursos. Dicho documento, llamado Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP), respalda que la entidad por medio de una partida que aparece dentro del presupuesto anual pueda generar la aprobación de los contratos estatales, buscando avalar por medio de ellos que los recursos del Estado se apliquen responsablemente, evitando que los administradores públicos, adquieran compromisos sin contar con la capacidad de pago.

De acuerdo con el Consejo de Estado y bajo la Radicación 05001-23-31-000-1998-01350-01 (28.565) (2014), a través de este certificado se constata que existe un espacio en el presupuesto para que la entidad se responsabilice de su perfeccionamiento, más no quiere decir que el dinero esté realmente disponible en los bancos. En consecuencia, el empleado encargado del CDP debe verificar que exista el dinero en los bancos, en relación con el presupuesto aprobado para realizar el proceso de contratación.

De acuerdo con el Decreto 195 (2007), que fue derogado por el Decreto 662 (2018), para llevar a cabo este proceso cada Entidad Estatal debe poseer el registro de los CDP y así

saber el saldo con que cuentan en el proceso de apropiación de otros contratos. Estos actos administrativos que tengan injerencia dentro del presupuesto de dichas entidades, tienen que poseer el respectivo CDP con antelación, el cual debe ser generado por la persona encargada dentro de la entidad.

De esta manera las entidades estatales, no pueden generar compromisos sobre bases que no existen o sin contar con los dineros disponibles o sin tener el aval del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), que es la entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que dirige la política fiscal y organiza el sistema presupuestal del Estado. Reuniendo esos elementos y con la autorización bajo la cual se puede comprometer vigencias futuras de presupuesto, es posible que un compromiso adquirido por una entidad estatal se cancele con dineros del presupuesto del año posterior. Por lo tanto, el precio global de un contrato, no tiene que respaldarse totalmente con el presupuesto concerniente a la vigencia fiscal en el año en que se celebra el contrato y se inicia su realización, sino que debe tener como mínimo un 15% de atribución de la vigencia fiscal en que fue autorizada.

Conforme a la Ley 819 (2003) el CONFIS puede conceder, en ciertas oportunidades inusuales, que se adquieran compromisos por el presupuesto de vigencias posteriores a las cuales no se les exige aprobación en el presupuesto donde se otorga el permiso, para obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, al igual que para respaldar concesiones. Para establecer el monto, las estipulaciones y los plazos, se basan en las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo.

La vigencia por la cual se expiden los CDP está dada por dos (2) meses que empiezan a correr desde la fecha en que se generan estos documentos, término en el cual no se pueden

ya realizar procedimientos de compra o contratación, para efectos de poder ejecutarse, la entidad deberá requerir la expedición de un nuevo CDP (Moreno, 2016). Este documento, evidencia la presencia del derecho administrativo, pues se considera que el CDP es un acto administrativo y tiene unas solemnidades propias de la actuación administrativa sometida al principio de legalidad. Se evidencia más como un instrumento de la actuación administrativa desplegada de manera previa al contrato, que como una herramienta que permita optimizar la disposición de los recursos. Expedir un CDP solo implica un trámite procedimental, pero de fondo no se ha considerado como un análisis de la inversión de recursos.

El mecanismo fundamental con el cual se imponen los límites legales con los que se relaciona el sector privado en la contratación estatal, se encuentra erigido en la Constitución Política (1991), que determina la puesta en marcha de las labores del Estado que necesitan de una contraprestación de tipo económico. Para reglamentar todo el proceso legal en la contratación estatal, se expidieron, entre otras, las Leyes 80 (1993), 1150 (2007), la ley 1882 (2018) y el Decreto 1082 (2015), que regulan los mecanismos de selección y procesos que en aplicación de una mejor economía del proceso, claridad y principios de selección objetiva, permitan conseguir las metas propuestas por parte del Estado (Serrano, 2014). Aunque a causa de que dichas normas eran bastante imprecisas por los efectos generados por la corrupción y el clientelismo presente del sector público, se estableció que cada entidad territorial produjera sus propias normas y reglamentos acordes a la legislación del país, la cual se encargaría de instaurar todos los procesos macro que direccionen el proceso contractual que intervienen dentro de la actividad contractual de la nación.

Por tal motivo, surge el manual de contratación como mecanismo que instaure procedimientos que direccionan esta actividad, bajo el cual se regulan los lineamientos de la contratación con base en las leyes marco, así como los decretos reglamentarios. Cada entidad estatal debe elaborarlo, buscando respaldar los propósitos que buscan obtener, así como beneficios para la misma nación.

Con el fin de reducir el elevado nivel que existía de descomposición o proceso degenerativo de las normas y valores instaurados socialmente, puesto que no había normatividad uniforme, los legisladores generaron una norma que se usara en las distintas entidades estatales sin tener en cuenta su naturaleza o estructura dentro del Estado. Por lo tanto, se expidió la Ley 80 (1993) bajo la cual se instauran las normas, las entidades a quienes van dirigidas, la normatividad del contrato estatal, la clase de contrato, así como las normas generales para la selección de los contratistas.

Igualmente, bajo la Ley 80 (1993), se determinó la noción de servicio público, como se señala a continuación.

Entendiendo como el que está destinado a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines, como lo impone nuestra Carta Política (Congreso de la República, 1993, p. 27)

De igual manera, se contempló que la adquisición y la contratación estatal, conformaba un tema táctico, por lo cual, bajo el gobierno de Juan Manuel Santos se creó “Colombia Compra Eficiente” a través del Decreto Ley 4170 (2011, p. 38), el cual establece la necesidad de: Generar reglas comunes como orientación para las personas encargadas de

las compras y que posibiliten controlar y evaluar el desempeño del método, buscando generar mayor claridad en las compras, e igualmente, contar con una organización que se encargue de prestar el apoyo requerido para realizar el plan de desarrollo.

Estos manuales de contratación que deben poseer las entidades estatales están determinados bajo el artículo 160 del Decreto 1082 (2015), donde se dispone que este manual debe contener los lineamientos fijados en el Decreto Ley 4170 (2011) por Colombia Compra Eficiente. Según Colombia Compra Eficiente (2014), estos manuales de contratación deben estar enfocados a lo que se menciona a continuación.

A que en los Procesos de Contratación se garanticen los objetivos del sistema de compras y contratación pública incluyendo eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia, rendición de cuentas, manejo del Riesgo y publicidad y transparencia. Para las Entidades Estatales que aplican regímenes especiales de contratación, el Manual de Contratación también es el instrumento que define los Procedimientos para seleccionar a los contratistas (Colombia Compra Eficiente, 2014, p. 23)

Este manual se debe fundamentar en procesos que se encuentran dispuestos en el método de gestión de calidad. De igual forma, otro componente que debe tener establecido el Manual de Contratación, es incluir asuntos referentes al respaldo de su vigencia, el apropiado procedimiento de edición, divulgación y renovación (Colombia Compra Eficiente, 2014). Sin embargo, las Entidades Estatales no tienen que incluir dentro de los manuales los procedimientos sancionatorios en contra de los contratistas, ni repetir las normas legales (Romero & Guio, 2015)

En la actualidad, y con la innovación introducida por la ley 1882 de 2018, y el decreto 342 de 2019, se puede afirmar que los pliego de condiciones tipo, que han sido

implementados por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, hacen parte de la normatividad legal para la contratación de las entidades públicas como un mecanismo de regulación del procedimiento de selección de contratista, por medio del cual, se establecen unos criterios con vocación universal para la escogencia de la mejor oferta, que dadas las condiciones, satisfaga de mejor manera, la necesidad planteada por la entidad.

Este tipo de herramienta, puede entenderse como una actuación típica de gestión y gerencia pública, toda vez que con ella se pretende establecer una administración de procesos comerciales (Barzelay 2003), creando una operación central de compras. Así, la gestión de procesos comerciales y la gestión de rendimiento son pertinentes para la administración de operaciones del gobierno. Este ejemplo citado de los pliegos tipo, permite, tenuemente, determinar la injerencia de la gestión pública en la contratación de las entidades del Estado, lo que determina un redimensionamiento de los procedimientos para la implementación del contrato estatal, así como de la normatividad aplicable a los mismos.

Todo proceso de contratación que sea ejecutado por el Estado debe efectuarse a través de las modalidades de contratación que se mencionaron anteriormente. Dentro de las organizaciones estatales donde el Estado está sectorizado para poder cumplir con sus metas, debe existir y regirse por las disposiciones comerciales y civiles, ya que las actuaciones se deben fundamentar en una serie de principios esenciales que respaldan la correcta adquisición de bienes y servicios, para este efecto se deben tener en cuenta una serie de principios constitucionales que deben ser usados en todo procedimiento de contratación administrativa.

En el país la contratación pública está dirigida por los principios de la función pública, que están constitucionalizados bajo el artículo 209 de la Constitución Política (1991), el cual

señala que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

De acuerdo con lo anterior la contratación estatal se encuentra regulada por los principios del estatuto contractual y los principios de la función pública. Bajo la Ley 80 (1993), están incluidos concretamente los principios de transparencia, responsabilidad y economía, y bajo el artículo 5 de la Ley 1150 (2007), se encuentran establecidos el principio de selección objetiva, el de equilibrio económico y el de buena fe, los cuales se describen a continuación.

El principio de transparencia está establecido bajo el artículo 24 de la Ley 80 (1993), que fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 (2007), corresponde al progreso del derecho constitucional a la igualdad, que respalda la eficacia en cuanto a la realización del contrato, busca proteger contra la incorrecta escogencia del contratista, posibilita que acudan libremente para la escogencia, impone el hecho de que se deben dar a conocer los pormenores y requisitos habilitantes del contrato, proyecta el compromiso de instaurar un término para que quienes lo deseen y puedan definir las aclaraciones con relación al proyecto y pliego de condiciones, también exige que se difundan todas las determinaciones y actos administrativos que surgen durante el proceso.

De acuerdo con Rosero (2011), gracias a la difusión de todas las determinaciones de dichos actos administrativos, se genera que esta selección se realice de manera imparcial, y

realizada equitativamente en cuanto a estipulaciones y probabilidades, tiene vínculo con el principio de selección objetiva, conforme a lo que se señala a continuación.

En los pliegos de condiciones se deberán indicar los requisitos objetivos y justos que determinen la confección de ofertas e impidan que el interesado en la contratación o el oferente incurran en error, sin que incluya, además, condiciones de imposible cumplimiento, toda vez que estas pueden convertirse en cláusulas ineficaces de pleno derecho (Rosero, 2011, p. 38) (Rodríguez, 2017)

El principio de transparencia es concebido como un convenio de honradez que llevan a cabo los intervinientes dentro de la contratación estatal. Su realización se da desde el mismo instante en que se concibe el proyecto, los análisis anteriores, la creación del pliego de condiciones, los tiempos de divulgación y admisión de documentos, la no aceptación de soborno o prioridades de selección, etc. Este principio tiene el propósito de respaldar la imparcialidad e igualdad de probabilidades. Las entidades estatales de Colombia, tienen el deber de escoger a sus contratistas por medio de licitación pública y de manera inusual a través de selección directa en los casos que la ley disponga. Con este fin, y de acuerdo con lo fijado bajo la Ley 598 (2000), se debe efectuar la equiparación existente entre las ofertas que se reciben o si únicamente se presenta una sola oferta, los análisis anteriores y las condiciones y precios del mercado (Roczek, 2016).

El principio de economía se encuentra estipulado bajo el artículo 25 de la Ley 80 (1993), el cual se interpreta como aquellos pactos de menor costo y calidad para la consecución del servicio público, tiene que ver tanto con los recursos monetarios, como con la reducción en tiempo y realización de fases. Busca eludir toda la tramitología, estipulaciones y todo tipo de formulismos innecesarios (Rodríguez, 2017). Bajo este principio se observa que dentro de los pliegos de condiciones se deben establecer los plazos

y fases que le posibiliten a la entidad la selección del contratista, plazos que son preclusivos y perentorios. Lo que significa que las actuaciones que ya caducaron no se pueden volver a realizar dentro del proceso, también se establecen los trámites contractuales que se deben realizar con tiempo. Los plazos y estipulaciones en las normas del contrato se deben comprender totalmente para evitar trámites diferentes a los establecidos en la ley. También, se debe mirar la forma en que la ley debe actuar para generar procesos de escogencia de contratistas, necesitando con antelación que se posean los recursos necesarios para solventar el gasto. Dentro de las determinaciones usadas para la escogencia de los contratistas al interior de las entidades estatales no tienen que ser confirmados por ninguna otra instancia, ni tampoco se puede exigir requisito no establecido en la ley (Roczek, 2016).

El principio de responsabilidad está establecido bajo el artículo 26 de la Ley 80 (1993) y basado del artículo 6 de la Constitución Política (1991), que insta: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Rodríguez, 2017). Las entidades estatales que están encargadas del manejo de la gestión pública, son las que deben controlar cada especificación del proceso de contratación desde que se concibe el proyecto, hasta que se liquida. Los servidores públicos deben hacer cumplir los propósitos de la contratación estatal, por lo cual, deben ser los responsables por los hechos u omisiones dentro de los procesos contractuales donde se hayan visto involucrados. En cuanto a la contratación estatal, la responsabilidad recae sobre el representante legal de la entidad pública contratante, al momento de incurrir en una falla.

Se debe mencionar, que además del estatuto contractual y bajo el Decreto Ley 2150 (1995) y la Ley 489 (1998), se autoriza a los representantes legales de las entidades del Estado para encomendar algunas de sus funciones, aunque no le quita la obligación de ser responsable a quien delegue. De igual forma, este principio se utiliza cuando los contratistas ofrezcan propuestas con rubros bajos, buscando conseguir su escogencia fundamentados en el principio de economía, así mismo, se utiliza cuando no muestran toda la información, o ésta no es real (Roczek, 2016).

El principio de selección objetiva se encuentra establecido bajo el artículo 5 de la Ley 1150 (2007), modificado por el artículo 5 de la ley 1882 de 2018 el cual señala: *“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés, y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”*. De igual forma bajo esta norma, se pueden determinar cuatro componentes para tener en cuenta al momento de efectuar la selección en la contratación estatal: constatar las estipulaciones facultativas para poder intervenir dentro del proceso, observando las circunstancias a nivel tanto técnica como económica, la oferta más viable es aquella que genere más beneficios para la entidad estatal, sin aprensión contra el primer aspecto, la causa particular de valoración es la propuesta más económica, utilizar mecanismos de valoración dentro de los procesos de escogencia que sirvan para evaluar los aspectos técnicos (Rodríguez, 2017).

Con el fin de optar por la mejor opción se deben analizar los siguientes aspectos: La aptitud para contratar, es decir la capacidad financiera, experticia, disposición de los proponentes, los cuales deben estar conforme al contrato que se va a ejecutar. En

consecuencia, las entidades públicas pueden establecer únicamente estipulaciones requeridas para conseguir el propósito del contrato. El método de valoración analiza las causas previstas en el pliego de condiciones y la oferta que es más accesible en cuanto a la relación costo-calidad es la escogida. Las proposiciones deben cimentarse conforme a los pliegos de condiciones, ya que en ellos está estipulado de manera expresa la manera de valoración, las condiciones requeridas y el método de valoración (Roczek, 2016).

Por su parte, el principio de la buena fe de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política (1991) que señala: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*. Este principio se tiene que tener en cuenta en todas las fases del proceso de contratación desde la formación, pasando por la realización, hasta el mismo proceso de la liquidación, e igualmente, se encuentra vinculado con los demás principios.

Del principio de libre concurrencia, el Consejo de Estado señala en la Sentencia 15324 (2007) que:

Por su parte, el principio de la libre concurrencia encuentra apoyo fundamental en los principios de igualdad y de publicidad, expuestos anteriormente, a través de los cuales logra su instrumentación. En virtud de este principio, cualquier persona tiene libertad de participar, en igualdad de condiciones, en la convocatoria que formule la Administración pública para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras, requeridos para la satisfacción de las necesidades de la comunidad (Consejo de Estado, 2007).

Lo anterior significa, que todas las personas pueden formar parte de los procesos de escogencia para que le sean otorgados contratos, desde que cumplan con las estipulaciones requeridas para ejecutar su ponencia.

El principio de igualdad se encuentra estipulado dentro de los derechos fundamentales de la Constitución, donde señala que el Estado debe fomentar las condiciones requeridas para que se genere igualdad en el plano real, al igual que todos los individuos puedan contar con este principio fundamental. Dentro del artículo 209 la Constitución (1991), este principio se manifiesta de acuerdo con su mandato, según lo que se señala a continuación.

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Conforme a lo anterior, el valor que posee el principio de la igualdad para la administración pública, consiste en que en todos los procedimientos que se realizan en ella deben basarse en el hecho de que todos los participantes de este proceso tienen igualdad de condiciones y también igualdad en oportunidades para ser escogidos, bien sea para acceder a una ocupación laboral como funcionario público, o dentro de un proceso de escogencia de un contrato (Castro, 2016).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado Radicado 25000-23-26-000-1995-00867-01-(17767) (2011), la eficacia de este principio se relaciona con *“un trato igualitario a todos los oferentes en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, en la calificación de sus ofertas y, en la selección de la más favorable para los intereses de la administración”* (Consejo de Estado, 2011; Rodríguez, 2016)

El principio de planeación se establece ya que dentro de la contratación pública se llevan a cabo distintos procesos, los cuales requieren que para que se ejecuten efectivamente, se realice una planeación anterior de todos los pasos que se deben seguir, puesto que desde que se toma la determinación de iniciar con un proyecto, se debe comenzar a valorar porqué se debe llevar a cabo y los beneficios que le va a traer a la comunidad. También, le sigue el proceso de instaurar los requerimientos de las personas que se van a postular para ejecutar dicho proyecto como contratistas, definir la calidad, la cantidad, los costos, las opciones y las cualidades del proyecto, para saber cómo establecerlos dentro de la contratación, al igual que realizar los diseños, los planos y demás estudios para escoger la modalidad de contratación que se va a llevar a cabo, para luego si darlo a conocer al público, con el fin de recibir a los postulantes, y pasar al proceso de selección del contratista de la mejor oferta escogida para la realización del proyecto. La aplicación de este principio implica entender que el Estado no celebra negocios jurídicos de manera improvisada.

Ha manifestado el Consejo de Estado, en cuanto al principio de planeación, Radicado 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730) (2012) *“En efecto, si, de acuerdo con la normatividad, se persigue que los contratos del Estado deben ser "debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público," un pacto semejante resulta siendo el mejor indicativo de la improvisación. Y es 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. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas*

una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales”

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-300 de 2012 manifestó en cuanto al principio de planeación, *“El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos. Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.”*

En todo este proceso, se ve la trascendencia que tiene la planeación, ya que es un proyecto público y cualquier persona puede estar pendiente del proyecto como veedor

ciudadano, buscando valorar la gestión de la administración pública y de los mismos servidores públicos (Castro, 2016)

La moralidad administrativa como principio de la contratación del Estado, de acuerdo con lo señalado a continuación en la Corte Constitucional bajo la sentencia C-046 (1994).

No se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad (Corte Constitucional, 1994)

De acuerdo con lo anterior, este principio de moralidad administrativa tiene particularidades distintas en relación con la moral de clase subjetiva ya que requiere que la función interna sea ejecutada bajo el principio de legalidad, buena fe, y confianza legítima. También se vincula con el flagelo de la corrupción, puesto que busca restringir esta clase de conducta dentro de los contratos estatales. Por tanto, según Peña (2016, p. 98) *“la moralidad administrativa es el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario”*

De igual forma, el Congreso bajo la Ley 472 (1998, p. 1) señala que “la moralidad administrativa es un derecho de tipo colectivo” lo que quiere decir, que tiene esencia dual, ya que de una parte es principio de la función administrativa y, de otra parte, es un derecho colectivo que posee evidente vínculo subjetivo, ya que concibe perspectivas en la sociedad que pueden ser protegidas por la acción popular.

En relación con el principio de eficacia dentro de los contratos estatales, éste se fundamenta bajo el artículo 2° de la Constitución (1991), que señala que “son fines esenciales

del Estado servir a la comunicad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. De lo anterior se puede derivar que es una aptitud, un acto positivo de la administración, cuyo propósito es mantener el crédito del Estado Social dentro del entorno del derecho administrativo y primordialmente en la contratación estatal, ya que según la Corte Constitucional (2013) la eficacia es “la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado”

El principio de imparcialidad de la función administrativa quiere decir que las autoridades deben actuar dentro de los procesos contractuales respaldando los derechos de todas las personas sin ninguna clase de discriminación.

El principio de publicidad está establecido por la Constitución y hace alusión al requerimiento de propagar públicamente la información en relación con los contratos estatales. En otras palabras, en la contratación pública todo el proceso de escogencia del contratista, se requiere que la entidad estatal efectúe actos de forma pública, actos que se realizan a través de comunicaciones, notificaciones o publicaciones que establece la ley, y cuyo propósito es que después de que son conocidas por el destinatario tengan el carácter de vinculante, ya que, si se requiere, se tenga que hacer uso de la contradicción de éstas. Para lo cual en el 2011 se creó Colombia Compra Eficiente a través del Decreto Ley 4170 (2011), que dentro de sus funciones está lo que se señala a continuación.

...difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado (...) difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las

compras y la contratación pública” (Presidencia de la República, 2011) (Rodríguez C. , 2016)

3.3. Contratación estatal en su dimensión desde el derecho administrativo

Bajo este numeral se va a analizar el contrato estatal, dentro del cual existe participación por parte del Estado y que supone exigencias propias y puntuales en dicho contrato y deja ver un modelo jurídico que va entre lo público y lo privado. La contratación pública requiere, para su desarrollo, una reglamentación administrativa que se fundamenta en un ordenamiento jurídico y económico del cual surge el contrato estatal, por lo cual en este aparte se trata el tema del derecho administrativo y los mecanismos o herramientas que conforman la administración pública

El contrato estatal es un instrumento jurídico utilizado por la Administración Pública, y por esa razón debe proteger tanto el interés público como los recursos del tesoro. En consideración de esta situación, la ley otorga a la contratación estatal una preminencia que se materializa a través de potestades excepcionales con respecto al derecho común, las que pueden ejercerse mediante actos administrativos motivados y que incluyen la caducidad, la interpretación, la modificación, la terminación unilateral, la reversión, las multas, la declaratoria de incumplimiento y la cláusula penal pecuniaria (Acevedo, 2003).

El derecho administrativo es la rama del derecho interno que vincula el derecho que tiene como propósito la reglamentación de la administración pública, y que surge de la transformación constante del encausamiento y progreso del Estado, la labor de los servicios, la organización y funcionamiento, los vínculos del Estado con sus ciudadanos, entre otros.

De acuerdo con Bernal (2008), la concepción de derecho administrativo requiere de una filiación natural y dinámica en el ámbito de la administración, por lo tanto, señala que:

El derecho administrativo, es la rama del derecho interno que regula y contiene disposiciones legales y reglamentarias especiales para: La organización, estructura y funcionamiento de la administración pública en sentido amplio. La prestación de los servicios a cargo del Estado. De forma directa o en colaboración con los particulares. El cumplimiento de todos los fines y cometidos del Estado a través de políticas públicas, planes de desarrollo de contenido general, sectorizado, territorial, descentralizado o desconcentrado, las acciones de los servidores o de las organizaciones que contribuyen a tales fines. El régimen de derechos, garantías y obligaciones de los ciudadanos y del Estado para con estos. Los actos, contratos u operaciones de los operadores judiciales, legislativos o administrativos, y controladores según el caso para cumplir la constitución, ley o reglamento en el marco del Estado Social Derecho (p. 25).

El derecho administrativo de Colombia es de origen francés, por lo que existen estatutos jurídicos especiales de acatamiento de la administración pública, como el Código Contencioso Administrativo, en la actualidad, código contencioso administrativo y de procedimiento administrativo, la Ley de Contratación Estatal, el régimen de los servidores, etc. Existen igualmente jueces especializados en litigios administrativos cuyo máximo organismo es el Consejo de Estado. En Colombia últimamente han ido ingresando entidades jurídicas que relacionan el derecho administrativo con los principios del sistema anglosajón, como es el caso de la Ley 446 de 1998 reglamentada por el Decreto 1818 de 1998, dentro de los cuales se acondicionaron los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos, por lo que los debates contencioso administrativos pueden ser conocidos por particulares envueltos transitoriamente de funciones judiciales. Es decir, que, por medio de

tribunales de arbitramento, a través de los cuales, los dilemas contractuales y de restauración directa ya no constituyen razón privativa de la jurisdicción contencioso administrativa.

De igual forma, se instauró la probabilidad de que exista conciliación judicial y extrajudicial, posibilitando que los particulares y el Estado puedan tener igualdad de condiciones para acordar la solución más propicia para las dos partes sobre las disputas de que tratan los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. De la misma manera, en el derecho procesal de Colombia, se manifiesta que el derecho de acción que poseen los ciudadanos es uno sólo, lo que debe inclinarse por la estipulación de una sola acción judicial, es decir, la unificación del derecho procesal, bien sea para entablar litigios de derecho común o de derecho administrativo, por lo tanto, no tendría sentido contar con distintos estatutos procesales (Bernal, 2008).

Dentro de este marco, la figura del contrato estatal constituye el medio a través del cual se refleja de manera natural el comportamiento administrativo, y se busca siempre a través de este tipo de contratos sufragar los requerimientos comunes de la sociedad. Dada la observancia que se merece esta figura, es preciso contemplar algunas de las distintas corrientes que existen alrededor de las capacidades con las que cuenta el Estado al momento de utilizar o administrar los recursos que le son otorgados para llevar a cabo los propósitos esperados. De esta forma, se reconoce la importancia de aquellas situaciones que se presentan cuando surgen vínculos entre el Estado y los particulares a través de la figura del contrato, ya que es opuesto el hecho de que se presenta el significado tradicional de contrato porque no es un convenio de voluntades de dos partes en circunstancias de igualdad, sino que el Estado tiene un dominio unilateral para tomar sus propias decisiones (Amazo, 2007). De

igual forma, se debe tener en cuenta que existe una doble disposición de la persona del Estado, en aquel momento en que adopta la postura de contratante, desprendiéndose de su condición de autoridad, para transformarse en sujeto de derechos correlativos, donde su facultad de tener dominio se ve supeditada a la concertación de voluntades, considerando previamente el traspaso de intereses hacia los particulares. Con base en lo anterior, se genera la enunciación de prácticas contractuales para llevar a cabo planteamientos o proyectos que se denominan “actos de gestión” (es decir contratos) donde la administración aparece recubierta de poder y dominio, como primeras diferencias entre los actos de gestión y los actos de autoridad o de poder (Ariño, 2007).

Debido a la trascendencia que circunda las intervenciones del Estado como sujeto de derecho, es incuestionable la obligación de crear medios donde no se pudiese dificultar el trabajo de la administración por limitaciones del derecho. De acuerdo con la implicación que tiene la labor estatal, se establecieron normas que conducirían a delimitar los contratos estatales no solamente como aquel vínculo sencillo de justicia conmutativa entre las partes sino, sobre todo, el propósito colectivo que posee el Estado, de impulso de la riqueza a nivel país, de justicia distributiva, de depuración financiera de la Hacienda.

De acuerdo con lo anterior, permite observarse la importancia que tiene el Estado que busca el bien de la colectividad, que deja ver las particularidades de la gestión, que permite ver la mayor aptitud de determinación para una de las partes vinculadas que se adjudica la facultad de mando o administración, una gran firmeza y persistencia del vínculo en sí, así como, más seguridad de la institución con relación a los terceros. Por lo tanto, es apropiado mencionar la tesis de García de Enterría (1962) citado por Ariño (2007) cuando enunció “el

giro o tráfico de la administración” como principio de señalamiento del nivel. Aunque, lo trascendental no es la organización contractual en sí, sino lo que a dicha organización le antecede, y de la forma más apropiada lo manifestó Ariño (2007) bajo la expresión que se señala:

Para la mejor consecución de esos fines específicos, el ordenamiento reviste a ese órgano de los medios jurídicos convenientes (inmunidades, prerrogativas, privilegios), de los que se encuentra siempre investido a la hora de actuar en el ámbito de su competencia específica, tanto si lo hace por vía de acto como si lo hace por vía de contrato. Es justamente para la consecución de esos fines –y no otros– que se le concede al órgano una protección jurídica especial (p. 100)

Sin embargo, también se debe tener en cuenta que el espacio contractual público tiene que ver con la demanda de la acción estatal en variados entornos de la vida social, lo que conlleva la utilización de tácticas que no tienen que ver con el derecho público administrativo. De esta manera, puede ser que dentro de su labor se pueda dirigir hacia el derecho privado o, también, dentro de sus acciones puede utilizar pautas tanto del derecho público como del derecho privado. Igualmente, puede ser que utilice normas del derecho público integrando analógicamente normas del derecho privado de naturaleza adicional. Este caso, de cierta manera, es la declaración de la reglamentación de la contratación pública. Por lo tanto, la explicación de esta clase de contratación se halla aún dentro de la doctrina del derecho administrativo ubicada dentro del entorno que hace alusión al nuevo derecho administrativo privado (Maurer, 2011).

En relación con la especialidad del derecho administrativo privado, que considera un desistimiento a la huida del derecho administrativo, a través del cual se registra un cambio particular de la labor de la administración, donde aun sosteniendo asistencia con la misma

potencia dentro de los entornos sociales, en lugar de trabajar de acuerdo con las reglas del derecho público encadena su labor al derecho privado (Del Saz, 2002). Por lo tanto, la utilización de esta clase de régimen, pertenece al cambio del papel del Estado actual y coherente con el mecanismo de acción más próximo simbolizado por la administración, a causa de estar dominado por grandes requerimientos de mediación, donde no solamente esté supeditado a un régimen único, sino que, acomoda a su labor distintos métodos siempre y cuando las obligaciones lo requieran.

Por lo tanto, la labor contractual del Estado, no puede sujetarse a un patrón estático o inflexible que lo conciba solamente dentro del derecho público (porque surge de un vínculo bilateral desde una representación de equidad y autonomía para pactar), ya que “la realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado” (Gordillo, 2003, p. 350). En consecuencia, la contratación estatal se retroalimenta de distintas fuentes, por tal motivo, constantemente se observa que el derecho público utiliza procesos que son inherentes al derecho privado y a su vez éste último utiliza patrones del derecho público.

El singular dominio contractual del Estado ha producido en el transcurso del tiempo controversias en relación con la doble identidad de su actuación, lo que ha alcanzado manifestaciones que surgen desde el siglo XVIII, sino antes, y para el tema que se está tratando, se menciona la reseña textual de Alexander Hamilton citado por Ariño (2007), quien señala:

Cuando un gobierno entra en un contrato con un individuo, depone, por lo que al contrato se refiere, su autoridad constitucional y cambia su carácter de legislador por el de persona moral (*moral agent*), con los mismos derechos y obligaciones que

cualquier individuo. Sus promesas deben, en justicia, ser exceptuadas de su poder para dictar normas (p. 85)

Desde este plano, se debe adoptar la posición de que el centro de toda actividad contractual del Estado como mecanismo de acción sincronizada con los particulares, cuyo vínculo contractual se gesta con base en la igualdad, con la advertencia de que la administración posee soberanía para dar soluciones bajo circunstancias singulares – precisadas con anterioridad por la ley– de forma particular, estipulaciones que son conocidas previamente por el particular que ejecuta contratos con el Estado. Eso significa que le posibilita de manera anticipada situarse al mismo nivel con la administración y también permite actuar de forma autónoma y potestativa en el momento de llevar a cabo un negocio jurídico con la administración (Castro, 2015).

Bajo la Ley 1150 (2007) se le dio una transformación a la administración pública colombiana mediante la conformación del requerimiento de implementar una nueva ilustración en relación con la labor pública para medir por medio de todos los trabajadores, tanto internos como externos, que tienen que ver dentro de la contratación estatal. De dicha manera esta norma establece no solo preceptos propios de las formalidades legales y del positivismo jurídico, sino que también debe cumplir unas condiciones normativas donde se entrelazan varias voluntades de cuya mejora obedece la aparición de unos compromisos entre el Estado y el particular. Aunque se debe dejar constancia de que no se ignora la importancia jurídica del contrato estatal, ni la trascendencia del análisis de sus doctrinas, suscrito bajo el principio de legalidad de los actos de los servidores públicos y los particulares que realizan labores públicas, donde converge la aplicación del artículo 3 de la Ley 80 (2007) que insta el compromiso de utilizar los principios de la actuación contractual, como lo son la

transparencia, la economía y la responsabilidad, de acuerdo con los principios de la función administrativa. También, se deben utilizar las normas que rigen la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación, los principios generales del derecho y los principios del derecho administrativo.

De acuerdo con lo planteado, se puede afirmar que, desde la perspectiva del Estado de Derecho, existe una historia de sometimiento del poder y de la administración a la norma y a las reglas jurídicas. Sin embargo, se dice que el derecho administrativo no sirve para muchas actividades que asume la administración por ser lento, rígido y burocrático, con ese pretexto se usa más la excepción que la regla, por vía de flexibilización.

Se advierte que el derecho administrativo es un instrumento imperfecto para ordenar adecuadamente la realidad compleja que constituye la administración pública. Lo anterior, por cuanto el derecho administrativo es fruto de la revolución francesa que creó bases jurídico-constitucionales para el efectivo sometimiento del poder a la norma y por cuanto, el derecho administrativo, pretende la organización del poder público y la regulación de sus relaciones con los ciudadanos, garantizando la voluntad de servir al interés general y estableciendo un equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos de los particulares. Pretende el derecho administrativo la realización de hacer compatible el poder con la libertad. (Ibagón 2014)

Se plantea entonces la renuncia de la administración pública al derecho administrativo, en lo que al contrato estatal se refiere, partiendo del cuestionamiento ¿puede la administración operar al margen de la lógica del mercado? En la medida en que la administración tiene actuaciones económicas, se evidencian eventos en los que la

administración no actúa como poder ejecutivo, lo que se ve reflejado en actuaciones que procuran materiales, compra de libros, gasolina, vehículos etc., en estos eventos existe una insuficiencia del derecho administrativo para la regulación de este tipo de decisiones (Laguna, 1995).

Existe entonces una necesaria reforma del derecho administrativo que establezca un punto medio entre estabilidad y flexibilidad, ya que son significativas las nuevas relaciones de colaboración entre la administración y la economía. Es decir, que es necesario un derecho administrativo de colaboración público-privada, en la medida en que el derecho administrativo tiene por objeto a la administración pública y es el derecho que la administración establece. El derecho administrativo no es solo derecho público, sino derecho privado, comprender el derecho administrativo como ciencia de dirección, tendiente a garantizar resultados, para de esta forma plantear un modelo que supere el burocrático (Schmidt 2016).

3.4. La administración pública y privada

Con la ley 1150 (2007) se quiere describir el contrato estatal en su objetividad material, ya que en el medio jurídico colombiano siempre se había destacado una perspectiva legalista para esta clase de contrato. Lo anterior se puede dilucidar rememorando las costumbres, prácticas y los inicios del derecho administrativo, cimentado desde la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, base directa de donde emanan las costumbres y prácticas jurídicas del país y bajo el cual se sacia desde hace tiempo, primordialmente desde el razonamiento de la Teoría de la Responsabilidad del Estado y desde donde en gran parte

se ha fundamentado el derecho administrativo colombiano y del cual ha surgido un complemento denominado administración pública.

En Colombia esa especialidad denominada administración pública, que cuenta con enormes niveles de progreso tanto a nivel teórico como práctico, no fue apreciada ni percibida por el dispositivo público, ni las agrupaciones, ni los dominios del poder gubernamental como una especialidad real independiente que demanda un régimen distinto y más complejo que el de un sencillo acto reglamentario (Ley, decreto, etc.). En cambio, en Colombia con fundamento en el derecho administrativo estructurado con base en un patrón de Estado protector, existe una inquietud netamente cuantitativa ya que el centro de acción es el incremento en el revestimiento de servicios fundamentales como la salud, la vivienda o la educación, aunque con énfasis en la cobertura más que en la búsqueda de la calidad de los mecanismos de participación de esa acción estatal (Delgado, 2014).

En el país existe la distorsión surgida de la existencia de un derecho administrativo, del cual ha nacido la administración pública, aspecto que ha producido dificultades de eficiencia y claridad en lo relacionado con la ejecución de los recursos públicos, utilizando para la realización de los presupuestos oficiales un mecanismo jurídico llamado contrato estatal. Esta dificultad se procura solucionar a través de la Ley 1150 (2007), comprendiendo el contrato estatal como el mecanismo para la gestión pública. Existe evidencia de lo señalado anteriormente en el texto del exconsejero de Estado Libardo Rodríguez (2002), quien manifiesta que existen diferencias entre la administración pública y la administración privada: *“se diferencia en cuanto al fin perseguido y a los medios de acción que utiliza. En efecto, mientras la administración privada se propone un fin egoísta, representado por un*

interés particular, la administración pública persigue un interés general, representado en el bien común” (p. 50).

La distinción entre la administración pública y la privada, de acuerdo con Márquez (2007) es la muestra esencial que posibilita analizar que la administración pública en Colombia es la prolongación del derecho administrativo y la muestra evidente, de que existe ambigüedad en el derecho del país. A modo de ejemplo el autor cita la descentralización por colaboración, donde las organizaciones sin ánimo de lucro que realizan contrataciones con el Estado por medio del Decreto 777 de 1992 y allí las actuaciones de administración de entidades privadas acaban siendo utilizadas como prácticas de la administración pública, como sucede con la gestión pública con la calidad total, la administración por procesos, las disposiciones organizacionales horizontales y flexibles, y las prácticas de planeación y presupuesto.

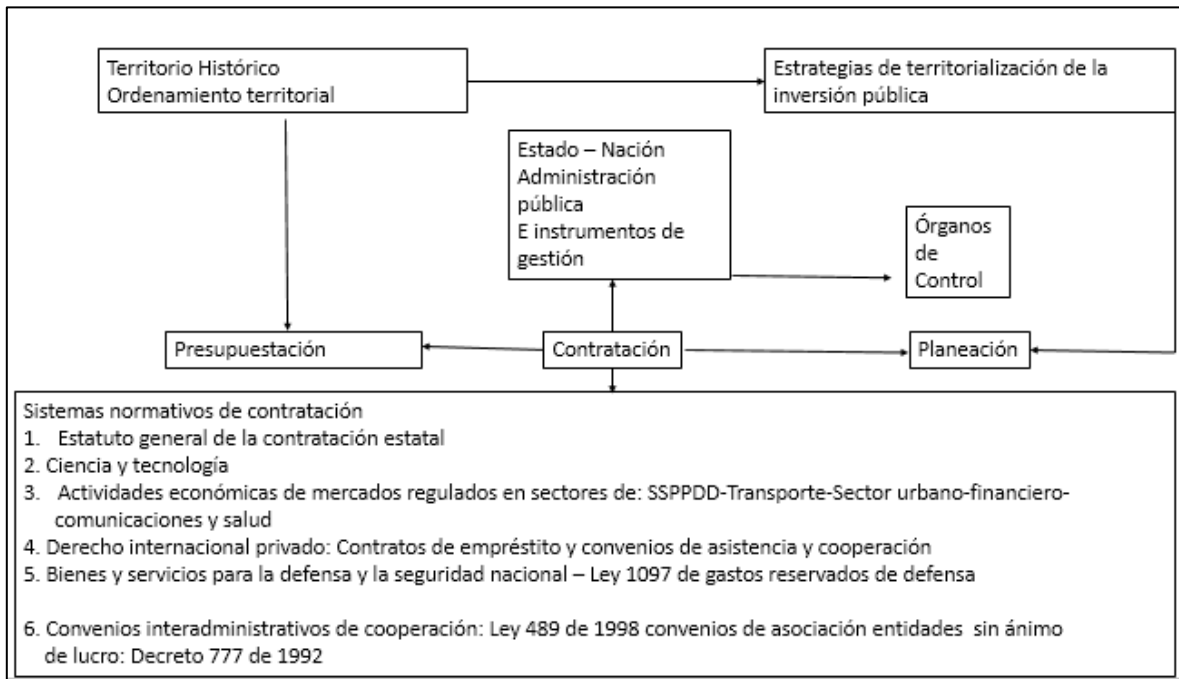
Advierte Márquez, en su artículo “La Nueva Gestión Pública Contractual. Del contrato estatal de ley 80 de 1993 al instrumento de gestión pública de la ley 1150 de 2007, análisis al contrato estatal” que la contratación estatal no es un asunto normativo propio del formalismo legal y del positivismo jurídico. Señala que la Nueva Gestión Pública nace de los nuevos modelos de la gestión pública del Reino Unido y lograron una penetración de gran impulso por la OCDE. Advierte que la ley 1150 de 2007 permite exponer el contrato estatal en su realidad instrumental como lo que siempre debió ser y nunca fue en nuestro derecho administrativo y nuestra administración pública, porque lo inadecuado es proyectar la administración pública desde el derecho administrativo, toda vez que lo adecuado es

entenderla desde el sistema de instrumentos de gestión (presupuesto, planeación y contratación).

Por lo anterior, se puede señalar que, desde los postulados de la Nueva Gestión Pública, y desde el sistema de instrumentos de gestión, se plantean reformas al sector público que tienen que ver con el funcionamiento del mercado perfecto y el lugar en el cual se deben generar las relaciones políticas y administrativas entre el Estado y los ciudadanos, conjugando técnicas de gestión de la empresa privada como la gerencia de calidad conjugando fundamentos de economía neoinstitucional en relación con los costos de transacción y la teoría de la elección pública. Implica entonces no una reforma normativa, sino institucional.

La concepción del contrato estatal, está fundamentada en que es un acto jurídico propio del derecho administrativo y no como un mecanismo de gestión pública, correspondiente a la especialidad de la administración pública. En la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** se muestra la manera como trabaja el sistema de instrumentos de gestión estatal en cualquier administración pública.

Figura 1. Sistema de instrumentos de gestión estatal en la administración pública



Fuente: (Márquez, 2007)

En esta figura se condensa el concepto central que permite entender las herramientas de la gestión pública: la Nación, que comprende la esencia sociológica que señala la objetividad de una región constante dentro de la cual se desarrolla un grupo humano, que cuenta con un pasado histórico común y poseen las mismas costumbres, lengua, folclor, y a menudo la misma religión. En el momento en que ese grupo humano resuelve asentarse de manera racional para determinar cómo se estructurará la práctica del poder, se configura un Estado. El Estado a su vez, es la nación jurídicamente estructurada y cuyo objetivo se da en la práctica racional de dicho dominio, llevado a cabo por medio de normas de convivencia llamadas sistema de fuentes o sistema normativo.

El Estado actual está constituido por tres ramas del poder público (ejecutivo, legislativo y judicial) y cimentado por entidades de control, cuya labor es propender por la

realización de las tareas otorgadas para cada rama, bajo los preceptos de la constitución y la Ley. Dentro de los organismos de control en Colombia se encuentran la Procuraduría General de la Nación, que se encarga de propender por la integridad de la administración pública, y la Contraloría General de la República, encargada de velar por la correcta práctica y uso de los bienes y recursos del Estado. Teniendo en cuenta que el Estado conforma la nación jurídicamente estructurada, la labor que éste desempeña, debe ser ejecutada por individuos reales que le den la correcta marcha por medio de métodos administrativos para poder poner en desarrollo los denominados instrumentos de la gestión pública.

Ese conjunto administrativo de individuos y métodos de administración del Estado, conforman la administración pública, la cual fue descrita por el Consejo de Estado bajo el expediente AI-046 (2000), el cual señala que:

Son aquellas normas que constituyen el conjunto de estructuras, principios y reglas que regulan las actividades de la administración pública: Su organización, funcionamiento y control de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales (Expediente AI-046, 2000).

Por medio de esta definición del Consejo de Estado, Márquez (2007) determina que la administración pública conforma el instrumento burocrático por medio del cual se consigue la buena marcha del Estado, el cual se constituye por las estipulaciones legales que conforman su estructura organizativa, los empleados civiles que trabajan para él, y la reglamentación de los procedimientos administrativos por medio de los cuales se produce la marcha del Estado.

Dentro de la doctrina del derecho administrativo del país, predomina la percepción del mecanismo legal de los procesos administrativos constituyendo los mismos que

reglamentan el funcionamiento del Estado, denominados instrumentos de la gestión pública. Estos instrumentos de la gestión pública que son admitidos universalmente como los fundamentales y mínimos que posibilitan el funcionamiento del Estado, son la presupuestación, la planeación y la contratación, y la ley 1150 (2007) destaca la percepción de la contratación desde el razonamiento de la nueva gestión pública.

También se puede advertir en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** la función predominante de la Nación, incorporada al Estado, de la administración pública e instrumentos de la gestión pública y de los mecanismos básicos de la gestión pública que son la presupuestación y la planeación. En este entorno surge la contratación de la cual emana el sistema normativo de la contratación estatal, que involucra los subsistemas normativos que posee el Estado colombiano.

El subsistema que hace relación a la gestión pública denominado presupuestación, tiene que ver con los principios por medio de los cuales el Estado concede recursos financieros con el propósito de cubrir los requerimientos económicos que conlleva la labor de la administración pública. La sobrevivencia de la planeación tiene que ver con las reglas por medio de las cuales, se colocan recursos financieros concedidos a través del presupuesto público y se hacen converger de manera estructurada optimizando la utilización de dichos recursos. De acuerdo con las estipulaciones de la hacienda pública, estos recursos jamás serán los adecuados para cubrir los requerimientos del Estado y cuyo propósito es el apropiado cumplimiento de los objetivos públicos, a través de un método de programas y proyectos de inversión, a través de los cuales se argumenta la existencia de la administración pública.

Por último, el subsistema de la contratación estatal como mecanismo de la gestión pública, se conforma a través de los principios que establecen las estrategias con las que el Estado cumple con los programas y proyectos de inversión que fueron amparados bajo el plan de desarrollo. Los recursos financieros para alcanzar dichos fines son concedidos a través del presupuesto municipal y los usa a través de unos mecanismos que han sido determinados bajo la Ley 80 (2007) y la Ley 1150 (2007) y que luego son desarrollados en el contrato estatal, método eficiente para la satisfacción de los requerimientos de inversión y funcionamiento de la administración pública (Márquez, 2007).

Para comprender los contratos estatales que celebra la administración pública, se debe acudir al nuevo concepto del derecho administrativo como un subsistema del derecho positivo, el cual conforma unas normas que se vinculan con los otros subsistemas normativos buscando conseguir la justicia social y la concreción del interés general. Teniendo en cuenta lo anterior, en la práctica la dualidad entre derecho público y derecho privado no tiene uso, puesto que si en ciertas circunstancias, se utilizan normas del derecho privado en situaciones estatales, abandonan sus particularidades de entidades privadas y pasan a ser públicas y, por lo tanto, deben ser analizadas según los principios que se encuentran establecidos en la Constitución para la Función Administrativa. En consecuencia, no se puede definir cuando inicia lo público y cuando culmina lo privado o, al contrario.

Un ejemplo claro de este nuevo panorama del derecho administrativo es el contrato estatal, el cual se encuentra definido bajo el artículo 32 de la Ley 80 (1993) “...todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados

del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” Según el anterior concepto, se infiere que la única exigencia que hay para que un contrato se pueda considerar como estatal, es que una de las partes que lo celebra sea un ente estatal o un particular que efectúe funciones administrativas o que los contratos celebrados sean motivados por dicha función.

Para aspectos relacionados con la contratación estatal, bajo el artículo 2 de la Ley 80 (1993), aparece el listado de las empresas que se estiman como estatales. Este listado está ampliado en la parte final del inciso 3° del artículo 110 del Decreto 111 (1996), de la cual se puede inferir que todos los órganos estatales de cualquier nivel que posean personería jurídica, se consideran como entidades estatales que pueden realizar contratación estatal. De igual forma, bajo el artículo 112 de la Ley 489 (1998), el cual señala que las personas naturales o jurídicas de naturaleza privada, que en el desarrollo de sus funciones administrativas que adopten por acto administrativo o pacto solemnicen contratos que tengan relación con estas funciones, se atenderán a lo establecido bajo la ley 80 (1993).

Según Fernández (2015) nunca a un contrato estatal se le otorgará trato como a los contratos de derecho privado, puesto que siempre persistirá el vínculo con el interés general, aunque dentro de la normativa se pueda ver la existencia de normativa privada (Fernández, 2015). Lo expuesto refleja que, si bien existe una dualidad de derecho público y derecho privado, no es adecuada una extrema polarización. En igual sentido se evidencia que conviene redimensionar la institución de la actividad contractual de la administración pública, para no comprenderlo sólo desde la dimensión del derecho administrativo, sino como una herramienta de gestión pública, y entender que, de esta manera, hace parte de la administración pública, que no es solo derecho administrativo sino una rama individual que

se permea tanto de esquemas de derecho público como de derecho privado para lograr así un mayor impacto.

3.5. Análisis del derecho administrativo con base en la justicia utilitaria de Jeremy Bentham

De otra parte, conviene analizar las fallas en las cuales puede incurrir el derecho administrativo colombiano en relación con el manejo que se le da a la gestión pública a través de esta clase de derecho, ya que dentro de sus problemáticas está el hecho de que desde que se adoptó esta normatividad, se debe admitir que el centro fundamental de su surgimiento, lo conforma la administración pública, la función administrativa y la gestión pública. De acuerdo con Amado (2018) el encausamiento del derecho administrativo viene dado como un órgano estructural que surge de estimar como su fin primordial el estudio de la administración pública y sus tres elementos fundamentales que son: la función Pública, relacionada con las personas al servicio del Estado, es decir, los recursos humanos; la función administrativa que tiene que ver con la organización y su actuación, es decir, su estructura y su actividad y la gestión pública, que se relaciona con el análisis de los mecanismos técnicos y económicos (proyección, recursos físicos, realización, vigilancia, valoración y rendición de cuentas), componentes que están establecidos en la Constitución Política (1991), pero esparcidos de forma enunciativa en los capítulos II, título V, capítulo V, título VII y título XII.

El surgimiento de esta jerarquización jurídica fue desde el Consejo de Estado Francés, entendiendo que debía establecerse una rama del derecho que se dedicara a vigilar y

reglamentar los abusos de poder por parte del ejecutivo, a causa del requerimiento de instaurar un juez especial que penalizara sus comportamientos, diferente al que se utiliza para casos comunes. El derecho administrativo en el país, según Amado (2018) le ha dado mayor trascendencia a los enfrentamientos judiciales como componente determinante de esta especialidad jurídica y ha privado, de cierta forma, su fin básico de analizar lo que conforma la administración pública.

Según Ospina (2014) el derecho administrativo ha presentado unos sucesos que se pueden estimar como fases de problemáticas como son: los que tienen que ver con el servidor público, los servicios públicos, la huida del derecho administrativo, la normalidad de éste y la reforma del derecho administrativo. Todos estos sucesos señalan la particularidad de cambio y acoplamiento de esta clase de derecho, por lo tanto, se puede definir que es un derecho amplio, activo y se desarrolla conforme a las transformaciones de la noción y sucesos históricos. Dentro de sus desafíos está el reglamentar la administración pública teniendo en cuenta el cambio y acomodación de los requerimientos que se van dando con el devenir del tiempo (Amado, 2018)

La gestión pública en Colombia con base en los cambios primordialmente del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, requiere generar una dogmática que posibilite compendiar y sistematizar las normas del derecho administrativo que estén acordes con la definición que existe de Estado presente en la Constitución (1991). Que además posibilite estudiar la eficacia de la administración en su desarrollo, enfocado a una mejor gestión pública que se modernice y adapte conforme a las transformaciones sociales de la época, teniendo en cuenta el análisis del alcance reglamentario, conceptual y social que en la labor

administrativa posee la redefinición de la gestión pública, con el fin de proyectar que ésta debe hacer eficaces los objetivos del modelo estatal que propone la Constitución y que tienen que ver con la realización del principio de la dignidad humana, que es la base fundamental del actual estatuto.

De acuerdo con Dueña y Brand (2012), la gestión pública consiste en la capacidad de poder realizar lo proyectado. Es así como la gestión pública es la capacidad que posee la parte gubernamental para llevar a cabo los proyectos que tiene dentro de su agenda. Esta habilidad se debe realizar actualmente, teniendo en cuenta dos componentes esenciales: racionalidad y consenso, que comprenden los componentes primordiales del encausamiento de las políticas públicas, las cuales tienen el propósito de que las tareas del gobierno se realicen eficaz y legítimamente, encausamientos racionales y consensuales que obstruyen el ejercicio gubernamental autoritario, y requieren por parte de las autoridades una mayor planificación y organización y mayores niveles de consenso popular. En países como Colombia, el desafío es mayor ya que han existido otra serie de circunstancias que no le han permitido al país desarrollarse en este entorno, por lo tanto, se debe acudir a la gobernabilidad y la democracia.

En la parte concerniente a la racionalidad, para Dueña y Brand (2012) se debe analizar el Estado y el panorama de la actualización administrativa de la vida política del país, dentro de los encausamientos más actuales para que las entidades públicas puedan enfrentar sus compromisos, labor que se realiza a través la gerencia pública, encausamiento que está algo difuso aún en Colombia. En relación con la racionalidad dentro de la práctica pública tiene que ver con el hecho de poder dotar a los funcionarios públicos locales de capacitación para

poder realizar de la mejor manera posible la gestión pública en estos tiempos de constante transformación.

Aunque se debe reconocer que se han traspasado algunos servicios de lo público a lo privado, que comprende un desplazamiento de determinadas tareas y servicios del sector público al sector privado o del régimen jurídico administrativo al privado, esto no genera que esté surgiendo la desaparición de lo público o del derecho administrativo, sino que se está presentando una reacomodación de los conceptos. Existe la inclinación a estimar que el derecho privado no ofrece tantas garantías, ni tampoco respaldo de los principios, por lo cual se debe buscar la protección del interés general.

El derecho administrativo en Colombia se mantiene porque en él se combina la privatización de lo público con el fenómeno de la publicidad, la administración de lo público. Aunque se entregan determinadas funciones y servicios a los particulares, éstos se rigen por normas de derecho público-administrativo, así sea en temas de reglamentación, vigilancia, control, principios, procedimientos y responsabilidades. El derecho administrativo, de todas formas continúa vigente, por lo cual se pueden enumerar asuntos que ellos solos argumentan y certifican su presencia, como lo son la vigilancia al ejercicio del poder (la utilización de potestades, cláusulas excepcionales, actos administrativos), la reglamentación, la policía administrativa (inspección, vigilancia y control), protección de los derechos ciudadanos, participación ciudadana, el sistema electoral, las autonomías (a nivel local y territorial), la defensa de los usuarios, del interés general y del patrimonio público, la normativa y vigilancia de los usos del suelo, el urbanismo, y demás (Suárez, 2010).

Todos estos aspectos se deben tener en cuenta, ya que, aunque el derecho administrativo se aplica para las entidades que prestan protección, vigilancia y control de los servicios públicos en el país, también se puede determinar que esta clase de derecho no conforma el total amparo para la mejor calidad en la prestación de los servicios públicos, ni tampoco permite que la gestión pública se ejerza a través del Estado por medio de la administración pública totalmente. Todo el trabajo que se realiza a través de la gestión pública, el acatamiento, el establecimiento y el amparo de los derechos fundamentales, la distribución equitativa de las cargas públicas, todo el proceso de la contratación estatal y la gran intervención dentro del gasto público por la adquisición y otorgamiento de bienes y servicios, conforman los temas que tienen que ver con la gestión pública y son asuntos esenciales del derecho administrativo. Por lo tanto, se plantea la aplicación de un modelo de mercado para la gestión contractual, fundamentado en los parámetros establecidos por Jeremy Bentham (2008) acerca de la justicia utilitaria, puesto que el hecho de buscar realizar la equidad del interés individual con el colectivo, el poder aumentar la competitividad, el poder satisfacer los requerimientos ciudadanos se disputa en una economía que debe respaldar las estipulaciones básicas sociales de generación y acumulación en las economías.

La economía de lo público conforma una disciplina que está en una etapa de transformación, y tiene que ver con la forma en que se sufragan los bienes y servicios de interés colectivo, por lo tanto, existe una diferencia entre lo público y lo privado en la economía. El Estado y sus entidades deben procurar brindar marcos reglamentarios que respalden los derechos y deberes que existen entre la sociedad civil y los intereses de los particulares y los del colectivo.

A continuación, se hace una breve descripción de los aspectos fundamentales que encierra el utilitarismo expuesto por Jeremy Bentham. La Justicia utilitaria planteada por Jeremy Bentham (1748-1832) filósofo inglés se fundamenta en el precepto de “la mayor felicidad para el mayor número de persona”. Esta doctrina se cimenta en el principio de la utilidad, comprendido bajo este aspecto como aquello que se relaciona con lo que es lo más útil para alcanzar el mayor grado de felicidad, de la gran cantidad de personas. El uso práctico de este hecho, parece simple, ya que busca la felicidad general a través del cálculo del quantum individual de placeres y dolores, puesto que según Bentham (2008) existe un vínculo en la relación del costo-beneficio entre las personas a medida en que los placeres y los dolores se puedan valorar. Según el estudio que hace Juliana Rodríguez sobre la teoría utilitarista (2014a), teniendo en cuenta el requerimiento de hallar un mecanismo a través del cual se pueda respaldar el desarrollo de la sociedad, el utilitarismo conforma una postura, para sugerir un orden social que, conforme a lo señalado por la propia esencia del ser humano, lo dirija a la realización de su vida en el cumplimiento de su felicidad.

Según Bentham (2008), la naturaleza ha implantado dos normas soberanas en la humanidad que son el placer y el dolor, es decir señalan lo que el ser humano debe hacer, y lo que realmente realiza, o de igual forma, es la argumentación y la motivación de los comportamientos morales de las personas. Juliana Rodríguez (2014a), sostiene que únicamente por el juicio y por la ley es que se sugiere ejecutar una cimentación de la felicidad colectiva que se puede lograr a través de estos medios. Por lo tanto, esta doctrina del utilitarismo señala que el principio de utilidad, es el que se ocupa de autorizar o desautorizar las acciones de las personas y de los gobiernos, conforme sea su inclinación a incrementar o reducir la felicidad de los demás con base en la justicia o la injusticia.

Dentro de los aspectos de mayor dificultad en la doctrina sugerida por Bentham, se encuentra el que tiene que ver con el egoísmo de la complacencia solamente personal de la felicidad, negando la felicidad general y más bien buscando maximizar más la felicidad particular. Por lo tanto, cuando las personas buscan lograr su propia felicidad, no estiman que adquieren egoísmo para sufragar solamente la felicidad particular.

Esta doctrina sugiere la noción antropológica donde las personas son buenas, gregarias, racionales, libres, y que permanentemente están buscando la felicidad. Por lo tanto, las personas de cierta manera abandonarán la complacencia de la felicidad privada para respaldar la mayor felicidad, que es la colectiva. Lo que busca esta doctrina, es comprender lo que sucede durante el cambio del interés privado egoísta a un interés ético y universal, lo cual significa, según Rodríguez (2014a), que ciertos intereses individuales pueden conformarse en intereses generales a través de un proceso de socialización y educación moral, que se interpreta naturalmente y que lleva a los individuos de un cumplimiento personal de sus metas, a la instauración de voluntades comunes.

De igual forma, en la doctrina de Bentham se tiene en cuenta el vínculo entre el principio de utilidad y los valores morales y éticos. Según Bentham existe un vínculo fáctico de este principio comprendido como lo que moviliza la humanidad para respaldar sus propósitos y que tiene que ver con la noción del principio de voluntad individual y el principio de voluntad colectiva. Estos son entornos distintos, pero se vinculan en determinado punto, ya que existe un camino natural en la transición de la voluntad individual a la general, puesto que, al momento de querer globalizar la voluntad general, se busca reconocer de forma general la voluntad de todos. Por lo tanto, se debe entender la noción de comunidad como un

método de cohesión que encierra la suma de los intereses de los integrantes que la conforman y que busca fundamentalmente maximizar la felicidad general a través de la reclamación de los intereses de las personas (Rodríguez Cano, 2014).

En términos de Quiroga (2017), el mayor valor de la función social de la utilidad es la felicidad y esta se logra según Bentham a partir de la sumatoria de la felicidad individual. Es decir, por medio de la suma agregada de preferencias de felicidad individual, lo que hace entender que el interés colectivo es la suma de los intereses individuales y al alcanzarlo se logra la justicia social. Esta teoría, no es una teoría distributiva por cuanto la función de utilidad social se mide en función de la felicidad del mayor número de personas, lo que representa una exclusión de la felicidad de las minorías. Siguiendo al profesor Quiroga, el utilitarismo llevado a una praxis económica restrictiva, justifica la exclusión de la felicidad de las minorías por cuanto lo importante es el aumento de la felicidad, sin detenerse en la forma como se logra, o en la forma como se va a distribuir individualmente dicha ganancia colectiva. Lo que importa es el crecimiento en términos absolutos, aunque exista brecha en la asignación relativa.

Así las cosas, no resulta conveniente aplicar esta teoría en el derecho administrativo, por cuanto viabiliza sacrificar intereses particulares, por un mayor beneficio colectivo. En igual sentido en materia de contratación de las entidades públicas, por cuanto se debe propender por el interés general, sin detenerse a hacer análisis individuales. No se condiciona el derecho administrativo, ni la contratación de las entidades estatales en analizar placer y dolor. Por el contrario, se enfoca en lograr la satisfacción del interés general que, como

concepto jurídico indeterminado, debe enfocarse en este aspecto concreto de la contratación, en el concepto de la justicia distributiva para cumplir así los fines constitucionales.

Señala Rivera (2011), que Bentham establece como objetivo universal la mayor felicidad de todos, pero las felicidades de los individuos pueden entrar en conflicto y la felicidad de uno puede disminuir la felicidad de otro, por eso considera la mayor felicidad del mayor número. Bentham parte del individuo para reconocer la felicidad, mientras que el derecho administrativo parte del interés general para definir la satisfacción del mismo, así las cosas, no resulta conveniente aplicar esta teoría en el derecho administrativo y tampoco en la contratación pública.

3.6. Gestión pública y su problemática en la contratación estatal

Bajo este numeral se efectúa un análisis a la manera de proyectar, estructurar, dirigir y vigilar los recursos económicos. Dicha tarea se distingue como gestión pública y se puede determinar a través de las labores efectuadas tanto por los integrantes de una sociedad, como los funcionarios de la administración local, regional, departamental o nacional para conseguir las metas establecidas y que están direccionadas a conseguir un bien común que impacte en la población. La generación de las leyes del país, ha sido el mecanismo y base que ha delimitado la práctica de la administración y la gestión pública que se encuentran vinculadas y conforman un entorno jurídico para normativizar las entidades lo cual les permite conseguir sus metas. Por lo tanto, se analiza el concepto de gestión pública, la esencia del contrato estatal y la forma en que se debe efectuar el mejor manejo de la gestión pública en la labor de la contratación del Estado

La administración pública, entendida como la actividad que se desarrolla en los organismos oficiales para el cumplimiento de los fines del Estado, interviene en la planeación, ejecución y control de las actividades de las organizaciones. También en la obtención de los insumos que permiten la toma de decisiones y en la organización y operación de los instrumentos para que tales decisiones se ejecuten.

La administración de un municipio, debe partir del entendimiento de este como una organización o una empresa, las cuales son entendidas como “medios” destinados a alcanzar determinados “fines”. Para esto, toda organización fija unas políticas, define programas y metas y establece procesos y funciones mediante los cuales administra sus recursos, todo ello bajo ciertas condiciones del entorno y en el marco de la normatividad vigente.

Para el Departamento Nacional de Planeación (2012) la gestión pública orientada a resultados es:

la articulación permanente y continua de los procesos de planeación, ejecución y evaluación de las acciones que el Estado emprende, tendientes a dar cumplimiento a los compromisos democráticamente concertados y asumidos por los mandatarios electos para atender de forma integral, oportuna, transparente y eficiente las necesidades de la ciudadanía y dar cumplimiento a la función y competencias encomendadas por la Constitución y la ley a la Nación y a sus entidades territoriales. (p. 57)

Entonces, el concepto de gestión pública está directamente asociado a los resultados que logre una administración y se ha definido como un proceso integral, sistemático y participativo, que se articula en tres grandes momentos: la planificación, la ejecución y el

seguimiento y evaluación de las estrategias de desarrollo económico, social, ambiental, físico, institucional, político y financiero (Ministerio de Comunicaciones, 2007).

La contratación estatal es percibida como la herramienta primordial para suministrar los bienes y servicios que se necesitan para el progreso a nivel social y económico sustentable del país. Para conseguir este propósito el Estado puede figurar como Estado o se puede situar a la misma altura de un particular para pactar o contratar bienes y servicios para la ejecución de las labores sociales. A raíz de lo anterior, provienen dos implicaciones que facilitan la percepción de su entorno real. La primera implicación es su naturaleza notablemente reglamentaria, que tiene sus orígenes desde la Constitución Política, dentro de la cual se encuentran estipulados los cometidos que desempeñan los servidores públicos, las normas básicas de la administración, las condiciones y propósitos de la función pública, que se encuentra estipulada bajo el artículo 209 el cual señala lo siguiente: La labor administrativa se realiza a beneficio de los propósitos generales y se efectúa en base a los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, por medio de la descentralización de funciones (...). Con base en dichos criterios, es sobre los cuales se debe cimentar y evolucionar las labores contractuales. La segunda implicación tiene que ver con el terreno de las técnicas, métodos y exigencias contables, tecnológicas y de cualquier otro tipo de naturaleza que se requiera para llegar a obtener y garantizar la ejecución de manera eficiente, competente y calificada la administración pública.

La esencia del contrato estatal viene dada por la obligación del gobierno de colocarse de manera práctica en las mejores circunstancias para poder desarrollar todos los bienes y servicios. Para ello deberá pactar con los particulares el suministro o abastecimiento de los

mismos, con el propósito de considerar cumplir de manera conveniente con los requerimientos de la colectividad.

Inicialmente el contrato estatal era estimado como un elemento separado del derecho común, a causa de que se le introducían cláusulas excepcionales que buscaban alcanzar la ejecución de los objetivos del interés común a los que se halla supeditada la gestión pública. Pero a causa de que no existía el derecho administrativo, al momento en que la Nación realizaba contrataciones, se hallaba en las mismas condiciones con el particular, lo que suponía que se debía dirigir al derecho privado.

Todo este proceso tuvo su transformación, con el surgimiento del derecho administrativo. Sin embargo, al aparecer dos clases de contratos, es decir, los públicos y los privados, acarreó que estos tipos de contratos fuesen manejados por dos autoridades competentes diferentes. Los contratos públicos estaban dirigidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los privados eran dirigidos por la jurisdicción común. Esta distinción no generó buenas prácticas, razón por la cual, se hizo necesario implementar un criterio orgánico para determinar el contrato estatal. Sin embargo, dicho criterio ha mantenido el contrato público en los efectos del derecho administrativo, sin dimensionarlo desde otras áreas, razón por la cual se puede afirmar que existe una insuficiencia del derecho administrativo para regular la contratación del Estado.

Lo anterior, se afirma por cuanto el derecho administrativo es ajeno a ciertos aspectos de otras áreas del derecho e incluso otras disciplinas, por cuanto en algunas ocasiones se limita a abordar la contratación pública como un tema de procedimientos, sin adentrarse en aspectos sustanciales como la finalidad del contrato en un entorno de mercado, la incidencia

de la actividad económica en la contratación de las entidades públicas. Por dicha razón, la OCDE (2013) ha hecho recomendaciones sobre cómo mejorar la capacidad de gobernanza para mejorar la capacidad estratégica del Estado y un componente de esta capacidad estratégica es la contratación que desarrollan las entidades públicas.

Las recomendaciones de la OCDE se enfocaron hacia la implementación de formas efectivas de una reforma a la gobernanza, con el fin de fortalecer las instituciones y promover desarrollo y crecimiento económico. Dentro de ellas propone la reforma a la contratación estatal, que es un importante componente de la agenda de reforma a la gobernanza, en aras de mejorar la calidad del desempeño del servicio público. Dicho informe aconseja a Colombia, emprender acciones para garantizar que Colombia Compra Eficiente (agencia de contratación del estado colombiano) tenga un enfoque más comercial y orientado hacia los resultados, y no solo al enfoque actual de estricto cumplimiento de la ley.

Así las cosas, en los mismos estudios hechos por la OCDE, se evidencia una implementación procedimental propia del derecho administrativo en la contratación estatal, que denota la insuficiencia de este sistema. De ahí que la contratación pública debe ser repensada desde los aspectos comerciales, económicos e institucionales mejorando así su desempeño dentro de las instituciones.

En términos de Fantova (2008), el alcance de la expresión gestión se refiere a la asunción y el ejercicio de responsabilidades que la persona o la organización asume sobre un proceso, entendido éste como el conjunto de actividades que incluye las acciones para la disposición de los recursos y estructuras necesarias para que ese proceso sea posible. Lo anterior hace referencia a la coordinación de las actividades y organismos que se requieren y

que deben intervenir para que el resultado esperado se produzca, la rendición de cuentas ante los diferentes agentes interesados en los efectos que el proceso debería desencadenar, así como los trámites administrativos, técnicos, jurídicos, financieros y sociales involucrados. De esta manera, cuando una organización ha definido su enfoque estratégico, viene su implantación o ejecución, lo cual involucra el concepto de gestión. Debe tenerse en cuenta que la gestión se da en tres niveles: estratégico, táctico y operativo: la gestión estratégica se hace en función de la misión y la visión de la organización en la cual se aplique y sirve para definir su plan de desarrollo, el cual se ejecuta y se controla al nivel de la gestión táctica, mientras que la gestión operativa atiende la ejecución de las acciones previstas. Sin embargo, no debe perderse de vista, que, como afirmó Drucker (1996), no hay nada tan inútil como hacer eficientemente lo que no se necesita, con lo que quiso resaltar que la táctica, si bien es importante, solo lo es en la medida en que se encuentre alineada con la estrategia.

Al aplicar estos desarrollos teóricos sobre el concepto de estrategia a la gestión de las entidades del Estado se puede afirmar que, para que ésta resulte eficaz, se requiere, en primer lugar, definir cuáles son las verdaderas prioridades que existen en la zona para la cual se intenta definir dicha gestión. A manera de ejemplo, no son iguales las prioridades para una población cuya actividad principal es el turismo, que para otra que vive principalmente de la industria. Una ciudad dedicada a la industria seguramente demanda una infraestructura vial diferente a la de una ciudad turística y el tipo de servicios que mayor demanda presentan en una y en otra también son diferentes. Adicionalmente se presentan también diferencias respecto al tipo de educación, los servicios de salud, infraestructura de servicios públicos, entre otros (Pinzón, 2013).

Una vez identificadas las prioridades estratégicas de la región, en concordancia con el desarrollo arriba expuesto, lo que sigue es el planteamiento a nivel táctico necesario para asegurar el logro de los objetivos estratégicos, es decir, definir qué es lo que se debe hacer en materia de gestión pública de acuerdo con las prioridades estratégicas que se hayan definido. Y en tercera instancia lo que resta es el nivel operativo, es decir identificar las actividades que deben desarrollar para cumplir cada uno de los objetivos tácticos; el nivel operativo debe responder a la pregunta de cómo lograr que se cumpla lo que se ha definido desde los niveles estratégico y táctico.

Si se tienen en cuenta los conceptos estratégicos del nuevo milenio en materia de gestión pública, deben considerarse las alianzas que se puedan construir o aprovechar para propiciar el logro de los objetivos; estas alianzas incluirán tanto el sector público como al privado. Adicionalmente deben aprovecharse las ventajas y oportunidades generadas por los medios virtuales propios de la era de la tecnología, en la medida en que estos medios pueden ser empleados para la realización de campañas orientadas a reducir factores de vulnerabilidad como los asentamientos localizados en zonas de riberas de ríos y para fortalecer la infraestructura de comunicación para la atención de emergencias. Así mismo el enfoque estratégico de la gestión pública debe tener en cuenta que los problemas que se aborden y en este caso el de las inundaciones, constituyen situaciones cuyo análisis debe considerar las múltiples y complejas variables de carácter económico, social, ambiental y cultural, entre otras, que se encuentran involucradas en la situación que se pretende resolver.

Por otro lado, la gestión pública es un proceso en el que se ejecutan decisiones, se administran y se distribuyen los recursos, con el propósito de responder a las necesidades y

demandas colectivas. Sin embargo, dado que la administración pública a nivel municipal en Colombia es elegida mediante voto popular, cada alcalde direcciona la gestión pública dependiendo de lo que él percibe como prioritario, además de que se ve afectada por los intereses de los grupos que tienen influencia o poder suficientes para modificar la decisión de la administración. Esos influenciadores no necesariamente representan a los intereses sociales, lo que hace que sea posible que la gestión pública no responda realmente a las prioridades que siente la población (Hernández & Chumaceiro, 2013).

El concepto de gestión pública ha evolucionado en el tiempo. Jarquín y Losada (2009) afirman que la nueva gestión pública o *new public management* es el resultado de la modernización del Estado. Dicha modernización implica la transformación de una gestión pública ineficaz, la ineficiente y corrupta, a una gestión que busca, al igual que sucede en la empresa privada, la generación de mejores resultados al menor precio posible. Una gestión de ese tipo implica economía, eficiencia, eficacia y transparencia.

Puede advertirse que en la actualidad existe poca relación entre la contratación estatal y la gestión pública, porque nuestro ordenamiento jurídico ha enmarcado dicha actividad como las propias del derecho administrativo. Esta relación es la que resulta insuficiente, por cuanto el derecho administrativo nace con el Estado de Derecho, en el que se ve la necesidad de regular, de manera especial, la actuación de los órganos del Estado, para dotarlos de un régimen propio y así preservar su sometimiento al principio de legalidad.

El derecho administrativo se ha adaptado al modelo de Estado vigente en cada época. El Estado intervencionista cuando entra en crisis, busca un modelo de administración que garantice la realización de los postulados que satisfagan de manera eficiente y eficaz las

prestaciones demandadas. Surge entonces el Estado contemporáneo, que busca garantizar la prestación de servicios a través de la desestatización de funciones a favor del mercado y lo que genera es un repliegue de la actividad estatal principalmente empresarial. Si bien en algunas ocasiones se genera una tensión entre los intereses de mercado y los fines del Estado Social de Derecho, en virtud de la constitucionalización del derecho administrativo, se da un replanteamiento del régimen jurídico de las prerrogativas y potestades excepcionales que se reconocían propios de la administración, por lo que se promueve la no publicación, generando la huida del derecho administrativo y su alcance el aplicar como régimen propio de la organización y actividad de la administración, el derecho comercial, con el fin de que con este, pueda alcanzar la eficacia y eficiencia que con las prerrogativas no logró (Restrepo 2007).

Se empieza a promover entonces, un cambio del modelo de administración pública, con la búsqueda de resultados en la actividad de la administración, adicionando así a la legalidad, la eficiencia y eficacia en su gestión. Es decir, se supera el modelo burocrático Weberiano y se implementa un modelo gerencial, propio de la nueva gestión pública, flexibilizando la gestión, aumentando la autonomía en las decisiones gerenciales.

3.7. Conclusiones del tercer capítulo

La retrospectiva de la gestión pública en la contratación estatal desarrollada en este capítulo muestra que el Estado tiene el deber constitucional de cumplir determinadas tareas o roles que le han sido asignados para que la sociedad pueda funcionar y que al hacerlo actúa para beneficio de la sociedad en general. Algunas de esas tareas son indelegables, como la administración de justicia y de seguridad nacional, mientras que otras pueden ser ejecutadas

por particulares, para lo cual se requiere que el Estado adelante procesos de selección y contratación correspondientes.

Esos procesos de contratación están sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, que realiza esta facultad para garantizar que se observen los principios que buscan evitar decisiones caprichosas, negligentes o interesadas. Otros principios que atañen a la función administrativa son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. El alcance de estos principios ha sido definido por el Consejo de Estado y su aplicación se enmarca dentro del concepto de servicio público.

El derecho administrativo reúne las diferentes normas que regulan la actividad del Estado y su relación con los particulares y se acoge a los derechos y obligaciones que han sido objeto de análisis desde diferentes perspectivas teóricas. Desde finales del Siglo XIX en Francia se empezó a establecer la responsabilidad del Estado frente a actos de poder y de gestión, lo que conllevó el establecimiento de límites a dicha responsabilidad y a la de los agentes que actúan en representación del Estado.

Los procesos de contratación se llevan a cabo por medio de los instrumentos de gestión estatal, pero en su gran mayoría entendidos como proceso y procedimientos que no se enfocan hacia un resultado en términos de mercado y es ejecutado especialmente por la rama ejecutiva del poder público.

La existencia de diferentes niveles dentro del poder ejecutivo, desde el nacional hasta el municipal, hace que cada instancia cuente con atribuciones para contratar dentro sus funciones y competencias. Así mismo, la necesidad de que el Estado, independientemente de

su localización geográfica, se coloque en las mejores circunstancias para alcanzar los bienes y servicios que requiere para cumplir su función, es la causa de que el contrato estatal sea un elemento separado del derecho común. Sin embargo, además de esta separación, se hace necesario el establecimiento de prioridades en las diferentes necesidades de la sociedad, así como el adecuado planeamiento que conduzca a su satisfacción.

Puesto que la actividad contractual se ha conformado como una labor de actuación administrativa, a través de la cual la administración consigue bienes y servicios requeridos para poder cumplir con las labores estatales y sociales establecidas por la Constitución Nacional, para poder respaldar el normal desarrollo de las labores de la administración, esta actuación se debe direccionar por todos los principios que reglamenta la función administrativa y debe representar concretamente la noción del interés general. En ese sentido, todo el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico del país ha generado la producción de distintas maneras de respaldar la preponderancia del cubrimiento de las normas establecidas en la Constitución para la contratación estatal. Por lo tanto, en el siguiente capítulo se analizan los temas relacionados con los reglamentos y normas establecidos en los distintos mecanismos preventivos, transitorios y cautelares que han sido establecidos en la Constitución.

La contratación estatal ha sido manejada a través de los gobernantes, las entidades públicas, sus servidores, los particulares, que son los individuos y entidades que están supeditadas al ordenamiento jurídico superior. Actualmente las tareas que cumple el Estado se ven influenciadas por el mercado respaldando los actos de gestión que se ven reflejados a través de los acuerdos de voluntades.

La contratación estatal desde el derecho administrativo, tiene una insuficiente relación con la gestión pública, razón por la cual, entiende el proceso contractual desde aspectos puramente procedimentales alejados del mercado, lo que hace plantear la necesidad de repensar la institución de la contratación pública, para enfocarla en términos de resultados, y como una gestión que se realiza dentro de un mercado.

Si bien existen actos de poder y actos de gestión entendidos desde el derecho administrativo, esto resulta insuficiente por si solo para promover una dinámica adecuada de la contratación pública, razón por la cual se requiere generar una nueva visión que contemple formas de gestión estratégica, táctica y operativa fortaleciendo un enfoque más comercial orientado a resultados.

Dado lo anterior, en Colombia conviene replantear la naturaleza jurídica de la gestión contractual del Estado para que se deje de considerar actividad meramente administrativa. Se debe comprender como una herramienta de gestión pública que dinamice, flexibilice y modernice el derecho administrativo, para una redefinición de funciones de la administración y una reconstrucción del estado como administrador. Se requiere hacer una reforma institucional en la administración para adaptarla al momento actual bajo una perspectiva que no puede ser ajena al mercado. Si bien el Estado en ocasiones actúan como ente regulador, en otras actúa como agente del mercado y debido a esta nueva dinámica requiere que se reformulen las instituciones para que se adapten a los cambios de hoy; en tal sentido, que el contrato estatal sea considerado como una herramienta de gestión pública, favorece que el Estado obre y actúe como agente de mercado

4. Hacia un Modelo de Mercado en la Gestión Contractual del Estado

El mecanismo trascendental para la concreción de los derechos humanos, por la importancia de la actividad, por su control y vigilancia de los entes que lo conforman, viene dado por la contratación estatal y el sistema de compras público. Por cuanto dentro de los objetivos que tiene la contratación estatal se encuentra el de garantizar la eficacia y eficiencia de todas sus operaciones, impulsando y posibilitando la correcta ejecución de las tareas que le han sido encomendadas a la administración pública.

En la actualidad y desde siempre, la actividad contractual estatal ha sido objeto de reglamentación tratándose como actividad administrativa. Pero resulta conveniente tener en cuenta el aspecto económico e institucional que implica, no solo el vínculo entre las partes, sino también las gestiones previas a este. En consecuencia, se debe realizar un enfoque desde las políticas públicas y la institucionalidad, en lo que tiene que ver con la labor de la administración pública y la gestión pública.

Hoy en día existe una estrecha relación entre derecho y economía, que han derivado en los análisis denominados ius-económicos (Álvarez 2020). Se plantea la propuesta, siguiendo los análisis sobre el tema, de revisar teorías económicas que rodean la formulación de los procesos de selección de la ley 80 de 1993, tomando como punto de partida y de análisis la teoría institucionalista y la explicación que los economistas dan a la empresa como centro de la productividad en el mercado.

Dentro de la perspectiva del institucionalismo, hay que cuestionarse, si la administración pública contrata de forma eficaz. La adquisición de bienes y servicios no se

debe realizar por burocracias especializadas, sino con el auxilio de particulares partiendo que el sector privado es más eficiente que el sector público y los recursos así invertidos, generan mayor beneficio a la población (Álvarez, 2020). La ley 80 de 1993 y sus reformas son auténticas formas de intervención en la economía, buscan un efecto positivo o eficiente a sus destinatarios, siguiendo orientaciones del institucionalismo o neoinstitucionalismo.

El surgimiento de la Ley 1150 (2007) hizo ver al contrato estatal y la actividad contractual, no solo como aquel conjunto de actos administrativos, sino como un mecanismo de gestión pública. Esta ley determinó la llegada de un nuevo encausamiento de administración denominado nueva gestión pública, que se fundamenta en las actuaciones de la administración con base en la economía, eficacia y eficiencia. Con este enfoque, se observa a la contratación estatal como una manera eficiente para la prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines del Estado, pues se desarrolla bajo los principios de transparencia, objetividad y planeación.

En este capítulo se busca mostrar los elementos que integran las políticas públicas y la institución de la compra pública y la transforman, observando la injerencia que tienen los principios de legalidad y autonomía de la voluntad. También se analizará que toda la normatividad conlleva una serie de transformaciones que permiten ver que la actividad contractual pública no debe ser entendida sólo como actuación administrativa y desde los fundamentos del derecho administrativo, sino que conviene redimensionarla desde los postulados de la Nueva Escuela Institucional y el derecho económico como un mecanismo de gestión pública.

De igual forma, se analizan las distintas normas que tienen que ver con las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante en un contrato. Esto con el fin de conocer las factibles incidencias que pueden surgir en el entorno de las compras públicas. Adicionalmente, se estudian las normas de gestión pública que tienen que ver con la competencia, los diversos mecanismos legales para poder proteger el equilibrio financiero de dichos contratos a través de la ley 80 (1993).

La dinámica que tiene la contratación estatal naturalmente es compleja, su entendimiento se hace más fácil en el momento en que se le da una mirada crítica al entorno normativo, a los principios que la rigen. El conocer todos los fundamentos jurídicos que encierra la contratación estatal constituye el mecanismo adecuado para el actuar tanto de administradores, entes de control, contratistas y particulares que forman parte dentro de un contrato estatal.

Al contrastarla con postulados de la Nueva Gestión Pública, así como con los Postulados de la NEI, se denota que existe una necesidad de redimensionar el concepto de la contratación de las entidades públicas, en aras de lograr una mejor aplicación de la misma en pro de la satisfacción de las necesidades del interés general, así como también comprenderla como decisiones de mercado que permitan optimizar los recursos.

4.1. Modelo económico de la Constitución Política de Colombia y su trascendencia en la actuación contractual del Estado

El artículo 2° de la Constitución Política, de manera literal señala que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados

en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Para poder cumplir con esas funciones, el Estado necesita celebrar diferentes tipos de contratos. Debido a la magnitud de los contratos estatales, el Estado genera, afecta, modifica o condiciona el mercado, en la medida en que los agentes del sector real de la economía, están pendientes, atentos o expectantes de las condiciones y resultados de los procesos de contratación pública, para realizar actividades esenciales al giro ordinario de sus empresas, tales como importar, producir, contratar o distribuir. En esa medida, el Estado adquiere el carácter de agente participante del mercado por su poder de influencia o determinación del mismo, dependiendo del caso. En virtud de esa capacidad de influencia que tiene el Estado en el mercado, surge la necesidad de establecer determinados principios que buscan asegurar la equidad entre éste y los particulares, quienes se encuentran en una posición de inferioridad de recursos.

Retomando el concepto y contenido de la disciplina del derecho económico, este abarca el orden económico y la constitución económica. En relación con el orden público económico, se relativiza la libertad contractual y la autonomía y se relativiza la primacía del contrato, por cuanto el Estado se instala entre los contratantes. Por su parte, el concepto de constitución económica viene del derecho alemán y se impulsó el modelo de economía de mercado o social de mercado. En esa economía de mercado, se reconoce el valor de la persona humana, la importancia de la libertad de emprendimiento y el carácter subsidiario del Estado. Tanto en el orden público económico como la constitución económica, la libertad queda sustituida por reglas relativas a la organización económica general; por el establecimiento

autoritario de relaciones sociales, y por la propia economía interna del contrato (Aimone-Silva, 2015).

La intervención del Estado en estos aspectos, al hablar de la constitución económica y del orden público económico, se manifiesta de dos maneras:

1. El ejercicio directamente por parte del Estado de alguna actividad económica.
2. La forma de intervención a través de la regulación

Así las cosas, al decir de los referidos autores, el orden público económico, da lugar a un derecho económico que comprende la regulación de actividades directas del Estado, en el plano económico, medidas por las cuales el Estado sugiere y estimula una determinada actividad económica y los procesos propios del denominado orden público. Así, se evidencia que existe en la constitución una reserva del derecho administrativo, que le impide a la administración actuar bajo el derecho privado porque sujeta la actividad administrativa a principios y procedimientos, lo que implica una prohibición de usar el derecho privado en las actividades que supongan ejercicio de autoridad o disposición de riqueza pública. Por esa razón, en virtud de la vinculación a la ley, el derecho no actúa como límite, sino como habilitante del contenido de la actividad de la administración pública, razón por la cual exige procedimientos, regula la ejecución del gasto público, cuenta con un régimen privilegiado de bienes, tiene potestad de actuar coactivamente, y tiene un control previo del gasto público (Ariño, 2007).

Existen unas modalidades de actuación administrativa en la vida económica, las que se fundamentan en el orden público económico, y en la constitución económica, y son las de:

policía y regulación económica, fomento, servicio público, gestión económica, planificación y actuación arbitral. Dentro del mecanismo de acción administrativa en la vida económica, se encuentra la actividad de gestión económica o actividad de producción de bienes y servicios. Se trata de actividades en las que el Estado actúa como un agente más del mercado, sin reserva de titularidad, en la producción o comercialización de bienes mediante formas organizativas y actuación jurídico-privada.

En la clasificación tradicional del Estado, al decir del Profesor Ariño, este asumía un papel protagonista en varias formas de actuación como la regulación económica, el servicio público, la empresa pública y la planificación. En estas modalidades, el Estado condicionaba de forma interna el desarrollo de las actividades, toma decisiones empresariales, sustituyendo el mercado. Con la crisis del sector público, se ha generado privatización y liberación de la economía, lo que exige una reformulación de las diferentes formas de actuación del Estado en la economía.

El sector público en la economía, inicia con el gasto social que se materializa a través de los contratos del Estado. en este sentido lo importante no es determinar cuánto gasta sino en qué lo gasta. Debido a la crisis de lo público, se abordan formas privadas de gestión, para replantear el modelo de la gestión económica del Estado, lo que implica la sustitución del viejo modelo de Estado burocrático a un nuevo modelo organizativo e institucional. Tal como ocurrió con la Nueva Gestión Pública, y tal como lo promueve la teoría institucionalista, por cuanto lo que se pretende no es decir si hay o no menos servicios sino replantear los medios, es decir, las instituciones para satisfacerlos.

Dentro de los principios que se enunciaron, se destacan los de legalidad y de autonomía de la voluntad, que se estudian a continuación.

4.2. Tensión entre principio de autonomía de la voluntad y el principio de legalidad: una decisión de mercado

Como dimensión fundamental del principio de autonomía de la voluntad se encuentran el artículo 32 del Estatuto de Contratación, que señala que los contratos estatales son actos jurídicos generadores de obligaciones.

Este artículo, así como el 13 y 40 de la misma ley, dejan ver el principio de la autonomía de la voluntad como la base donde se cimienta la administración pública contratante y su contraparte, con el fin de poder realizar el bosquejo o establecer figuras jurídicas que estén de acuerdo con sus requerimientos, o incorporar dentro de las clases contractuales las estipulaciones que estén más conformes con el cumplimiento del objetivo para el cual se realiza el contrato (Mardones, 2014). Sin embargo, el principio de la autonomía de la voluntad, no muestra solo el lado de la autonomía de la libertad contractual para elegir clases o completar su asunto. La aplicación de este principio en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, le compete a un nuevo modelo de gestión pública cimentado en los principios de eficiencia y eficacia para la utilización de los recursos públicos, y que considera un nivel superior de autodeterminación y autorresponsabilidad.

Estos conceptos son descritos por Rezzonico (1999, p. 167), quien señala hacen alusión a la competencia de otorgarse reglas a sí mismo, de normalizar los intereses que le pertenecen, y del requisito que los impactos de la contratación sean apropiados por las partes

con el compromiso requerido. Rezzonico manifiesta: “En verdad toda la autonomía privada (en sentido amplio), que abriga la autodeterminación, puede definirse como reconocimiento jurídico de la posibilidad de dar nacimiento a consecuencias jurídicas o de impedir las, y ello dentro del ordenamiento jurídico” (p. 167-168).

De igual forma señala cómo la autodeterminación es una expresión libre del contratante. En relación con la autorresponsabilidad, Rezzonico (1999) la describe como la obligación de soportar las consecuencias que son vinculadas al acto propio causalmente cumplido. Esta autodeterminación y autorresponsabilidad surge de quienes manejan la administración pública, quienes se encuentran custodiando el bosquejo de las políticas públicas y la utilización de los recursos, transformándose este principio que se muestra en la Ley 80 de 1993, en el producto del escape del derecho administrativo al derecho privado, buscando dar utilización a un derecho correspondiente a los nuevos modelos aplicables de la gestión pública.

Por lo tanto, la Ley 80 (1993) en el artículo 11 señala que la gestión contractual la deben llevar a cabo los jefes de las entidades públicas, a quienes se les imputa dentro del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, bajo el artículo 12 posibilita la concesión de esta facultad. Bajo el artículo 26 del estatuto despliega el principio de la responsabilidad, instaurando de forma precisa la responsabilidad de los empleados públicos que participan y toman determinaciones al respecto.

De igual manera, de la interpretación de la Ley 80 (1993) en su artículo 25, la Ley 1150 (2007), en su artículo 2 y el decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1 y sus demás decretos reglamentarios, se puede extraer que la autodeterminación y la autorresponsabilidad

están vinculados estrechamente con el principio de la planeación, los cuales muestran de manera pormenorizada todos los componentes de los análisis previos. La administración pública debe ser responsable y cuidadosa de los asuntos de que trata el contrato que está planteando y las repercusiones de los compromisos que está contrayendo, ya que es la base de la práctica de una excelente autonomía de la voluntad (autodeterminación y autorresponsabilidad) (Procuraduría General de la Nación, 2010).

En cuanto a la autonomía de la voluntad en relación con el principio de legalidad en la contratación estatal, se ha venido discutiendo la trascendencia de dicho principio, como por ejemplo lo relacionado a las multas, donde ni siquiera el Consejo de Estado ha conseguido generar un concepto uniforme. Una parte de la doctrina reconoce en la contratación a la parte débil como el deudor de un vínculo contractual, lo que se muestra como incorrecto, puesto que esta parte débil puede ser tanto el deudor como el acreedor, es decir, tanto el Estado como el particular. Igualmente, es posible inspeccionar los contratos cuyo propósito es proteger los derechos de los contratantes lastimados por las acciones de contratantes corruptos que buscan conseguir su beneficio sin importar los medios (lesión), o por motivos de fuerza mayor o caso fortuito (demasiado valor de la prestación) (Pereira, 2015).

En el entorno de los contratos estatales, un sector manifiesta que la autonomía privada de los contratantes no debe estar restringida, ni aun por el principio de legalidad, y que el Estado no debe incumbir dentro de los vínculos contractuales (De la Puente, 1983). Otro sector declara que el contrato no debe ser inspeccionado legalmente ya que uno de los contratantes manifiesta que está perjudicado por el contrato o por causas inesperadas y

excepcionales que han provocado una variación en los rendimientos de las partes contratantes, debido a que cuando los individuos resuelven realizar un contrato lo hacen autónomamente. Igualmente, de forma autónoma definen el asunto que lleva inserto el contrato, permitiéndose a cada uno de los intervinientes poder prevenir las factibles eventualidades que puedan generar los posibles incumplimientos por la contraparte, motivo por el cual pueden integrar como parte del contrato aspectos que fortalezcan o consoliden su cumplimiento, como por ejemplo una cláusula penal, multas, mora automática, intereses, entre otros (Mazeaud & León, 1978).

Teóricamente, el contrato es considerado el acto jurídico bilateral que por medio de la aprobación o consentimiento (manifestación conjunta de las voluntades) por parte de los contratantes, genera, reglamenta, transforma o acaba un vínculo jurídico comprometido y de naturaleza patrimonial. Por lo tanto, a través de los contratos los individuos, bien sea naturales o jurídicos, buscan alcanzar un objetivo que el derecho les permite lograr. De esta forma el intercambio patrimonial de bienes y derechos posee como medio más adecuado al contrato, como producto de la libre autorización de las partes intervinientes, conformando la voluntad de ellas como base productora de compromisos por mandato explícito de la ley (Salgado & Rodríguez, 2017).

De esta forma, en la configuración de todo contrato estatal hay un límite de buenas costumbres, orden público y cargas, según la doctrina llamadas obligaciones secundarias o auxiliares de conducta que las partes deben acatar para alcanzar los impactos esperados con la ejecución del contrato, dentro de las cuales están las que se mencionan a continuación.

- Obligación o carga de legitimidad: Es un compromiso de las partes intervinientes en un contrato reconocer la clase de negocio que se solemnizará y la cimentación de un contrato atípico cuando los que ya hay no alcancen el objetivo esperado. De no ser así, se conseguirán fines diferentes o se perjudicará la realización del contrato.
- Obligación o carga de legalidad: La voluntad de las partes debe ser transparente, es decir, que no soporte circunstancias inciertas que se presten a múltiples deducciones primordialmente en lo que atañe a los pliegos de condiciones.
- Obligación o carga de perspicacia y esmero: La labor de contratar debe realizarse a través de intervenciones reflexivas y esmeradas, que no permitan un compromiso que no se requiera (Dávila, 2003).

De igual forma, numerosos estudiosos del tema han manifestado que existe cierta confusión en cuanto a que la voluntad del contratante haya generado la condición con el hecho de que la voluntad haya generado el vínculo, ya que no es instaurarlo, sino que se debe contemplar por haberlo deseado (De Verda, 2015). También, la denominada libertad contractual, que hace alusión a la potestad para comprometerse lo cual tiene acotaciones que perjudican al contratista y no a la potestad del contratante para generar un contrato, ya que la ley no reprime al contratante que acate y formalice el convenio, como las estipulaciones que este posea. Lo que restringe es la autorización para terminar el contrato sin forma o establecimiento de estipulaciones, persiguiendo su ejecución. Asimismo, hace mención de una dudosa noción de unión de voluntades en el contrato, de unas voluntades fusionadas (mezcladas) conformando una voluntad que es ley para las partes (generada o creada). Al discernir sobre la voluntad se comprende que es algo interno, inherente al individuo, que

genera que sea algo que está fuera de control y el contrato es algo que está instaurado o manifestado en un entorno social y a la vez es algo que se puede dominar (Fernandis, 1959).

La autonomía de la voluntad en la parte administrativa se comprende como discrecionalidad, porque conforma la manifestación de la libertad de decisión de la administración. Lo que significa que puede realizar no únicamente lo que las normas legales le facultan sino también todo aquello que no le impide, interpretándose como que la administración puede utilizar en su discrecionalidad todo lo que la ley no ha reglamentado (Fandiño, 2014). Hoy en día se percibe que la administración trabaja en la práctica de sus potestades normalizadas en la medida en que tiene que adaptar sus acciones a preceptos impuestos por una norma, ordenamiento, o de otros mandatos administrativos denominada doctrina de la vinculación negativa a la ley (Gordillo, 2015).

Inicialmente, los particulares disfrutaban de una total libertad en la celebración y ejecución de los actos contractuales, a través de los cuales reglamentan sus intereses privados de autonomía de la voluntad. Esta es definida etimológicamente como la facultad que cada individuo posee de otorgarse principios jurídicos dedicados a constituir la misma reglamentación jurídica que las contempla (Matallana, 2012). Sin embargo, la eficiencia de las acciones individuales de mandato, están sometidas a que ellos mismos acaten las cargas que son constitutivas a la práctica de la autonomía privada, comprendidas como aquellas obligaciones donde el individuo, ha elegido entre múltiples intereses propios. Bajo esta opción, se debe tener en cuenta que, en la autonomía privada y su práctica, es necesario observar la cautela que debe poseer cada sujeto negocial, así como aquel sujeto que desea

lograrlo o ha dejado de serlo: carga de legalidad, de lealtad y corrección, de claridad, de sagacidad y advertencia.

Dentro de estas cargas se destacan la de legalidad, lealtad y corrección. Dentro de la carga de legalidad se encuentra incluida una ratificación de la observación permanente de los impactos del acto de autonomía particular (Apaza, 2014), primordialmente por el efecto negocial que constituye el inicio de la labor. Lo anterior se genera bajo el requisito de que el convenio se haya solemnizado legítimamente y que la admisión de las pautas normativas, se haga con base en las normas obligatorias. Tener estos elementos en cuenta será condición y garantía de la eficiencia y autenticidad de los mandatos. En cuanto a la carga de lealtad y corrección, se encausan a la estipulación general de la buena fe (Hinestrosa, 1986).

El artículo 13 del estatuto de contratación manifiesta que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (Ley 80, 1993). Por lo tanto, frente a lo establecido por esta ley se adaptarán los principios privados ya sea civil o comercial, lo que significa que, dentro de la contratación estatal se aplica un sistema de regulación mixta, normas que regulan la actividad administrativa, así como los principios civiles y/o comerciales.

Bajo la Ley 80 (1993) se busca perfeccionar las instituciones del derecho privado en relación con los temas de los contratos estatales, ya que éstos de igual manera constituyen un convenio de voluntades que poseen particularidades concretas, toda vez que deben cumplir con ciertas atribuciones. Sin embargo, no dejan de constituir un contrato que, como tal, compromete a las dos partes. Con esta ley se robusteció el principio de la autonomía de la

voluntad y ahondar aún más dentro del derecho público, complementando la noción de que el contrato público es un mecanismo utilizado para la complacencia de los requerimientos de la sociedad conformando una herramienta de gerencia pública, gasto público y cumplimiento de la misión de las entidades estatales.

De esta manera se busca respaldar la permanente y eficaz prestación de los servicios públicos para una concreta realidad en cuanto a los derechos e intereses de la comunidad. De tal manera, se tiene certeza que el estatuto de la contratación no busca sostener la dualidad entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, sino observar el contrato estatal como un convenio de voluntades que se aproxima al derecho privado, minimizando la fragmentación entre el derecho público y privado en cuanto a los contratos, y robusteciendo una utilización de manera sincronizada y armonizada de las normas dentro del contrato estatal ya que este contiene elementos de ambas. Por lo tanto, la Ley 80 se estableció como una norma tanto de principios como de reglas generales utilizables dentro de todo el aparato estatal y estableció que el derecho privado debía dirigir todas las transacciones jurídicas de las entidades estatales, exceptuado lo expresamente reglamentado. Esto es lo que compone el límite de la autonomía de la voluntad contemplada en los negocios jurídicos, motivo por el cual con la Ley 80 se busca robustecer la autonomía de la voluntad en la denominada compra pública y la presencia del derecho privado en el método de compra pública del Estado Colombiano.

De igual manera, se debe dejar claro que la reglamentación civil y comercial se aplicará cuando no haya normatividad manifiesta dentro del estatuto contractual. Para que esta idea sea procedente, el estatuto señala que los contratos estatales son solemnes y, al

encontrarse reglamentados, conforma una de las cargas de legalidad que requiere sustentar la autonomía de la voluntad de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 (1993).

En relación con el contenido del contrato, bajo el artículo 33 de esta ley se señala que las entidades estatales son autónomas para puntualizar la repercusión y el contenido de los contratos que se celebren para cumplir con las obligaciones, las labores y propósitos fundamentales, dejando ver que esta ley busca robustecer el principio de la autonomía de la voluntad dentro de los negocios jurídicos suscritos por las entidades estatales (Guerrero, Sanabria, & Serrano, 2017). Dentro de los contratos estatales existe una gran trascendencia y repercusión del principio de la autonomía de la voluntad, pero esta autonomía soporta la carga del principio de legalidad correspondiente a dichos contratos, lo que hace más complicado el procedimiento de constitución y especificación. Por lo tanto, la autonomía de la voluntad se manifiesta dentro de los contratos estatales bajo un límite en cuanto a las normas que reglamentan dicha contratación, cuyo propósito es avalar la labor de todo ente estatal, teniendo siempre presente cumplir con el interés general (Santos, 2013).

La autonomía de la voluntad que se encuentra dentro de los contratos estatales, se comprende como una habilitación que la norma le adjudica a las partes, con el fin de que reglamenten vínculos contractuales demarcados según los preceptos del orden público. Debido a ello, la autonomía de la voluntad sustenta el ordenamiento de legalidad lo que implica una obligación en el comportamiento de las partes, satisfaciendo las formalidades de mejora y realización, los propósitos de los contratos, y las normas que los reglamentan (Buitrago, 2016). Con la implementación de la Ley 80 se recobró el convenio de voluntades como eje central del contrato. Por su parte, la evolución en la constitución de la voluntad del

Estado no se aplica de la misma forma que a un particular en la celebración de un contrato privado. En consecuencia, la autonomía de la voluntad del Estado se concibe y se involucra de una forma distinta a la de los particulares, ya que la autonomía de las entidades estatales no permite reglamentar lo concerniente a la esfera del derecho a consecuencia del interés colectivo, ya que el perfeccionamiento de un contrato donde media una entidad estatal no puede dejar de lado la satisfacción del interés público.

Teniendo en cuenta que la actividad contractual del Estado constituye la labor de la administración, entonces está dirigida igualmente por el principio de legalidad. El Profesor George Vedel (2012) ha interpretado la legalidad como aquello que está de acuerdo con la ley. De esta forma el actuar de la administración es normativizado, lo que genera que la administración pública encuentre su labor sometida al ordenamiento jurídico. En relación con la contratación estatal todas las tareas cumplidas por la administración deben estar basadas en las normas que la regulan, ya que teniendo en cuenta que existe el principio de la autonomía de la voluntad, y la potestad de que se solemnicen contratos y se convengan estipulaciones de las que son posibilitadas dentro del derecho privado, tal libertad o privilegio contiene sus límites dentro de la práctica de la labor administrativa; significa que a la administración no le es permitido todo lo que desee hacer sino lo que la ley le faculte. Aunque la ley posibilita que las cláusulas dentro de los contratos estatales sean las que estén conforme a las normas civiles y comerciales y que conciernan a la esencia del contrato, se debe tener en cuenta que si una de las partes del contrato es una entidad estatal el predominio del interés general, el uso del principio de la autonomía de la voluntad será conforme a la razón (Forero, 2016).

En el artículo 6 de la Constitución Política se estipula que bajo el principio de legalidad las autoridades únicamente pueden obrar de acuerdo con lo que solamente la ley les permita, siendo una norma positiva para las entidades del estado y negativa para los particulares, ya que a los particulares la ley les indica lo que no pueden realizar. Este principio es un apoderamiento del Estado de derecho el cual estriba en que el dirigente está subordinado a una regla jurídica y no a la voluntad del príncipe. Para el avance de este principio, las autoridades públicas tienen facultades reguladas o discrecionales. La competencia reglada, implanta el compromiso correspondiente a la autoridad de realizar la ley de una forma mecánica, lo que significa que debe seguir un proceso y de forma impulsada. Siendo distinta la competencia discrecional, en la cual el empleado halla un marco donde puede trabajar, donde puede tomar la decisión que más convenga, la cual debe ser motivada. Dicha discrecionalidad le concede al funcionario un mayor compromiso, el cual es inspeccionado por la parte judicial. Todo lo anterior significa, que la administración posee una propiedad discrecional sometida al principio de legalidad, aunque le concede un ámbito bastante amplio a la autonomía de la voluntad.

De acuerdo con lo anterior, no se puede comprender el principio de legalidad en contra del principio de la autonomía de la voluntad, ya que en un Estado de Derecho la labor de la administración debe estar supeditada a la ley. De igual forma como se le conceden ventajas con base en el principio de la autonomía, también se le implantan compromisos, sin ignorar la responsabilidad y la comprobación a la que se puede supeditar dicha autonomía. Lo que significa, que la autonomía de la voluntad a la que hace alusión la Ley 80, primordialmente se manifiesta en dos expresiones: En la libertad para contratar y la libertad para pactar el contenido de las estipulaciones, las cuales también encuentran sus limitaciones,

puesto que el Estado, al realizar una contratación, debe contemplar los requerimientos y los beneficios para realizarlo. De igual forma, al momento de escoger al contratista, también debe tener en cuenta lo instaurado en el estatuto para su escogencia. De otro lado, debe tener en consideración con qué recursos cuenta para contratar. Así como también existen cláusulas de estipulación obligatoria para ciertos contratos.

La Constitución Política (1991) establece que el modelo económico vigente en el país es de libre mercado con marcado énfasis social y conocido como economía social de mercado. En desarrollo de esos postulados, el artículo 333 de la Constitución establece que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Constitución Política, 1991, Artículo 29).

Londoño (2014) expone que, de acuerdo con el sistema de análisis denominado de la “ilegalidad *per se*”, si la conducta es evidentemente anticompetitiva, tanto en su naturaleza como en sus propósitos y efectos, no es necesario realizar el análisis detallado del mercado para llegar a la conclusión sobre su anti competitividad, se puede entonces considerar siempre y *ex ante*, que la conducta es ilegal en sí misma. Este sistema de análisis equivale a una presunción de derecho que no admite prueba en contrario.

Ahora bien, dentro de la legislación colombiana existen diferentes normas orientadas a evitar las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante; de acuerdo con Londoño:

A manera de resumen, es posible sostener que el régimen general sobre prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante está contemplado en la Ley 155 de 1959 con las modificaciones incluidas por el Decreto Ley 3307 de 1963 y en el Decreto 2153 de 1992. Adicionalmente es necesario incluir en este tema el Decreto 1302 de 1964, reglamentario de la ley 155 de 1959. Finalmente se deben mencionar las Leyes 16 de 1936 y 5 de 1945, la cual reforma la primera, y que se refieren a aspectos relacionados con inhabilidades e incompatibilidades de los directores y agentes de las empresas (Londoño, 2014, p. 34).

A continuación, se hace referencia a estas normas a fin de analizar sus implicaciones en el marco de las compras públicas. La Ley 155 de 1959 fue promulgada al amparo del artículo 32 de la Constitución de 1886 y en ella se evidencia una gran influencia del denominado derecho antimonopolístico o *antitrust* de Estados Unidos. Miranda (2016) al referirse a esta Ley señala que en su artículo 1° se establece la prohibición genérica de realizar toda clase de prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo los abusos de posición dominante en el mercado, término éste que no aparece en la ley. Se trata de una norma de carácter *ex ante*, si se tiene en cuenta que en ella se señala que basta con demostrar la realización de cualquier acto con la intención de restringir la competencia sin que sea necesario demostrar su efecto anticompetitivo.

En su momento el decreto 1302 de 1964 en su artículo 5 señaló que, para los efectos del artículo 4° de la Ley 155 de 1964 se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia cuando: a) ha estado precedida de convenios privados entre las empresas para unificar e imponer precios a los

productores de materias primas o a los consumidores, para distribuirse entre ellos los mercados o para limitar la producción, la distribución o la prestación de servicios, y b) cuando las condiciones de los productos o servicios en el mercado sean de tal naturaleza que la fusión, consolidación o integración de empresas productoras o distribuidoras pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de competidores o consumidores (Decreto 1302, 1964).

El decreto 2153 de 1992, por su parte, incluye una enumeración no taxativa de aquellas conductas abusivas de la posición de dominio a la vez que mantiene el carácter *ex ante* y preventivo, en virtud de lo cual no es necesario demostrar el perjuicio causado siendo suficiente la realización del acto con la intención de restringir la competencia. Debe advertirse que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas puede terminarse de manera anticipada por otorgamiento de garantías. Para que esta terminación proceda, el investigado deberá presentar su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas.

En caso de que la Superintendencia acepte las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que se verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley, previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Debe advertirse que, como lo señala Perea (2013), no solo el mercado, entendido como libre comercio, puede verse afectado por acuerdos que limiten la competencia. En efecto:

Los procesos de contratación pública, como las licitaciones y concursos que representa una parte importante del total de las compras de cualquier segmento de la economía, pueden también ser objeto de los mismos. Estas colusiones son sancionadas por normas de distinta naturaleza, como la de derecho de la competencia y más recientemente con el nuevo estatuto anticorrupción, la de tipo penal, lo cual es un esfuerzo del Estado para dar transparencia a dichos procesos y contratar las mejores ofertas.

Los acuerdos que limitan la competencia en los procesos de contratación pública pueden presentarse en la fase precontractual, por ejemplo, cuando las empresas que ofrecen un mismo producto o servicio acuerdan que una de ellas se abstendrá de participar en un determinado proceso con el propósito de permitir a otra empresa que sea la adjudicataria del proceso licitatorio. Situación similar de restricción de la competencia se presenta cuando el funcionario o los funcionarios encargados de definir los términos técnicos, jurídicos y/o económicos de un proceso contractual, establecen unas condiciones que solo pueden ser cumplidas por una de las empresas existentes en el mercado (Ramírez, 2014).

De igual forma se puede presentar limitación de la competencia en la fase de presentación de ofertas, cuando dos proponentes establecen un acuerdo para que uno de ellos presente una oferta en condiciones de precio más altas o en condiciones que resulten inaceptables para la entidad contratante, de manera que el otro proponente necesariamente resulte ser el adjudicatario del contrato. El acuerdo también puede hacerse para que, durante el proceso de evaluación de las ofertas, uno de los proponentes se retire para dejar como

única opción a la empresa con la cual se ha hecho el acuerdo. Ramírez (2014) señala que también pueden presentarse acuerdos con efectos que se prolonguen luego de adjudicada la licitación, y que esos efectos se manifiesten durante la ejecución del contrato, como en los casos en que dos proponentes acuerdan que un potencial competidor no competirá en la selección del contratista y en contraprestación actuará como subcontratista una vez adjudicado el contrato.

Estas prácticas en los procesos licitatorios constituyen prácticas contrarias a la libre competencia en la medida en que ocasionan que existan menos opciones al momento de contratar, en este caso, por parte del Estado, lo que hace que las condiciones de precio o alcance de las ofertas, le resulten desfavorables. Los acuerdos anticompetitivos pueden ser tanto horizontales como verticales; los primeros son lo que se dan entre empresas que hacen parte de la misma cadena de valor, mientras que los segundos se presentan entre agentes de cadenas diferentes, como puede ser un productor y un comercializador. De acuerdo con las investigaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la conducta relativa a colusión en licitaciones, descrita en el artículo 47 del Decreto 2153, se refiere a acuerdos de tipo horizontal (Velandia, 2013).

Para analizar estas prácticas debe tenerse en cuenta que existen dos categorías de acuerdos anticompetitivos. La búsqueda de la coordinación entre empresas rivales e incluye acuerdos tales como fijación de precios, repartición de mercados y limitación de producción, con el propósito de “boicotear a un tercero y materializar la extracción de la renta del consumidor, imponiéndole condiciones y precios de monopolio; por eso son también llamados prácticas de imposición o explotación” (Velandia, 2013, p. 32). La segunda

categoría incluye acuerdos orientados a impedir el ingreso al mercado de un potencial competidor, o para forzar la salida de uno actualmente existente, por lo que se conocen como conductas de exclusión. El ejercicio de prácticas anticompetitivas en desarrollo de proceso de licitación no sólo afecta los de los demás competidores y los de la entidad del Estado que actúa como contratante, sino que además afecta al mercado mismo, dado que su efecto es el de incrementar los precios de los bienes o servicios a contratar, por lo que genera mayor gasto público.

Para que exista una adecuada relación de la contratación pública con la economía de mercado, es conveniente revisar las actuaciones desplegadas por la agencia de contratación del Estado, Colombia Compra Eficiente. Teniendo en cuenta su creación, se puede inferir como lo señala Alejandro Barreto (2018), que es un ente regulador de la actividad contractual pública, el que a través de sus diferentes directrices (circulares, pliegos tipo, guías) pretende regular el mercado de la compra pública. Este hecho que permite observar la tendencia que existe hoy en Colombia de repensar la actividad contractual pública, para entenderla desde una dimensión de compra pública, lo que la ubica en un plano de economía de mercado y obliga a repensar dicha institución en aras de brindar mejores herramientas que promuevan el mejor desarrollo del mercado, lo que sin duda favorecerá el interés general.

Advierte Barreto (2018) que el mercado de la compra pública, desde la perspectiva económica, es un mercado imperfecto razón que lo hace, en algunas ocasiones, ineficiente. Al ser imperfecto, presenta algunas fallas, dentro de las cuales destaca la corrupción, los procedimientos, los fundamentos de las decisiones, la asimetría de la información, la presencia del monopsonio y el oligopsonio, la colusión, la presencia de una administración

ineficiente y la falta de planeación en la compra pública. Dadas esas fallas, es necesario que existan herramientas que permitan optimizar el mercado. De ahí que sea necesario acudir a los postulados del derecho económico para que se puedan adoptar decisiones que permitan el adecuado desarrollo de la misma.

En este evento resulta importante, como se ha señalado en capítulo anterior, que se armonice el concepto del debido proceso y los costos de transacción que se generan al aplicar los procesos de selección de contratistas. De esta manera, se puedan dimensionar los costos de transacción a los que se debe responder en virtud del principio de legalidad que sustenta el sistema de compras públicas y se permita la adopción de decisiones más favorables en temas de compra pública. Por lo anterior, conviene por ejemplo repensar la implementación de los pliegos tipo, que generan mayores costos de transacción en unas entidades que en otras, que implican la prórroga de adjudicaciones, demorando la satisfacción del interés general, que en algunas ocasiones se evidencia que no porque existan más oferentes, se escogerá la mejor oferta. Adicionalmente, limitan el esquema de evaluación señalado en el artículo 5 de la ley 1882 de 2018, pues solo consagran la aplicación de fórmulas orientando así la voluntad de las entidades, e impidiendo que se aplique la alternativa de ponderación de elementos calidad y precio que representen la mejor relación costo beneficio para la entidad.

En este aspecto, resulta importante señalar que la reforma que había sido propuesta por la Agencia de Contratación de Colombia, buscaba dar un nuevo enfoque a la contratación estatal, denominándola sistema de compras públicas, con la finalidad, de adaptarla a las nuevas tendencias internacionales que regulan la materia. También tiene la intención de dotar a la administración pública de herramientas que le permitan adoptar mejores decisiones en

términos de calidad, dentro de un mercado donde se evidencia la oferta y la demanda. Así las cosas, para mejorar el mercado de la compra pública, se debe lograr una armonización entre los postulados del derecho administrativo y el derecho económico, para crear un marco jurídico que permita orientar este mercado hacia la obtención de ventajas que incidan en la satisfacción del interés general.

Señala Barreto (2018), que hay un fortalecimiento de la característica comercial asignada a la contratación estatal, hecho este que obliga a revisar los mecanismos encaminados a su regulación y control para fijar reglas y mecanismos de vigilancia y control. En la medida en que se pueda promover una mayor relación de la contratación pública con la economía de mercado, se podrá entender que el Estado no es solo un regulador del mercado, sino un agente del mismo, como un consumidor de bienes y servicios en unas condiciones particulares pues las decisiones que adopte, afectan el interés general. Al entender al Estado como un consumidor, deben aplicársele las normas que regulan las relaciones de consumo, las que nacen de la cadena de comercialización de bienes y servicios entre productores, proveedores y expendedores. Ahora bien, pese a que el Estado puede catalogarse como consumidor, la Superintendencia de industria y comercio no lo ha considerado como tal, razón por la cual, el Estado, no puede valerse del estatuto del consumidor (ley 1480 de 2011) para ser protegido como tal. Ha promovido la Superintendencia de industria y comercio una protección al elemento de la competencia dentro del mercado de la compra pública, sancionando hechos como la colusión y las prácticas restrictivas, pero aún no considera al Estado como un consumidor del mercado en desarrollo de la compra pública.

En igual sentido, promover una conexidad entre la contratación estatal y la economía de mercado permite no sólo entenderla como una compra pública, sino además entender, que, en ejercicio de la misma, las entidades públicas adoptan decisiones de mercado, lo que implica compatibilizar la relación de Estado y mercado, en términos de eficiencia, economía y eficacia. La literatura propone un criterio económico normativo a satisfacer al momento de diseñar e interpretar las reglas del contrato; se pretende la utilización de criterios económicos eficientistas a efectos de determinar el diseño de normas.

Las reglas que regulan los contratos son imperativas o irrenunciables, que son las que limitan el actuar de los contratantes. Las supletorias o por defecto que no son imperativas y otorgan libertades (Monroy, 2014). Lo que debe seguir el legislador y el juez es el criterio de eficiencia, en virtud de la relación entre contratos, su regulación y el mercado donde tienen lugar. Así lo debe aplicar también la administración pública, porque como los contratos tienden a ser incompletos, se generan lagunas en ellos. Ante esa situación, deben incorporarse las reglas por defecto, que mitigan los costos de transacción; esto implicaría una relación de la contratación con la economía para prevenir comportamientos oportunistas de los agentes de intercambio, reemplazar la omisión ineficiente por la omisión eficiente, lo que minimiza los costos de transacción de la negociación contractual lo que representa el propósito del derecho de contratos.

La implicación de que el Estado pueda ser considerado como un agente del mercado, es que, dentro del marco general de la legislación de competencia, podría ser sujeto de investigación formal por parte de las autoridades correspondientes. De ser así, se abre la posibilidad de que los organismos de Estado sean objeto de sanciones, considerando que la

autoridad competente se encuentra facultada para imponer órdenes administrativas y a través de las mismas sanear anomalías en el mercado.

De acuerdo con la legislación nacional vigente, es la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad competente para aplicar las normas relacionadas con la competencia, por lo que es esta Superintendencia la llamada a autorizar las operaciones de integración de las empresas⁷. El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 establece la prohibición de acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. Dicho artículo según el cual el Gobierno podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general. Así mismo, el artículo 4° de dicha establece que:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000), o más, estarán obligados a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración (Ley 155, 1959, Artículo 4).

⁷ Sin embargo, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, el Superintendente Bancario debe ser informado en materia de fusión de instituciones financieras y aseguradoras vigiladas.

Sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009, quedando establecido desde entonces que aquellas empresas dedicadas a una misma actividad económica o participantes de una misma cadena de valor, deben informar a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones que se propongan adelantar para fusionarse, consolidarse, adquirir control o integrarse cuando:

- 1) En conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o 2) Al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 1340, 2009, Artículo 9).

Ya el decreto 2153 de 1992 en su artículo 4° había señalado como funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la de pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración o adquisición del control de empresas. En cuanto a su ámbito funcional, el artículo 44 del mismo decreto señaló que la Superintendencia debía continuar ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia, para lo cual la facultó a imponer medidas cuando se produjeran actos contrarios a la libre competencia o que constituyeran abuso de la posición dominante.

No obstante esa facultad se encuentra limitada, dado que, más adelante en el artículo 51 el mismo decreto establece que el Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar fusiones, consolidaciones, integraciones o adquisiciones de control de empresas que le hayan sido informados, cuando los interesados demuestren que se pueden producir mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan

alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta de mercado. Al respecto, en el año 2000 la Superintendencia emitió la Circular 02 en la que reflejó su posición en relación con las concentraciones económicas y la participación de las empresas en el mercado como elementos a tener en cuenta para decidir sobre posiciones de dominio. En la mencionada Circular la Superintendencia señaló que “la posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de las empresas involucradas o su participación en el mercado. Sin embargo, un tamaño muy pequeño y una posición ínfima en el mercado son conclusivos de que no se producirá el efecto descrito en el párrafo anterior” (Circular 02, 2000).

Fue así como la misma Superintendencia estableció que no se objetarán las operaciones de fusión, consolidación, integración o adquisición de control de empresas que no presenten alguna de las siguientes condiciones:

Que conjuntamente representen el 20% o menos del mercado respectivo, medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se realicen las operaciones, o ii) cuyos activos conjuntamente considerados no superen el equivalente de cincuenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de aprobarse la operación (Circular 02, 2000, p. 2).

El Legislativo, al promulgar la Ley 1340 de 2009 definió que la Superintendencia de Industria y Comercio sería la única autoridad en materia de competencia. Fue así como el artículo 6° de esa Ley señala que “la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal (Ley 1340, 2009, Artículo 6°). Concretamente la

Superintendencia de Industria y Comercio ha informado públicamente que, de acuerdo con el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013):

- La disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios.
- La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones similares.
- La subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio.
- La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
- La venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
- La obstrucción para que terceros accedan a los mercados o a los canales de comercialización.

Con respecto al momento en que la Superintendencia de Industria y Comercio inicia su actuación, esta puede darse de oficio con base en información o conocimiento que llegue a poseer, o a través de la solicitud de un tercero, por medio de una queja, o cuando reciba un

traslado o una referencia de otra autoridad. El proceso de intervención de la Superintendencia se surte en tres fases: la actuación previa, la fase de instrucción y la fase resolutoria. Durante la primera fase, se recibe la denuncia y se estudia su admisibilidad; de existir mérito, se adelanta una averiguación preliminar, se investiga y se practican pruebas de oficio para recaudar información.

En la fase de instrucción y habiendo mérito suficiente, se abre una investigación formal, se notifica al investigado y se publica en un diario. En esta fase se abre la posibilidad de efectuar un ofrecimiento de garantías, de solicitar pruebas y se admiten intervenciones de terceros. Adicionalmente se decretan y practican las pruebas. La investigación concluye cuando el Superintendente Delegado presenta un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio. Por último, en la fase resolutoria se da traslado del informe motivado a las partes, se efectúan los alegatos finales, el Superintendente de Industria y Comercio profiere una decisión y el investigado puede interponer recurso de reposición.

Debe mencionarse, por otra parte, que la Ley 1340 de 2009 a través de su artículo 25 modifica el numeral 15 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 estableciendo que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá dentro de sus funciones la de imponer sanciones por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia. Dentro de esas disposiciones está la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías. Por cada violación y a cada infractor, se

establecerán multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Y en materia procedimental, el título IV de la Ley 1340 de 2009 establece los trámites que debe cumplir la Superintendencia de Industria y Comercio para informar sobre el inicio de un procedimiento de autorización de una operación de integración, así como el condicionamiento impuesto a un proceso de integración empresarial. Es decir, se debe informar la apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción y las garantías aceptadas cuando su publicación sea considerada por la autoridad como necesaria para respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los interesados. En el mismo título se establece que los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, así como las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas, tendrán el carácter de terceros interesados y podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

En el campo de la contratación pública y en relación con la posibilidad de que dentro de las investigaciones que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntos acuerdos colusorios y originados a solicitud de parte, es posible que se decreten medidas cautelares tales como la suspensión del proceso de contratación. Ahora bien, si se tiene en cuenta el numeral 11 del artículo 4° del Decreto Ley 2153 de 1992, la posibilidad

anteriormente describe no existe, ya que la única medida cautelar señalada por dicha norma como función de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de ordenar la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre promoción y prácticas comerciales restrictivas. Lo anterior quiere decir que, para poder ordenar este tipo de medidas, la Superintendencia debe establecer de manera previa que las conductas a suspender pueden impedir la libre competencia, pues si la suspensión de un proceso de contratación se hiciera solamente con base en la solicitud de parte, se podrían generar frecuentes suspensiones injustificadas de dichos procesos.

Además de la Superintendencia de Industria y Comercio, hay intervención de otros entes del Estado en los procesos relacionados con la contratación estatal. Mientras que el papel de la Superintendencia en esa manera se deriva del hecho de que el Estado puede intervenir como agente del mercado, los entes de Control como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría, así como la rama administrativa del poder judicial también desempeñan roles en lo que tiene que ver con la contratación estatal.

Con los postulados de la Nueva Gestión Pública, lo que se evidencia es la necesidad de flexibilizar y lograr mayor adaptabilidad y cambio de la administración pública y de su actuar. Así, hablar de los efectos de la gobernabilidad sobre la gestión pública, implica reconocer la incidencia de la planificación y la regulación, así como también los retos que tiene la gestión pública. Lo anterior, en materia de contratación de entidades públicas, incide en lo que tiene que ver con el presupuesto, el que debe dejar de ser una expresión legal y contable, para convertirse en un instrumento de dirección y gestión pública.

La aplicación de estos postulados (Nueva Gestión Pública y Economía de mercado), puede lograr atenuar la tendencia de enmarcar el contrato estatal según su finalidad de interés público. De esta manera se comprenderá que esta actividad en su interior, debe lograr mejores decisiones en términos de mayor valor por dinero, de mejor inversión de los recursos públicos, permitir mayor libertad negocial y de deliberación.

4.3. Gestión contractual pública desde los postulados de la Nueva Escuela Institucional

El neo institucionalismo parte de la base de considerar las instituciones como elementos básicos para la construcción de la vida en comunidad. Este enfoque ayuda a estudiar los fenómenos administrativos de forma sistémica y a establecer relaciones entre los factores culturales y sociales y las diferentes formas de asociación humana, enriquece la comprensión de los procesos organizacionales para la comunidad científica de administradores (Arias, 2008).

La importancia de la Nueva Escuela Institucional fue reconocida en el año 1991, cuando Ronald Coase recibió premio Nobel y en 1993, cuando Douglas North recibió también premio Nobel. Esta escuela ha sido importante en el contexto de la política económica de los años 90, por cuanto ha puesto en duda el rol dominante asignado al mercado. Pretende determinar que ni el Estado ni el mercado representan por sí solos el mejor medio para organizar la provisión de bienes y servicios y la Nueva Escuela Institucional ofrece un conjunto de herramientas para facilitar el diseño institucional, busca una teoría de desarrollo en términos de cambios institucionales apropiados que promuevan el crecimiento económico (Molteni, 2006).

De acuerdo con Vargas (2005), North considera que las instituciones como las reglas de juego de una sociedad, son las restricciones humanamente entendidas que dan forma a las interacciones humanas y estructura los incentivos en el intercambio humano. Señala el autor que las instituciones son consustanciales a la idea de orden económico y se relacionan en torno a las relaciones normativas de la administración pública. Las instituciones no son cosas, su existencia es abstracta, son el marco de constricciones e incentivos en el que se produce la interacción social. Un diseño institucional eficaz, incentiva las conductas que maximizan los resultados, lo que repercute en el desempeño económico. De ahí que se pretende abordar la gestión contractual pública como una verdadera institución, lo que implica no ser reducida a un sistema.

Para North (1985), las instituciones son el medio para superar las fallas del mercado ya que se crean para reducir la incertidumbre. La Nueva Escuela Institucional ha puesto énfasis en los sistemas legales, derechos de propiedad y organizaciones, los costos de transacción y la distribución de ingresos. Por tal razón, resulta compatible con la gestión contractual desplegada por las entidades públicas porque la misma representa, derechos de propiedad, actuación de las organizaciones, costos de transacción y sin duda alguna, distribución de ingresos cuando al celebrar contratos se satisfacen necesidades.

El neo institucionalismo tiene sus raíces económicas en las teorías planteadas por Ronald Coase, Oliver Williamson y Douglas North, y fundamenta sus planteamientos en la importancia de estudiar las instituciones como reglas de juego de una sociedad. Desde las instituciones se pretende explicar su desempeño económico, son teorías de una nueva microeconomía basada en los costos de transacción, como una sección de economía, derecho

y de elección pública. De acuerdo con lo anterior, es evidente que la gestión contractual pública desplegada por las entidades comporta elección pública toda vez que, a través de ella, se adoptan las decisiones tendientes a la satisfacción del interés general. Los procesos de selección de contratistas, así como las decisiones que se deben adoptar fruto de esta gestión contractual, se equiparan a los costos de transacción; de acuerdo con la nueva economía institucional, la transacción es la unidad primaria de análisis, centra su interés en entender de qué forma ciertos atributos específicos de las transacciones comerciales originan clases específicas de instituciones económicas (Arias, 2008).

Para los autores citados como exponentes de las teorías de la nueva escuela institucional es evidente que las instituciones reducen la incertidumbre, en la medida en que proporcionan estructuras confiables y eficientes para el intercambio económico. Por esta razón, se puede evidenciar que los contratos que celebran las entidades públicas son una verdadera gestión pública y así se puede considerar como una institución, a través de la cual, se pretende generar una estructura confiable y eficiente que permita el intercambio. Se logrará de tal manera proveer bienes y servicios para la satisfacción de la comunidad, así como también para la provisión de bienes y servicios por parte del Estado.

Las ramas que comprende la nueva escuela institucional son:

1. La escuela de derechos de propiedad y costos de transacción, que representa un análisis de organización.
2. La economía política y de preferencia pública, que representa los asuntos públicos.

3. La historia económica, que representa las instituciones y su papel en la evolución de los sistemas económicos.

Con base en lo anterior, se evidencia que dicha institución impone restricciones al comportamiento basado en el interés individual, y ello se observa porque existe la prevalencia del interés general y la distribución de recursos públicos limitando estrategias que los actores usan para alcanzar sus objetivos. Señala North (1985) que, en toda economía compleja con altos grados de especialización y división de trabajo, es imprescindible una estructura institucional que reduzca los costos de transacción. De modo que el Estado y la política se tornan esenciales para el buen desempeño económico.

La gestión contractual pública representa una economía compleja, por cuanto los recursos que utiliza son públicos, los actores que en ella participan son tanto públicos como privados, y el objetivo que persigue es que el Estado alcance los fines constitucionales que le fueron asignados en el artículo 2 superior. Por ello es necesario entender esta gestión como una estructura institucional que reduzca los costos de transacción, entendidos como aquellos en que se incurre por llevar a cabo el intercambio de bienes y/o servicios (Velásquez, 2014). Así, podría señalarse que en aplicación de los pliegos tipo, regulados e implementados por la ley 1882 de 2018, no se ha hecho un adecuado análisis de los costos de transacción, por cuanto en entidades territoriales, se ha generado con su implementación, mayor demanda de personal que acompañe los procesos de evaluación de la multiplicidad de ofertas que se reciben. En igual sentido se ha generado la necesidad de prorrogar los plazos de traslado de informes de evaluación y la consecuente adjudicación en la medida en que la evaluación de gran cantidad de ofertas genera un colapso en el proceso, en la medida en las entidades

territoriales no fueron tenidas en cuenta para medir el impacto de la implementación de dicha herramienta. Esto desconoce los postulados de la nueva escuela institucional y el planteamiento que pretende hacer en cuanto a que las instituciones deben ser entendidas como un medio para reducir los costos de transacción y lograr mayor eficacia.

Para North (1985), las instituciones son las reglas que las organizaciones juegan. El fin de las reglas es marcar pautas de cómo se desarrollará la organización; así, bajo este entendido, la gestión contractual de las entidades públicas es una institución y, a través de ella, se marcan las pautas de cómo se desarrolla la provisión de bienes y servicios tanto para las entidades públicas, como para la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

De conformidad con los postulados de la Nueva Escuela Institucional, la relación entre el mercado y el estado es clara y transparente, sus esferas de actuación están conectadas y esta relación es posible, gracias a la existencia de instituciones que estimulan o frenan los intercambios que realizan los individuos. El Neoinstitucionalismo aparece como la teoría que explica dichas relaciones por cuanto advierte que las instituciones influyen en la decisión y desempeño económico de individuos y países; las mismas instituciones establecen restricciones (Torres, 2016).

De acuerdo con el autor referenciado, la relación entre Neoinstitucionalismo y Gestión pública ha venido a redefinir las tareas estatales, porque se basa en las teorías del gerencialismo, simplificación de toma de decisiones, indicadores de desempeño y administración por resultados. En consecuencia, considerando la relación Estado-mercado, la gestión pública posibilita la solución de problemas de la esfera de los mercados por medio

de decisiones y acciones que adoptan los gobiernos y se relacionan con la vida productiva, se pretende institucionalizar la interacción de los agentes productivos y la autoridad pública.

Teniendo en cuenta que el Estado participa no solo como agente regulador, sino como un agente del mercado, se requiere que la gestión pública se redefina en sus funciones estatales, para de esta manera incrementar la capacidad de gestión del Estado. Es decir, rediseñarse por medio de mecanismos tipo mercado, uno de ellos sin lugar a duda es la gestión contractual, en la que, tal como lo señala la nueva escuela institucional, existe una racionalidad limitada porque no se tiene toda la información al momento de elegir, el conocimiento es limitado y no se pueden advertir todos los eventos que vayan a ocurrir. Circunstancia que igualmente se evidencia en la gestión contractual que adelanta el Estado, pues no se tiene toda la información requerida, y pese a que existe y se promueve el análisis de riesgos del contrato que se vaya a celebrar, tanto entidades como oferentes carecen de toda la información, razón por la cual se predica la racionalidad limitada.

Se ha señalado también, que el papel de las instituciones permite incorporar restricciones en el presupuesto, lo que se aplica para explicar los problemas de asignación de recursos y de equidad. Se establece el diseño de instituciones para atenuar problemas de información, como el caso de los portales de contratación (SECOP 1 y 2) los cuales permiten corregir fallas de mercado y atender problemas de asignación de recursos; tal como se pretendió con la implementación de los pliegos tipo (Ayala & González, 2001).

Así por ejemplo se debe lograr, a través del nuevo institucionalismo, un círculo virtuoso de fortalecimiento del mercado y fortalecimiento del gobierno. Lo que se puede evidenciar en la gestión contractual de las entidades públicas, por ser una actividad de

mercado que sin duda alguna fortalece el gobierno, en la medida en que se promueve mejor ejecución de los recursos, mayor satisfacción de las necesidades de la comunidad, así como también una eficiencia en la provisión de los bienes y servicios para las entidades.

Si no se modernizan las instituciones, existirá una vía ineficiente de desarrollo que desperdiciará recursos y esfuerzos en la redistribución y no generará riqueza. Al decir del Profesor Ayala y el profesor González (2001), crear buenas instituciones representa tener buenos incentivos; la reforma institucional es posible y puede alcanzar un éxito razonable. Al sentir del profesor North (1985), las instituciones no han sido buenas porque no hay incentivos suficientemente poderosos para que los agentes se involucren en la construcción de buenas instituciones. Esto se evidencia en la gestión contractual del Estado, en la medida en que los particulares no encuentran acertada su participación en los procesos de selección, así como tampoco encuentran acertada la ejecución de contratos con entidades públicas, por cuanto la inversión que se hace al confeccionar propuestas para participar en los procesos de selección resulta ser demasiado alta y, de no ser adjudicatario, no existe ningún incentivo que promueva la participación pues lo único que genera son costos.

De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE en materia de contratación estatal, hechas por la Dirección de Gobernanza Pública, comité de Gobernanza Pública OCDE (2012), la contratación es un pilar fundamental para la gobernanza estratégica y la prestación de servicios. Esta institución recomienda que se debe abordar desde un enfoque integral y estratégico, pues reconoce la contratación pública como una herramienta para el logro de los objetivos principales de la gestión pública, una actividad clave de la administración pública

que guarda relación con la actividad económica. Por lo tanto, resulta conveniente entenderla como una institución que permita una mejor gestión pública.

El institucionalismo ve las leyes como una súper estructura en donde los agentes económicos pueden actuar exitosamente. La regulación normativa puede generar incentivos positivos para crear riqueza o innovación y formar círculo virtuoso para la sociedad (Álvarez, 2020). Al comprender al Estado comprador como una empresa, se requiere que sus proveedores cumplan sus contratos, se busca que los bienes sean de calidad, un precio competitivo, una asignación transparente.

4.4. Equilibrio económico de los contratos: teoría de la imprevisión y hecho del príncipe

Durante la fase de ejecución, los contratos estatales presentan diferencias frente a los contratos celebrados entre particulares. El hecho de que, en algunos de estos contratos, un particular asuma en cumplimiento de un contrato algunas funciones que son propias del Estado, es una de las causas generadoras de tales diferencias, dado que ese rol le otorga responsabilidades y atribuciones que no le son propias a los particulares en su actividad normal ya sea a título individual o empresarial.

Si bien los términos o cláusulas son acordados en la fase precontractual y es entonces cuando mayores evidencias se presentan de la autonomía de la voluntad, es en la fase de ejecución cuando se presentan las situaciones reales, algunas de las cuales pueden ser difícilmente previsibles. Cuando no se cumplen los niveles de rentabilidad o al menos equilibrio de los contratos celebrados entre los particulares y los agentes del Estado, se pueden generar procesos de renegociación que buscan recuperar esa ideal condición de

equilibrio; sin embargo, también se han presentado situaciones en que tales renegociaciones se generaron sin que existieran suficientes méritos para ello, aumentando la rentabilidad de las concesiones en el largo plazo (May & Mariane, 2007). Cualquiera que sea la causa, las renegociaciones frecuentes son costosas generan incertidumbre y reducen la transparencia, ya que las nuevas condiciones son determinadas mediante procesos que no son competitivos y dependen más bien de la capacidad de negociadora de los contratistas y de los gobiernos.

Las renegociaciones de contratos estatales han generado animadversión en algunos sectores de la opinión pública e inclusive oposición a la participación privada en infraestructura. Guasch (2007) observa que el 30% de las concesiones de infraestructura de Latinoamérica han sido objeto de renegociación. Cualquiera que sea la motivación (comportamiento oportunista de los gobiernos o los concesionarios, contratos mal diseñados, conmociones exógenas), las renegociaciones frecuentes son costosas, perturbadoras y anticompetitivas, y refuerzan la impresión de falta de transparencia (Lucán, 2015). Desde el punto de vista de los inversionistas serios, el alto número de renegociaciones puede ser síntoma de una inseguridad jurídica que desestimula, especialmente cuando se trata de inversión extranjera (Urueta, 2010).

El tema de las técnicas que garantizan el equilibrio financiero se estudia en la obra Curso de derecho administrativo de los tratadistas Eduardo García De Enterría y Tomas Ramón Fernández, quienes señalan como en un principio para la contratación de las entidades públicas se aplicaron las mismas reglas de los contratos privados, mientras que en una segunda etapa, que comienza a principios de este siglo, se imponen como pautas las

siguientes: a) el carácter de colaborador dado al contratista particular, b) la mutabilidad de las cláusulas contractuales, y c) el equilibrio financiero (García & Fernández, 1983).

Los nuevos principios orientadores de la contratación oficial se compendian así: “la rigidez de los servicios públicos y la flexibilidad del contrato”, formula que remplaza a aquella que imponía la rigidez del contrato y el pliego de condiciones. Esta nueva orientación está plasmada en el fallo del H. Consejo de Estado francés que el 11 de marzo de 1910, al acoger la tesis del comisario de gobierno, expuso:

Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se otorgan al concesionario y las obligaciones que se le imponen. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las perdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al contratista y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión (García & Fernández, p. 679).

Los citados autores mencionan que, en el derecho español, para preservar el equilibrio financiero en los contratos oficiales, pero más como medida protectora del particular contratista, existen los siguientes mecanismos:

- a) La compensación por ejercicio del *ius variandi*. Ella implica, que cuando la administración con medidas o con actos de particular modifica o afecta de manera directa la ejecución del contrato en sentido desfavorable a los intereses del contratista, debe compensar de manera integral las mayores cargas que su actividad le hubiese impuesto. En este caso la normatividad positiva obliga a que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que prescindieron la perfección del contrato. la medida opera cuando se aumentan los costos o disminuyen los beneficios.

- b) El *factum principis*. Significa que cuando la administración con actos o medidas de carácter general, no afecta directamente el objeto del contrato, pues no están encaminadas a su modificación, pero si incide en la economía del contrato, por ejemplo, aumentando los costes necesarios para su ejecución, debe compensar esas mayores cargas, salvo que se haya pactado la revisión de precios.
- c) La doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible. Esta modalidad protectora del equilibrio contractual se hace tangible en el célebre fallo del H. Consejo de Estado francés, Gas de Burdeos, 1916, y en España se introduce a la legislación en 1955.

Surge como manera de conciliar el conflicto entre la obligatoriedad o *lex del contrato* y la necesaria continuidad del servicio público, para evitar su colapso. Se dice entonces, que la administración debe acudir en ayuda del contratista que ha sufrido un daño especial y anormal a consecuencia de hechos imprevisibles. Los ejemplos están dados por fenómenos de fuerza mayor; no así de caso fortuito. Esta diferenciación seguramente obedece a que la primera está constituida por circunstancias externas y extrañas a las partes, mientras que el caso fortuito es de carácter endógeno, pues esta al interior de la actividad. Un ejemplo de este sería el desperfecto de una maquinaria del contratista, como consecuencia de su propio funcionamiento. La fuerza mayor se daría si el deterioro es producido por una descarga eléctrica atmosférica.

Como se advierte, en la economía del contrato debe haber coparticipación en las pérdidas. Pero en este caso la compensación no es total, sino compartida o parcial. Teniendo en cuenta que la administración es ajena a la causa de los perjuicios o pérdidas, no debe ella sola asumir las mayores cargas. Estas deben compartirse, pues la teoría no constituye un seguro para prevenir pérdidas. Es por sobre todo un mecanismo para asegurar la prestación del servicio público.

- d) La revisión de precios. Es el mecanismo homologa a la teoría de la imprevisión de los franceses. Fue introducida en la legislación española para los contratos de obra mediante decreto real del 31 de marzo de 1917. Ante los aumentos extraordinarios que la guerra produjo en los materiales de construcción, y para evitar que se diera la parálisis de las obras, lo cual habría resultado por demás oneroso para el estado, mediante decreto se admitió la revisión de precios. Esta figura coyuntural, se ha venido consagrando en posteriores normas, y en la actualidad se acostumbra a pactar la cláusula. Pero para que opere se requiere su inclusión expresa en el contrato y se contempla a favor de ambas partes, administración y contratista. Se expresa mediante fórmulas aprobadas periódicamente por el gobierno en las cuales se calcula el aumento de los elementos básicos de la obra y su incidencia en el costo final. Es una medida propia para economías afectadas por procesos inflacionarios; pero la revisión no constituye una restauración completa del equilibrio financiero, ya que una quinta parte queda exenta de la revisión.

Para los efectos anteriormente anotados, los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración que se pactó y a que su valor intrínseco al momento del contrato se mantenga intangible según lo preceptuado por el artículo 5º de la ley 80 de 1993. Sobre aspecto del equilibrio contractual, el Consejo de Estado señaló que el mantenimiento de la ecuación contractual en virtud de la aplicación de la teoría de la imprevisión, que consagra el numeral 1º del artículo 5º de la ley 80 de 1993. Vale la pena señalar que la Ley 1150 no modificó este numeral, aunque el Consejo de Estado precisó que el mismo no le es aplicable al contrato de seguro (1997).

De acuerdo con dicha norma, previa solicitud elevada ante la administración, el contratista tiene derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a fin de evitar pérdidas originadas en circunstancias imprevistas no imputables al afectado. Igual derecho le asiste cuando las situaciones que generan desequilibrio son imputables a la entidad contratante. Estos derechos constituyen una verdadera aplicación de viejas teorías en materia de contratación administrativa, conocidas como la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe.

En los contratos de ejecución sucesiva es más amplia la posibilidad de que se presenten condiciones que escapen al control de las partes, como por ejemplo que a lo largo de su ejecución ocurran riesgos que alteren esa ejecución (Suárez, 2005). El autor plantea que en este caso lo que habría que hacer, es adoptar medidas que permitan no solo el equilibrio del contrato sino disponer de mecanismo que permitan hacer ajustes del contrato. Si por ejemplo se trata de la construcción de soluciones que involucren aspectos técnicos complejos se pueden utilizar un árbitro experto en este tema, pactado dentro del contrato para solucionar las diferencias de criterio.

Restablecer el equilibrio económico del contrato no es optativo, sino una obligación pensada desde el punto de vista de la diligencia y el cuidado. La probabilidad de que se presente una condena no se asocia a la modalidad de pago que se haya establecido en el contrato, de acuerdo con Suárez (2005), por precio global o por precios unitarios; inclusive la frecuencia de pleitos relacionados con desequilibrio es mayor en los contratos de precio unitario fijo. Las teorías o los mecanismos ideados por la jurisprudencia y la legislación

extranjeras para salvaguardar el equilibrio financiero en los contratos, están plasmados en la ley 80 de 1993 de diferentes formas.

De acuerdo con lo previsto por la ley, como se anotó, el contratista es un colaborador en la consecución de los fines estatales. Se debe adelantar su gestión con toda eficiencia y pulcritud para que se cumpla el objeto del contrato, con la buena fe como uno de los principios rectores de su actividad contractual. En consecuencia, está obligado a acatar las órdenes que le sean impartidas y a realizar todo cuanto esté a su alcance para el logro de lo pactado. A su vez tendrá derecho a exigir el cumplimiento de las contraprestaciones acordadas, mediante el concurso de las autoridades competentes. Y no podrá ser constreñido bajo ningún aspecto a renunciar a sus derechos. La ley prohíbe a las entidades usar como medio persuasivo la promesa de celebración de futuros contratos a cambio de la renuncia a tales derechos (Ley 80 de 1993 art. 5°).⁸

Con respecto al equilibrio financiero, el artículo 4° en su ordinal 8°⁹ impone a la entidad oficial el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras en torno a las cuales se efectuó la celebración. Con este propósito debe recurrir al ajuste y revisión de precios, así como a los intereses moratorios, en cumplimiento de la respectiva cláusula que así lo estipule. Se procura, de esta manera, sostener con su valor intrínseco y real las condiciones que determinaron a las partes a celebrar el contrato. Respecto del

⁸ Textualmente el artículo 5° de la Ley 80 en su numeral 3° dice: “Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”. La expresión “concurso” fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁹ Este numeral no fue modificado por la Ley 1150 de 2007.

contratista no solo ha de tenerse en cuenta su carácter de colaborador sino también su legítima aspiración a lograr un provecho, o sea su ánimo de lucro.

Sobre estos mecanismos conviene tener presente:

- a) El ajuste revisión de precios. Se debe pactar en una cláusula dentro del contrato, para el caso en que los factores que inciden en los precios de las obras o servicios aumenten por encima del límite o normal o desciendan más allá de lo previsible (arts. 4º-3 y 8º, 25-13 y 14). Esta última norma obliga a las entidades a constituir reservas y compromisos presupuestales necesarias para atender los compromisos que resulten de la revisión de precios y del pago de intereses por los retardos en el cumplimiento de obligaciones.
- b) Los intereses moratorios. También deben pactarse mediante cláusula especial, para el caso en que haya retardos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La cuantía de los mismos es la señalada por la ley, y a falta de estipulación sobre el particular, la cuantía de los intereses será el doble del interés legal sobre el valor histórico actualizado (ley 80 de 1993, art. 4º-8)¹⁰.
- c) Arreglos directos. De acuerdo con el artículo 27, puede presentarse en el caso en que por causas imputables a la entidad sobrevengan circunstancias que hagan más onerosos el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Un ejemplo puede darse en el caso de la interpretación o de la modificación unilateral del contrato, cuando con

¹⁰ El numeral 8º del artículo 4º fue reglamentado por el Decreto Nacional 679 de 1994 y se encuentra vigente.

tales medidas se hace más gravosa la situación económica del contratista. La administración debe, entonces, efectuar el reconocimiento y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar para mantener el equilibrio financiero (Ley 80 de 1993, arts. 4º-8 y 9, 13, 14-1, 25-5, y 68). En tales casos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, así como reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar.

- d) Restablecimiento del equilibrio financiero. Mediante petición elevada ante la entidad contratante, el contratista podrá solicitar que se restablezca el equilibrio financiero, cuando se haya roto la ecuación económica por causas imprevistas que no le sean imputables. En este caso parecería como si la ley se limitara solamente a evitar las pérdidas para el contratista, ante la ocurrencia de sucesos no atribuibles ni a él ni a la administración (Artículo. 5º-1).

En cambio, cuando el equilibrio financiero sufra ruptura por incumplimiento de la entidad estatal, el restablecimiento debe consistir en que se mantengan las condiciones que existían al momento de suscribir el contrato (Artículo 5º-1).

- e) Igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar. Por último, el artículo 27 de manera expresa consagra la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar.

La citada posición en forma clara estatuye como principio de la contratación estatal el derecho de ambas partes para que se mantenga el equilibrio económico. Y preceptúa que, si llegare a romperse, en el menor tiempo posible, de común acuerdo las partes deben adoptar

las medidas necesarias para su restablecimiento. Estos propósitos se logran en la práctica mediante la suscripción de acuerdos y pactos que hagan cierta la finalidad querida por el legislador (arts. 25°, incisos 13 y 14, vigentes). Para concluir, conviene anotar que el H. Consejo de Estado en diferentes fallos ha venido reconociendo como norma implícita en los contratos de la administración, el derecho al equilibrio financiero.

En el último de los pronunciamientos, la H. Corporación (1996) resuelve con bastante amplitud el problema relativo al equilibrio económico, así:

No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que este pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le genere, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes. De ninguna manera, considera la sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato, comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable, de todos aquellos mayores costos en los que debió incurrir para lograr la ejecución del contrato.

Como puede verse, la sección tercera del H. Consejo de Estado, para restablecer el equilibrio financiero no repara ni establece diferencias en lo relativo a las causas que terminan el rompimiento. A su juicio, basta que circunstancias imprevistas y ajenas al contratista afecten la economía del contrato en su contra, para que la administración se vea obligada a indemnizar, de manera íntegra y total, al contratista.

Tal posición, respetable por la favorabilidad que envuelve para el particular, podría resultar un tanto gravosa e injusta para la administración ya que será siempre la entidad oficial la que deba cubrir los mayores costos producidos por los hechos imprevistos. En estas

condiciones el contratista no asume mayores riesgos, pues siempre estará a salvo de los perjuicios que pudiesen sobrevenirle por causas ajenas a su voluntad.

Sobre la obligación que tienen las entidades oficiales de indemnizar o compensar al contratista por los costos en que incurren para prestación de servicios, suministro de bienes o construcción de obras. Sobre la manera de evitar un enriquecimiento sin causa para la entidad contratante, se pronunció la sección tercera, para reiterar tal posición, con ponencia del H. consejero Juan de Dios Montes, en fallo del 20 de marzo de 1997, expediente 11.933.

- f) Silencio administrativo positivo. Por otra parte, también como salvaguarda de sus derechos la Ley en el artículo 25 numeral 16¹¹, consagra a favor del contratista la operancia del silencio administrativo positivo, para el caso en que, habiendo elevado alguna petición a la entidad contratante, transcurran más de tres meses sin obtenerse respuesta. En estos casos se entiende que la solicitud fue atendida favorablemente.

El valor que se pactó como retribución por ejecutar la obligación contractual debe equivaler al sacrificio del cumplimiento, siempre que la causa nos sea imputable a quien reclama. El numeral 14 del artículo 25° señala inclusive que las entidades oficiales deben incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, y también los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados. El desequilibrio, además, debe afectar el

¹¹ A este respecto el Artículo 15 del Decreto 679 de 1994 establece que las solicitudes que presente el contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el periodo de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia dentro de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.

contrato en forma anormal “haciendo más onerosa la ejecución” (Fallo 14577 de 2003 Consejo de Estado, 2003). Entre las causas de desequilibrio se cuenta la teoría del hecho del príncipe a juicio del Consejo de Estado, tanto la legislación pasada como la actual buscaron proteger la economía del contrato, pero corresponde a la Ley 80 el mérito de hacer eficaces los postulados legales. Sobre este mismo aspecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en 2009 señaló:

La teoría de la imprevisión regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible (Radicación 1.952 , 2009).

Dispone la ley que el contratista puede pedir que se restablezca el equilibrio económico si se afecta la economía del contrato, no solo por perder ganancia justa, sino por daño que debe ser reparado. Igualmente dispone el Consejo de Estado que la doctrina del equilibrio económico del contrato nace de los criterios esenciales de la relación contractual: equivalencia de las prestaciones recíprocas y respeto de las condiciones originales pactadas e integridad de la remuneración del colaborador particular. La corporación indagada por las fuentes del desequilibrio encuentra dos: (1) un acto del Estado, considerado no como parte contractual, sino como autoridad investida de poder público, y (2) ocurrencia de un factor externo y extraño a las partes.

Al primero lo llama, siguiendo a la doctrina francesa, hecho del príncipe, como cuando se crea un nuevo tributo – declara a modo de ejemplo-. Del segundo alude a “circunstancias de hecho que inopinadamente inciden en el contrato afectándolo, a condición

de que no sean imputables a las partes”. Según el Consejo de Estado, es necesario sopesar lo que, con toda precisión, es el equilibrio económico del contrato, que no puede entenderse como “especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato” (Fallo 14577, 2003).

Dentro del concepto de equilibrio económico, los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración que se pactó y a que su valor intrínseco al momento del contrato, se mantenga intangible según lo preceptuado por el artículo 5° de la ley 80 de 1993. De acuerdo con dicha norma, previa solicitud elevada ante la administración, el contratista tiene derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a fin de evitar pérdidas originadas en circunstancias imprevistas no imputables al afectado. Igual derecho le asiste cuando las situaciones que generan desequilibrio son imputables a la entidad contratante. Estos derechos constituyen una verdadera aplicación de viejas teorías en materia de contratación administrativa, conocidas como la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe.

Sobre el particular conviene advertir que la teoría de imprevisión tiene su origen en el derecho canónico. La posibilidad de que el juez pudiese modificar las obligaciones de las partes, ante la aparición de hechos imprevistos, se consideró como un mecanismo para evitar el enriquecimiento sin causa contrario a la moral cristiana. Se sobreentendía que implícitamente las partes habían pactado mantener sus obligaciones acordes con las circunstancias en torno a las cuales se contrató y, en caso de que estas sufriesen variaciones, también debían modificarse los deberes a cargo de los contratantes. Conviene aclarar que se hizo diferencia con la fuerza mayor, constituida por hechos que imposibilitan absolutamente

la ejecución del contrato, en tanto que los hechos en la teoría de la imprevisión, dificultan en extremo el cumplimiento del contrato y tornan ruinosa la situación de quien los padece.

Existe la idea de que nunca un contratista del Estado puede perder económicamente en la negociación, que el Estado siempre garantiza una utilidad, un margen de ganancia. En virtud de ello, se ha prostituido la teoría del restablecimiento del equilibrio contractual, pululan las solicitudes de revisión de precios y se ha olvidado que, al fin y al cabo, la contratación con el estado es una parte muy pequeña de todas las negociaciones comerciales que se realizan en la vida moderna y que, en toda negociación, el riesgo de perder o de ganar es inherente.

La contratación a precio global ha sido menospreciada con el supuesto de que incrementa los costos pues hay que agregar un valor considerable que ampare los posibles riesgos que afronte el contratista, pues no hay reconocimiento por mayores cantidades de obra. Se olvidan que tampoco hay reconocimiento de menores cantidades y que en todo caso, el interesado en proponer debe verificar con mayor cuidado y precaución los estudios y diseños que respalden el proyecto, para determinar las posibilidades de ganancia que obviamente busca, analizando también que un error en esta etapa, corre por su cuenta.

Además de lo anterior, la tesis de que los imprevistos se incrementan con la modalidad de precio global, se cae de su peso cuando en la otra modalidad, la de precios unitarios, se utiliza la figura típica del A.I.U. – Administración, Imprevistos y Utilidades- como si fuera simple adorno, pues en la práctica se presenta un Imprevisto, así esté determinado de antemano su valor, generalmente nunca se imputa a ese ítem y se realizan contratos adicionales para cubrirlo. La situación se complica aún más cuando ese A.I.U. no se

desagrega en sus componentes para dar a cada uno su valor, pues en la práctica el ítem completo se termina liquidando como costo de honorarios por la administración de la obra, es decir, pasa a ser solo A.

Ahora lo que se evidencia con la adopción de los pliegos tipo, es que el AIU se encuentra reglado sin darle la posibilidad al oferente de discriminarlos de una manera distinta a la señalada por la entidad; medida que puede ser anticompetitiva y que condiciona el comportamiento del oferente en establecer un porcentaje específico de los imprevistos, sin poder participar de una configuración diferente. Ahora, no debe descuidarse que cuando se contrate por la modalidad de precio global, la entidad, aquí con mayor razón, debe exigir que los bienes necesarios para la obra o suministro correspondan a una determinada marca, en tanto que, si dejan espacios abierto el contratista, éste los sabrá aprovechar para reducir costos suministrando productos de marcas desconocidas que impliquen al final un incremento de su utilidad, en la mayoría de los casos con perjuicio de la calidad.

En ultimas, la entidad no debe inmiscuirse en los análisis de precios y demás estudios que hace el interesado en proponer. Su deber está en garantizar la selección de un contratista que se muestre serio, con experiencia, con la capacidad financiera suficiente para soportar las demoras en los pagos de las cuentas, con un equipo técnico y personal a disposición de la obra, ya que, con estas condiciones, es de su fuero interno que análisis y consideraciones haya hecho a vez de aceptar el contrato o presentar su propuesta.

También es necesario entender que se está frente a un negocio y por más que los pliegos, los estudios, los planes o los proyectos indiquen que se ha seleccionado la mejor propuesta, los riesgos propios de la negociación pueden materializarse y así como en ninguna

parte está escrito que el contratista particular siempre debe ganar, tampoco en ninguna se dice que la otra parte del otro contrato, no pueda perder. A este respecto es necesario tener en cuenta que el artículo 222 del Decreto 019 de 2012, en desarrollo de la Ley 1474 de 2011 o Ley Anti trámites establece lo siguiente:

Derogase la Ley 598 de 2000, la cual creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios cuas, y el Registro Único de Precios de Referencia PURF, de 105 bienes y servicios de uso común en la Administración Pública. En desarrollo del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, la Contraloría General de la República podrá obtener un análisis de precios de mercado de valor de 105 contratos que se registran en 105 sistemas de información o en 105 catálogos existentes sobre la contratación pública o privada, nacional o internacional; en virtud de lo cual, existirán 105 sistemas de registros de precios de referencia y 105 catálogos que las necesidades de análisis de precios aconsejen, para racionalizar la vigilancia a los precios de la contratación.

Así mismo con respecto a la garantía de generación de utilidades para los contratistas del Estado, la Ley 1150 de 2007 estableció en su artículo 32, referido a la derogatoria del párrafo del artículo 2° de la ley 80, la expresión "además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado". Con lo cual se eliminó esta como una obligación de los organismos del Estado al momento de contratar obras o servicios con particulares. Igualmente, en el marco de la atención de obras en zonas de inundación ocasionadas por la temporada invernal de 2011, el Ministerio de Protección Social promulgó el Decreto 2962 en cuyo artículo 1° se establecen once principios de contratación que se pueden resumir en los siguientes términos:

- Igualdad de trato en los procesos contractuales
- La selección de los contratistas se efectuará siguiendo unos procedimientos previamente establecidos, divulgados y conocidos

- Las actuaciones del agente del Estado se deberán ceñir a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas sus gestiones y de quienes contraten con él.
- Todo trámite contractual deberá corresponder a un plan previo y coordinado.
- En cada uno de los procesos de contratación se tendrá en cuenta el análisis de riesgos, responsabilidad social, protección ambiental y seguridad, efectuándose la tipificación, evaluación y asignación de riesgos.

El decreto también hace referencia a los principios de calidad, economía, transparencia, publicidad, equidad y solemnidad usuales en los demás procesos de contratación del Estado. Puede ocurrir que circunstancias y acontecimientos ajenos a la administración causen un rompimiento de la ecuación contractual, de manera anormal, es decir, en forma tal, que superan el riesgo normal previsible que entraña toda negociación. En este caso también el contratista tiene derecho a que se le reconozcan mayores costos o erogaciones que le generan las circunstancias sobrevinientes. Esto con el fin de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones del contratista, que constituyen el objeto del contrato. Esta modalidad se conoce como la teoría de la imprevisión.

La posición así planteada, vino a constituir un rompimiento con el principio de que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes. En fallo de 23 de mayo de 1938, la H. Corte Suprema de Justicia precisa que esta teoría solamente se aplica a los contratos en ejecución, ya que se trata de mantener el equilibrio financiero.

Como ya se dijo, estas teorías tienen origen en la jurisprudencia extranjera. Según expresa el profesor Georges Vedel en su obra Derecho administrativo, cuando la balanza de las obligaciones pactadas en el contrato se inclina desfavorablemente para los intereses del

contratista, por acontecimientos imprevistos ajenos a su voluntad, se hace necesario que la administración lo indemnice, a fin de restablecer el equilibrio perdido:

En caso de sujeción imprevista, se reconoce el derecho del empresario a indemnización por la totalidad del perjuicio (mientras que, si se aplicase la teoría de la imprevisión, una parte de ese perjuicio se dejaría a su cargo (Vedel, 1980, p. 212)

En los contratos de tracto sucesivo esta teoría solamente se aplicaría cuando se haya pactado una cláusula de revisión de precios; no así a los de ejecución instantánea. Esto se debe posiblemente a que si los hechos ocurren súbitamente es probable que el contrato se consuma o se agote (ejecute) en un solo momento y por lo tanto no pueda cumplirse, caso en el cual no se justifica que la administración concurra al auxilio del contratista, quien debe asumir el alea o riesgo propio de la actividad contractual que como todo negocio envuelve incertidumbre en los resultados. Pero en el caso de producirse unos mayores gastos no imputables al afectado, por lo menos a la luz del derecho colombiano el contratista tendría a su favor la acción contractual para pedir la revisión que le permita un reajuste.

Por otra parte, cuando se aplica la teoría de la imprevisión, no siempre se indemniza la totalidad de los mayores costos en que debe incurrir el contratista, porque como se anotó, él debe asumir parte de los riesgos, ya que en ningún momento la administración se comprometió a garantizarle la totalidad de las ganancias que esperaba. Esta modalidad de la indemnización parcial, se dispuso en el célebre fallo del Consejo de Estado francés en el caso de los tranvías de Cherburgo (Sentencia Cie. de tramways de Cherbourg, 1932). La administración fue obligada a asumir solamente una parte de las mayores cargas que gravaron a la sociedad contratista y para que la situación deficitaria no causase mayores resultados

perjudiciales a esta, el contrato se dio por terminado ante el surgimiento de los buses a gasolina.

El profesor Jean Rivero (2002) refiriéndose a la teoría de la imprevisión dice:

Aquí se toma en consideración el alea económico. Puede suceder que, en el curso de la ejecución, cuando el contrato se desenvuelve sobre una cierta duración, ciertos cambios económicos, extraños a la voluntad de las partes, vengan a imponer al contratante una sobrecarga ruinosa. La ejecución se presenta materialmente posible: si no, habría fuerza mayor, y el contratante quedaría desligado de su obligación; pero esta ejecución se vuelve económicamente desastrosa (p. 141).

En 2002 se presentó en Bogotá el caso de un contrato que no se pudo ejecutar debido a un hecho atribuible totalmente a la entidad administrativa contratante, que proyectó una obra dentro de un predio de propiedad privada. Por lo que incumplió su obligación inicial de entregar al contratista el inmueble dentro del cual debía construir el muro de contención objeto del contrato. El contratista reclamó como indemnización por perjuicios el factor A.I.U., el cual fue específicamente determinado en la propuesta aceptada por la entidad administrativa e incorporado al contrato. Sin embargo, al no ejecutarse la obra, tampoco su administración se llevó a cabo y tampoco se pudieron presentar imprevistos, aunque se le reconoció al contratista derecho al reconocimiento de las sumas que hubiera obtenido como utilidad de haberse realizado la obra (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2004).

Tanto la creación como la modificación y la extinción de obligaciones son situaciones típicas de los contratos, lo cual en contratación estatal implica necesariamente a la administración pública. Estas situaciones se caracterizan todas por ser de la naturaleza del acto jurídico como quiera que su titular pueda exigir derechos derivados de sus efectos.

Dentro de los derechos que tienen las entidades contratantes está el de pedir que se revisen los precios en el evento en que el equilibrio financiero del contrato se vea afectado por fenómenos que surjan durante la ejecución del contrato. Si coincidieran en el tiempo el aumento de los intereses y la reducción en los precios de las materias primas que emplea el contratista para la ejecución de la obra, el contratista vería disminuidos simultáneamente sus costos de financiación del proyecto y de construcción del mismo. Si ese beneficio que recibe el contratista no se trasladara a la entidad contratante, se afectaría el equilibrio financiero del contrato, por lo que en situaciones como esta la administración estaría ante la posibilidad de solicitar la revisión de los precios previamente convenidos.

Si bien ante una situación de esta naturaleza el contratista podría argumentar que se trata de una mayor ganancia derivada de condiciones emergentes presentadas con posterioridad a la suscripción del contrato, tal consideración se descarta si se tiene en cuenta que la misma ley prevé que si ese tipo de circunstancias se presentan en contra de los intereses del contratista, éste podrá entonces solicitar ante el estado el reconocimiento de ajustes al precio contratado. Lo anterior con el propósito de mantener el equilibrio financiero del contrato en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 establece que al celebrar y ejecutar contratos con el estado los contratistas deben considerar que además del propósito de obtener utilidades, deben actuar como verdaderos colaboradores de la administración respecto de sus fines, dado que cumplen una función social que genera obligaciones (Escobar R. , 1998). De la misma manera que corresponde a los servidores públicos que actúan a nombre de las entidades del estado a las que representan ajustar su conducta a las normas

contractuales y legales, cuando quiera que exista interés de particulares en participar de los procesos para la escogencia del contratista sus actuaciones debe también ajustarse a tales normas.

Esto significa que, para poder alcanzar los fines de la contratación estatal, las entidades públicas, requieren del concurso o la participación sinérgica de los particulares, es decir tanto de personas naturales (Artículo 74 del c.c.) como de personas jurídicas (artículo 633 del C. C.). Estas últimas a su vez se clasifican de acuerdo a su objeto social en: a) con ánimo de lucro, como las señaladas en el Código de Comercio; y b) sin ánimo de lucro, las cuales a su vez se clasifican en: corporaciones, asociaciones, y fundaciones (Benavides, 2009).

Por eso, la Ley 80 de 1993 también reguló los derechos y deberes de los contratistas, es decir, de los oferentes o proponentes que eventualmente vayan a participar en un concurso o proceso en la modalidad de selección: licitaciones públicas, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. En efecto, el artículo 5° de la citada Ley, señala que los contratistas tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrá derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista. Igualmente, si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Como parte de ese mismo espíritu, los contratistas también colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que este sea de la mejor calidad. Acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales evitando dilaciones y trabamientos.

Es probable que los contratistas deban a su vez subcontratar a terceros para que se encarguen de parte de la labor contratada o para que suministren insumos o servicios necesarios para la ejecución de los contratos, caso en el cual deben controlar y responder por la calidad de tales bienes y servicios. La Ley también establece que los contratistas podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren (Benavides, 2009).

Para proteger otro de los derechos del contratista, la Ley también establece que las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de este. Así mismo, los contratistas no podrán acceder a peticiones o a amenazas por parte de quienes actúen por fuera de la ley con el propósito de obligarlos a hacer o a omitir algún acto o hecho. Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán cumplir con su deber de informar de manera inmediata de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que se adopten las medidas y correctivos que resulten necesarios. En caso de presentarse

incumplimiento de esta obligación por la celebración de pactos o de acuerdos prohibidos, se dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato (Escobar, 1998).

El hecho del príncipe reside en el acto general (acto-regla), expedido sin consideración al contrato celebrado pero que, en su vigencia, toca necesariamente la economía del contrato. El Consejo de Estado invoca la jurisprudencia española según la cual la doctrina se funda en estos elementos esenciales, (1) provenir de decisión general de índole económica; (2) constituir acto de autoridad eficaz para afectar la economía del contrato; (3) ser imprevisible en el momento de acordar, y (4) crear relación de causalidad entre la norma superior y la alteración de precios o salarios (Fallo 21588, 2002).

Escobar (1998) se refiere a esta figura como aquella que

permite al contratista solicitar el reconocimiento de una indemnización o compensación económica, en los casos en que se presente una ruptura de la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, imputable a una medida general y abstracta que legítimamente adopte el Estado en ejercicio de sus poderes normativos de intervención en la sociedad y en la economía, y que no fue prevista por las partes al momento de celebración del contrato (p. 401)

El Consejo de Estado cita a García de Enterría empleando textualmente sus palabras al sostener que:

El *factum principis*, en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista, da lugar a compensación, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad ya sea normal o anormal. (Fallo 21588, 2002)

La doctrina extranjera insiste en que, además de proveer de disposición imperativa de forzoso acatamiento, el acto de poder debe ser general e imprevisible; esto quiere decir que no toda afectación de valor implica “desequilibrio”. Hay en el contrato un alea “normal” que causa perjuicio común u ordinario, a cargo del contratista y respecto del cual nada puede exigirse porque pertenece al desarrollo normal del contrato. Precisa el Consejo que, no obstante, el restablecimiento no se produce en forma automática, sino que debe establecerse en cada caso.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, la imposición de nueva carga tributaria se considera hecho del príncipe: tiene origen legal, por tanto, es general; al recaer en el contratista lo afecta particularmente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es el sentir de la Corte Constitucional – invocado por el Consejo de Estado –, la nueva constitución incorporó en materia tributaria importantes modificaciones, para superar la inseguridad y la práctica injusta de establecer la ley, intempestivamente, una carga tributaria sin dar la oportunidad a que el contribuyente planeara cómo asumirla. En este sentido dispuso lo siguiente: “las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad” (Constitución Política. Artículo 363, 1991). Además, “Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo” (Constitución Política. Artículo 363, 1991)

Finalmente, el contratista debe probar la ocurrencia del “hecho del príncipe”, en el caso que se examina con copia de la norma que crea nuevo tributo o incrementa el existente

y su efecto sobre las condiciones iniciales del contrato. Con todo, aclara el Consejo de Estado, mostrar el mayor valor del IVA, no prueba el desequilibrio. No resulta notorio que el solo incremento afectó de manera anormal la utilidad esperada por el contratista o que lesionó gravemente el cumplimiento de las obligaciones contractuales al punto de originar detrimento patrimonial que el contratista no debía soportar.

Al respecto, dice el ilustre tratadista, el profesor Georges Vedel (1980) en su obra de derecho administrativo, que simultáneo al poder exorbitante de la administración para modificar las condiciones del contrato en sentido desfavorable al contratista, este tiene derecho a que se mantenga el equilibrio financiero que le permita preservar las condiciones de provecho en torno a las cuales se celebró el convenio. Estaríamos en este caso frente a la teoría del hecho del príncipe, pues en la actividad imputable a la administración donde se origina el desequilibrio. En consecuencia, debe indemnizar en su totalidad por las mayores cargas que debe soportar el contratista como consecuencia de las medidas exorbitantes, todo a fin de conservar el equilibrio de gastos y beneficios previsto al momento de contratar.

También conviene advertir como para los franceses la teoría del hecho del príncipe que es tan favorable al contratista, solo opera por actividades totalmente imputables a la entidad contratante. Si los hechos generadores del desequilibrio se atribuyen a otro organismo oficial distinto de aquel que contrató, tales imprevistos se adoptan como factores que hacen posible la teoría de la imprevisión, con los caracteres variables que ella supone. Un ejemplo de esta situación podría darse cuando un contrato celebrado con el municipio sufre afectación a consecuencia de impuestos de carácter estatal que desmejoran la ganancia del contratista. Se dice entonces, que las mayores cargas no las soporta el concesionario por calidad de tal,

ya que los nuevos tributos inciden en todos los contratistas. Entonces, la indemnización se dará solamente si el perjuicio es anormal y había imposibilidad cierta para preverlo.

El profesor Jean Rivero, citado por Vedel (1980) dice:

El alea examinado aquí, llamado alea administrativo, es aquel que resulta del ejercicio, por la autoridad pública, respecto al contratante, de sus prerrogativas. Cuando la potestad pública (el príncipe) agrava por su hecho, las condiciones de ejecución del contrato, ella puede ser obligada a indemnizar al contratante. La indemnización es entonces integral, es decir, igual al perjuicio sufrido (p. 140).

Sin embargo, se debe tener en cuenta que para que opere el restablecimiento del equilibrio del contrato por el acaecimiento de la alea extraordinaria del Hecho del Príncipe, es necesario que (Escobar, 1998):

- El contratista sufra un detrimento patrimonial que no tiene la obligación de soportar en virtud de la medida oficial adoptada, que puede o bien ser un sobrecosto, o una disminución en la expectativa de utilidad. En cualquier caso, será la situación que tome más onerosa la ejecución del contrato y que altere considerablemente la economía del mismo.
- Exista una relación de causa y efecto entre la medida oficial adoptada y el daño patrimonial sufrido por el contratista. No es necesario que esa relación sea directa, bastando con que sea refleja.
- La ausencia de mora por parte del contratista.

4.5. Análisis de aspectos propuestos.

En relación con el planteamiento que se ha esbozado, en cuanto a redimensionar la perspectiva de la contratación de las entidades estatales, en aras de no concebirla desde los postulados del derecho administrativo, sino desde la gestión pública y el derecho económico,

se plantea no abordarla como un sistema, entendido como un conjunto de reglas y principios, sino comprenderla como una institución, que además de ser conjunto de reglas, sea el elemento estructural del ordenamiento jurídico, mediante el cual el Estado y los particulares creen un mercado competitivo de compra pública, que aplique herramientas de mercado e implemente mecanismos de análisis de costos de transacción en el mismo.

Resulta entonces pertinente analizar algunos conceptos que, si bien la normatividad actual ha pretendido incorporar en la contratación pública, su implementación se ha quedado corta, en la medida en que aún se da prevalencia a aspectos meramente procedimentales.

Un tema de vital importancia, y que refleja una nueva perspectiva de la contratación de las entidades estatales, es la incorporación de la selección objetiva, atendiendo al análisis de costo-beneficio. En este aspecto, al decir del profesor Sunstein (2014), admirar los problemas tiene sus propios costos y beneficios; uno de los beneficios es, mejorar la comprensión del problema y mejorar las prácticas y políticas públicas. A medida que opera el mundo real de las prácticas gubernamentales, el análisis costo-beneficio, en lo público se tiene que recurrir a una lista de métodos y herramientas estandarizados, propios de los documentos públicos vinculantes; razón por la cual conviene mirar la relación costo-beneficio, desde las transacciones y valoraciones. El costo es la resolución del problema, y se debe resolver si el beneficio justifica el costo; así, por ejemplo, la adopción de los documentos tipo, pretendió resolver problemas de corrupción, transparencia y competencia en la contratación pública (Duque, 2019).

Haber admirado el problema de la corrupción, el direccionamiento de los procesos de selección, la falta de transparencia y competencia en los procesos de selección de contratistas,

generó como beneficio la nueva práctica y política pública de la estandarización de los pliegos de condiciones, y cuando la Agencia de Contratación Estatal procedió, entendió que se maximizaban los beneficios con la adopción de los referidos documentos (Sunstein 2014). Otro de los beneficios de la estandarización contractual, es la disminución de los costos de transacción, los que se maximizan por la implementación de la estandarización entre distintas organizaciones, lo que permite el incremento de la competencia entre empresas y facilita la comparación de ofertas. Además, el establecimiento de parámetros transversales y transparentes, permite que el operador de la entidad y el proveedor tengan conocimiento sobre cuáles son las reglas de juego para incentivar el uso de modalidades diferentes a la contratación directa (Duque 2019).

Si bien, los documentos tipo aumentaron la pluralidad de oferentes, no se puede afirmar que hayan reducido los costos de transacción. Lo anterior, por cuanto ha quedado en evidencia, la dificultad por parte de los operadores de las entidades al evaluar la cantidad de ofertas, hecho se genera por la carencia de recurso humano capacitado y suficiente, lo que está representando una dilación en la adjudicación de los procesos, lo que trae como efecto que la satisfacción de la necesidad planteada, se surta más tarde de lo inicialmente previsto. Esto representa un costo bastante alto razón por la cual, se debe repensar, si el beneficio justifica el costo.

El incremento de la competencia entre empresas facilita la comparación de ofertas y, además, el establecimiento de parámetros transversales y transparentes, permite que el operador de la entidad y el proveedor tengan conocimiento sobre cuáles son las reglas de juego para incentivar el uso de modalidades diferentes a la contratación directa (Duque

2019)., sin embargo, no se puede desconocer el impacto que se ha generado al postergar adjudicaciones.

Sin duda alguna, se requiere innovar las instituciones, mejorar la administración pública y su ordenamiento regulador; la alternativa es la innovación, previo estudio de mejores prácticas comparadas (Rivero, 2012). Refiere el autor que se requiere una compra innovadora, por razones de eficiencia, para promover las transformaciones de las empresas, en línea con lo pretendido por las políticas de sostenibilidad ambiental, la utilización de nuevas estrategias organizativas y procedimentales en las adquisiciones con buenos resultados; es decir, un cambio en los modos de gestión. Se requiere una negociación competitiva con un diálogo técnico, un fraccionamiento de contrato para favorecer a las mipymes, promover el pago directo a subcontratistas; gestionar mejor y gastar menos (Rivero, 2012).

El costo del principio de ejecución anual del gasto público consagrado en el decreto ley 111 de 1996, es alto, ello por cuanto la planeación de grandes proyectos de inversión y de infraestructura requiere suficiente tiempo para estructurar tanto el proceso de selección del contratista como la ejecución del contrato, y en muchas ocasiones, cuando resulta conveniente iniciar el procedimiento de selección, los gerentes públicos encuentran como limitante, la vigencia anual respectiva; por ello resulta conveniente analizar el costo de este principio para generar un beneficio que permita la ejecución de grandes proyectos, estableciendo un principio institucional de gasto público que se relacione con el periodo institucional del Gestor Público, formulando planes de desarrollo y presupuestos cuatrianuales.

Con base en lo planteado, y ante el impacto generado por la pandemia del COVID-19, resulta indispensable plantear una nueva dinámica de gestión de la compra pública. Analizando la relación costo- beneficio, pensar en promover fraccionamiento de contratos, para promover el desarrollo de las pequeñas empresas, crear competencias regionales en los contratos que se adjudican a través de procesos de selección con pliegos tipo, crear documentos tipo regionales

En igual sentido, al repensar la contratación pública como una institución, vale la pena entender al Estado como un consumidor, para que, de esta manera, pueda ejercer sus derechos, tal como lo regula la ley 1480 de 2011, y no acudiendo a las “prerrogativas” de las multas y las cláusulas penales, que, en términos de costos de transacción, no generan el mejor resultado costo-beneficio, en la medida en que son trámites muy engorrosos que reflejan resultados al cabo de uno o dos años.

Por lo anteriormente planteado, también conviene, pensar en la desconcentración de la Agencia de contratación del estado Colombiano, Colombia compra eficiente, ampliando su órbita de competencia, y asignándole el conocimiento de los hechos constitutivos de incumplimiento, aplicación de multas y cláusulas penales, aplicación de cláusulas excepcionales con el fin de promover una solución técnica y jurídica de tales eventos, imparcialidad para la resolución de tales conflictos, facilitando una simetría de la información y de la actuación.

No ha resultado favorable que existan regímenes exceptuados del estatuto de contratación pública. Por lo anterior, debe plantearse y adoptarse una vocación universal del

referido estatuto, lo que fortalecerá la regulación económica de esta institución, generando mayores beneficios al interés general.

4.6. Conclusiones del cuarto capítulo

En relación con el modelo de mercado en la gestión contractual, el desarrollo de este capítulo permite concluir que el cumplimiento de las funciones que la Constitución Política le asigna al Estado deriva en la necesidad de celebrar contratos de diferente tipo, dado que las instituciones que constituyen ese Estado no cuentan con toda la capacidad que algunas de esas obligaciones implican. A su vez, la participación del Estado en el mercado genera, afecta, modifica o condiciona dicho mercado, debido a que la misma magnitud de tales contratos conduce a que los agentes del sector real de la economía estén atentos a los procesos de contratación que adelantan las instituciones públicas. Si bien se trata de contratistas directos o de proveedores de éstos, las empresas del sector privado se ven directa o indirectamente afectados por los procesos de contratación estatal, lo que permite afirmar que el Estado, a través de los procesos de contratación, afecta el comportamiento de la economía y de diferentes sectores del mercado.

Esa capacidad de influencia del Estado en el mercado conduce a la necesidad de regular, mediante principios normas, el alcance de esa influencia con el fin de asegurar la necesaria equidad entre las partes contratantes. Adicionalmente, las entidades estatales deben actuar con eficiencia y eficacia al momento de disponer la utilización de recursos públicos.

También se concluye que la autodeterminación, la autorresponsabilidad y el principio de autonomía de la voluntad, son la vía de comunicación entre el régimen público y el régimen privado dentro de la contratación estatal. Así mismo estos fundamentos conducen a

la exigencia de que en los contratos estatales se observen necesariamente cuidadosos procesos de planeación, teniendo en cuenta que tales contratos van a generar un impacto notorio no solo para la institución misma, sino para el mercado en general. La autonomía de la voluntad desde el mercado, debe ser regulada para promover la competencia.

Adicionalmente se concluye que existen diferentes opiniones respecto a lo que se considera como la parte débil o la parte fuerte en la contratación estatal. El contrato es el medio que permite el intercambio patrimonial de bienes y derechos, en desarrollo de la libre autorización de las partes intervinientes que hacen uso de su voluntad como base productora de compromisos por mandato explícito de la ley. Los contratos estatales están sujetos a obligaciones secundarias o auxiliares de conducta para las partes, como son la obligación o carga de legitimidad, de legalidad y de perspicacia y esmero. Desde el punto de vista de las entidades estatales, la autonomía de la voluntad les permite no solamente hacer lo que las normas legales le facultan, sino de manera discrecional todo lo que les está prohibido. En este punto debe tenerse en cuenta que incluso el mismo Estatuto General de Contratación establece que los contratos celebrados por las entidades a las que se refiere dicho estatuto, se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos expresamente regulados por la ley.

Sin embargo, el estatuto de la contratación no pretende sostener la dualidad entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, sino aproximar al contrato estatal a un convenio de voluntades propio del derecho privado, con el fin de minimizar la fragmentación entre el derecho público y privado en materia de contratos, y robustecer la

utilización de las normas dentro del contrato estatal, en la medida en que contiene elementos de ambos regímenes.

En este capítulo también se concluye que, si una conducta es evidentemente anticompetitiva, no se requiere el análisis detallado del mercado para concluir que es ilegal en sí misma. Así mismo, una concentración jurídico-económica tiende a producir una restricción indebida de la libre competencia cuando busca imponer precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse el mercado, como cuando la fusión, consolidación o integración de empresa pueda determinar precios inequitativos para los competidores o los consumidores.

En el caso de los contratos estatales, cuando las licitaciones y concursos involucren una gran parte del total de las compras de cualquier segmento de la economía, también pueden ser objeto de los mecanismos que buscan prevenir o evitar situaciones que perjudiquen a los contratistas. Una situación típica es el establecimiento de requisitos técnicos, jurídicos o económicos que solamente pueden ser cumplidos por un solo proponente en perjuicio de los demás interesados.

Sin embargo, también pueden presentarse limitaciones a la competencia cuando son los oferentes los que realizan acuerdos tendientes a dejar por fuera de los procesos concursales a otros competidores, o para retirarse durante el proceso de evaluación de ofertas con la intención de dejar como única opción a otro participante. Este tipo de prácticas anticompetitivas pueden afectar tanto a la empresa estatal contratante, como al mercado mismo, en la medida en que propician o pueden propiciar un mayor nivel de gasto público.

En igual sentido, se concluye que la gestión contractual pública es una institución, que determina las reglas que deben seguir quienes en ella participen. Razón por la cual le son aplicables los postulados de la Nueva Escuela Institucional, y aún más en lo que guarda relación con los costos de transacción, circunstancia en virtud de la cual, es evidente que la contratación de las entidades públicas no requiere reformas de tipo legal ni procedimental, sino institucional, para que no sea una actividad simplemente administrativa enfocada en procesos, sino con una visión de negociación, de decisiones gerenciales que maximicen el valor del dinero público.

5. Conclusiones generales

En este apartado se sintetizan las conclusiones identificadas en los diferentes capítulos que componen este trabajo.

En primer lugar, se evidenció que el objetivo de la compra se enmarca dentro de los presupuestos de la justicia, en la medida en que conlleva distribución de recursos, restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y un marco institucional. Existe una estrecha relación entre justicia y economía, dado que en la contratación pública confluye el interés general que racionaliza la autonomía de la voluntad y fortalece las instituciones.

Entre el contrato y la justicia hay una relación permanente, no existe una sola teoría de justicia ni un solo modelo económico de eficiencia. La contratación como institución considera que las instituciones son un factor vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el mercado. Conviene entonces la armonización de economía y derecho, con base en los postulados del Neoinstitucionalismo, en donde la gestión contractual pública funge en un escenario de mercado retando al sistema tradicional sustentado en los presupuestos del derecho administrativo y de la legalidad básica.

El Estado brinda un producto para asignarlo y redistribuirlo de mejor manera por medio del contrato, como presupuesto de equilibrio en las decisiones de gestión contractual pública. Se debe entonces hablar de gestor público y no de un ordenador de gasto dentro de la Comprensión jurídica y económica para que las decisiones se construyan fundamentadas en derecho, con efecto de mejor asignación; esto implica armonizar el modelo de justicia y el modelo económico.

El contrato estatal goza de una preminencia que se concreta en las cláusulas excepcionales que ponen el interés común por encima del interés individual. La existencia de diferentes niveles dentro del poder ejecutivo genera atribuciones para contratar dentro sus funciones y competencias. Así mismo, la necesidad de que el Estado se coloque en las mejores circunstancias para alcanzar los bienes y servicios que requiere para cumplir su función, hace que el contrato estatal sea un elemento separado del derecho común.

En la actualidad las tareas del Estado se ven influenciadas por el mercado, razón por la cual se deben adoptar medidas que racionalicen la gestión contractual de la administración pública, por lo que conviene adoptar herramientas de mercado, como los documentos tipo que sirven como un pequeño empujón frente a las decisiones que se deben adoptar en ejercicio de esta actividad, pero se hace necesario analizar el costo que genera la estandarización de las condiciones del mercado de compra pública o si conviene regionalizar los documentos tipo para promover mejores prácticas a nivel territorial.

La contratación estatal desde el derecho administrativo, tiene una insuficiente relación con la gestión pública, ya que entiende el proceso contractual desde aspectos puramente procedimentales alejados del mercado. Por lo que se necesita repensar la institución de la contratación pública, para enfocarla en términos de resultados, como una gestión ejecutada dentro de un mercado, en procura de una mayor optimización y racionalización de la contratación estatal, del sistema de compras públicas, como institución y herramienta para la concreción y prevalencia del interés general.

El Estado Constitucional es principio supremo, que se puede usar directamente sin que requiera ningún desarrollo legal, debido a su fuerza vinculante inmediata. En Colombia

su aplicación y observación está sujeta al control de la Corte Constitucional. Por lo tanto, conviene replantear la naturaleza jurídica de la gestión contractual del Estado para contar con una herramienta de gestión pública dinámica, flexible y moderna. Se requiere una reforma institucional en la administración, adaptada al momento actual, más cercana al mercado.

En Colombia el proceso de contratación estatal se estructura en el derecho fundamental del debido proceso, en virtud de la Constitución Política. Esa condición obliga a que los contratos estatales cumplan con mecanismos de participación ciudadana, publicidad, eficiencia, economía, transparencia, celeridad y etapas probatorias. Es necesario redimensionar el concepto del debido proceso en materia de contratación estatal, para que se comprenda el análisis de los costos de transacción durante la conformación de los contratos y se entiendan como decisiones económicas y se modernice el sistema de contratación de acuerdo con la evolución del mercado.

Para algunos autores, el contrato estatal se asemeja a los actos administrativos, aunque en estos existe unilateralidad de voluntad y en los contratos existen manifestaciones autónomas de voluntad. El debido proceso debe considerar la precisión de las fases a seguir para tomar determinaciones en relación con la contratación pública. Este principio impone que los procedimientos contractuales eviten el seguimiento de trámites distintos y adicionales a los previstos o que permitan acogerse a defectos de forma o incumplimiento de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

En virtud de la autonomía de la voluntad, la conmutatividad del contrato compromete los derechos a la ecuanimidad para el contratista. El Estado no puede celebrar contratos en donde el precio pactado difiera de manera sustancial de las condiciones del mercado. La

autonomía de la voluntad no se puede argumentar para celebrar contratos contrarios a leyes o normas de cumplimiento obligatorio, o contrarias a las buenas costumbres y el orden público. El hecho de que el Estado tenga la facultad de imponer cláusulas excepcionales es utilizado por algunos autores para afirmar que el contrato estatal se aproxima a la modalidad de contrato de adhesión. En igual sentido, cuando se habla de la autonomía de la voluntad comprendida desde el mercado, ésta se debe regular para no generar prácticas contrarias a la competencia que redundan en la pluralidad de oferentes, la libre concurrencia y la selección objetiva.

A su vez, la participación del Estado en el mercado genera, afecta, modifica o condiciona dicho mercado. Las empresas del sector privado se ven directa o indirectamente afectados por los procesos de contratación estatal, por lo que el Estado afecta el comportamiento de la economía y de diferentes sectores del mercado. Esa capacidad de influencia del Estado en el mercado conduce a la necesidad de regular el alcance de esa influencia. En este sentido, la autodeterminación, la autorresponsabilidad y el principio de autonomía de la voluntad, son la vía de comunicación entre el régimen público y el régimen privado dentro de la contratación estatal. Dichos fundamentos conducen a que en los contratos estatales se observen necesariamente cuidadosos procesos de planeación, dado que tales contratos generan un impacto notorio para la institución misma y para el mercado en general.

Existen diferentes opiniones respecto a lo que se considera como la parte débil o la parte fuerte en la contratación estatal. Los contratos estatales están sujetos a obligaciones secundarias o auxiliares de conducta para las partes, como son la obligación o carga de

legitimidad, de legalidad y de perspicacia y esmero. Los contratos celebrados por las entidades del Estado se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos expresamente regulados por la ley.

Si una conducta es evidentemente anticompetitiva, no se requiere el análisis detallado del mercado para concluir que es ilegal en sí misma. Una concentración jurídico-económica tiende a producir una restricción indebida de la libre competencia. En los contratos estatales, cuando las licitaciones y concursos involucren una gran parte del total de las compras de cualquier segmento de la economía, pueden ser objeto de los mecanismos que buscan prevenir o evitar situaciones que perjudiquen a los contratistas. Debe regularse la autonomía de la voluntad de las entidades para que favorezca la libre competencia y cuando los requisitos de un pliego de condiciones sean contrarios a ello, que se sancione a la entidad por esta indebida práctica.

También pueden presentarse limitaciones a la competencia cuando son los oferentes los que realizan acuerdos tendientes a dejar por fuera de los procesos concursales a otros competidores, o para retirarse durante el proceso de evaluación de ofertas con la intención de dejar como única opción a otro participante. La gestión contractual pública es una institución, que determina las reglas que deben seguir quienes en ella participan, por lo que le son aplicables los postulados de la Nueva Escuela Institucional.

Referencias bibliográficas

- Accatino, D. (2015). La "teoría clásica" del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial. *Revista chilena de derecho*, 35-56.
- Acosta, J. (2016). Las cláusulas abusivas-Evolución hacia una noción. *Verba luris*, 36-63.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (22 de Enero de 2004). *Documento de Relatoria 173 de 2004*
Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11311>
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2007). *Decreto 195*. Bogotá: Por el cual se reglamenta y se establecen directrices y controles en el proceso presupuestal de las Entidades Descentralizadas y Empresas Sociales del Estado.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2018). *Decreto 662*. Bogotá: Por el cual se reglamenta y se establecen directrices y controles en el proceso presupuestal de las Empresas Distritales.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R (1997). *Justicia como corrección*. Universidad Christian Albrecht de Kiel.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

- Amado, J. (2018). *Actuaciones administrativas en el marco del derecho administrativo global - Estudio de casos-*. Bogotá: Universidad Libre.
- Amazo, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Estudios Socio-Jurídicos*, 181-203.
- Ángel, L. (2016). Autonomía de la voluntad¿ Decadencia o auge? *Verba luris*, 18-35.
- Angulo, J. (2012). *Riesgo de oportunismo del Gobierno en el sector eléctrico colombiano". Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Apaza, D. (2014). El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) visto desde los escenariosjurisprudenciales de la Corte ConstitucionalUna interpretación Ficta de laAdministración Pública. *Criterios*, 7(1), 81-143.
- Arango, M. (2016). Causa legal de los términos injustos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 243-266.
- Araque, A. (2017). *Relación del acto administrativo y el contrato estatal desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos en Colombia*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.
- Ariño, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de administración pública*, 79-102.
- Aristóteles. (2008). *Ética Nicómaco*. Buenos Aires: Gradifco.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Imprenta Nacional.

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política. Artículo 363*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho-teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Ayala, J., & González, J. (2001). *El neoinstitutionalismo, una revolución del pensamiento económico*. México.
- Báez, M. (2011). La autonomía de la voluntad de las parte en el contrato dec onsortios y uniones temporales. Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, 67-80.
- Barreto, A. (2018). *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis.
- Barzelay, M. (2003). La Nueva Gerencia Pública: invitación a un diálogo cosmopolita. *Gestión y política pública*, 12(2), 12-24.
- Bayona, J. (2013). *La relación entre los principios de autonomía de la voluntad y la legalidad en la contratación estatal colombiana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Benavides, J. (2009). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bentham, J. (1789 [2008]). *Los principios de la Moral y la Legislación*. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A.
- Bernal, C. (2009). *Normatividad y argumentación jurídica, en interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: ARA Editores.

- Bernal, F. (2008). *Derecho administrativo*. Bogotá: Escuela superior de administración pública.
- Bernal, F. J. (2010). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública ESAP.
- Bozeman, B. (2006). *Public values and public interest: Counterbalancing economic individualism*. Georgetown, Estados Unidos: Georgetown University Press.
- Buitrago, J. (2016). *La eficiencia de la función pública en la contratación en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bustos, M. (2016). Aproximación a la estructura sistemática del derecho administrativo económico colombiano. *Justicia juris*, 12(1), 27-39.
- Cassagne, J. (2009). *Derecho administrativo, Tomo II*. Bogotá: Editorial Abeledo Perrot, Pontificia Universidad Javeriana.
- Cassagne, J. (2013). *El acto administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- Castro, A. (2015). *La discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública*. Bogotá: Universidad Nuestra Señora del Rosario.
- Castro, C., García, L., & Martínez, J. (2010). *Teoría general de la contratación estatal*. Bogotá.

- Castro, E. (2016). *Importancia de los principios de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Chaves, J. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Redalyc*, 91-134.
- Chávez, A. (2008). *Los convenios de la administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Circular 02. (2000). *Por medio de la cual se crea un régimen general y especial de integraciones*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Coase, R. (1998). The new institutional economics. *American Economic Review Papers and Proceedings*, 88, p. 72
- Colombia Compra Eficiente. (2014). *Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación*. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacion.pdf
- Congreso de Colombia. (1998). *Ley 472*. Bogotá: Por medio de la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia.
- Congreso de Colombia. (1998). *Ley 489*. Bogotá: Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189.

Congreso de Colombia. (2000). *Ley 598*. Bogotá: Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración.

Congreso de la República. (1993). *Ley 80*. Bogotá: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Congreso de la República. (2003). *Ley 819*. Bogotá: Por la cual se dictan normas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1437*. Bogotá: Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1474*. Bogotá: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Consejo de Estado. (1991). *Expediente 6582*. Bogotá: Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado. (1996). *Multas contractuales - Oportunidad para imponerlas/Viigencia del contrato estatal - Imposición de multas / Suspensión Provisional - Procedencia*.
Obtenido de <http://occp.co/sites/all/files/Consejo%20de%20Estado%20-%20Multa%20-%20Ricardo%20Hoyos%20Duque.pdf>.

Consejo de Estado. (1997). *Revocatoria directa de actos administrativos proferidos por la administración*. Obtenido de consejodeestado.gov.co:

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/116/S3/23001-23-31-000-1998-08976-01 \(26140\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/116/S3/23001-23-31-000-1998-08976-01 (26140).pdf)

Consejo de Estado. (2000). *Radicación 1263*. Bogotá: Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado. (2007). *Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. 3 de diciembre*. Bogotá: Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2007). *Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá: Consejo de Estado.

Consejo de Estado. (2008). *Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715)*. Bogotá: Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2011). *Radicación 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)*. Bogotá: Consejero Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. (2014). *Sentencia Rad. 05001-23-31-000-1998-01350-01 (28.565)*. Bogotá: Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

Contrato de seguro - Inaplicación del equilibrio de la ejecución contractual, 1011 (Consejo de Estado 14 de Agosto de 1997).

Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Derecho y economía*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-046*. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-154*. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-230*. Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. (1997). *C-154*. Bogotá: Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-949*. Bogotá: Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-826*. Bogotá: Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Cruz, J. (2010). *Derechos sociales: Clasificaciones, normas, acciones y fines en interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: ARA Editores.

Dávila, G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80*. Bogotá: Legis.

De la Puente, M. (1983). *Estudios del contrato privado*. Lima: Cuzco Editores.

De Vega, G. (2005). *La discrecionalidad administrativa Temas de derecho*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- De Verda, J. (2015). Estudio de la extinción del mandato desde un punto de vista jurisprudencial. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 517-532.
- Decreto 1302. (1964). *Por el cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Decreto 2430. (2011). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se crea la Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley de Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Decreto 4170. (2011). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficientes, se determinan sus objetivos y estructura.
- Del Saz, S. (2002). *Las transformaciones del derecho administrtrivo alfinal del siglo XX*. Madrid: La administración pública española.
- Delgado, M. (2014). *La educación básica y media en Colombia: retos en equidad y calidad*. Bogotá: Fedesarrollo.
- DNP. (2012). Instrumentos para la gestión pública territorial por resultados. *Guías para la gestión pública territorial*, 11, pp. 5- 72.
- Domínguez, R. (2012). *Teoría general del negocio Jurídico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Dromi, R. (2014). *Prerrogativas y garantías administrativas*. Tucumán: Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino Católica de Tucuman.

- Drucker, P. (1996). *Su visión sobre: La administración, La organización basada en la información, la economía, La sociedad*. 1996: Norma.
- Dueña, T., & Brand, J. (2012). *Estado administrativo y de modernización de la gestión pública en el municipio de Quibdó*. Pereira: Universidad Libre.
- Duguit, L. (1926). *Las transformaciones del derecho público*. Madrid, España: Francisco Beltrán.
- Duque, J. (2019). *Los beneficios y retos de la adopción de pliegos de condiciones tipo. En el Libro Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Madrid: Editorial Ariel S.A.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.
- Escobar, R. (1998). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Expediente 24897. (2012). *Consejo de Estado*. Bogotá: Acción de controversias contractuales- Sala de lo contencioso administrativo.
- Expediente AI-046. (2000). *Consejo de Estado*. Bogotá: Nulidad por inconstitucionalidad - Sala Plena de lo contencioso administrativo.
- Fallo 14577, 73001-23-31-000-1996-4028-01 (Consejo de Estado 29 de Mayo de 2003).

Fallo 14577 de 2003 Consejo de Estado, Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577) (Consejo de Estado 29 de Mayo de 2003).

Fallo 21588, Radicación número 52001-23-31-000-1998-0340-01 (Consejo de Estado 5 de Julio de 2002).

Fandiño, J. (2014). *La contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

Fantova, F. (2008). *Manual para la gestión de la intervención social. Políticas, organizaciones y sistemas para la acción*. Madrid: Editorial CCS.

Fernández, I. (2015). *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*. Armenia: Universidad La Gran Colombia.

Fernandis, J. (1959). *Comentarios a la obra El contrato de Gino Gorla*. Barcelona: Casa Editorial.

Figuerola, M. (2016). *Autonomía de la voluntad*. San Juan de Puerto Rico: Dykinson.

Flórez, J., Betancur, A., Sánchez, D., Tabares, f., Ayala, L., Castaño, S., & Suárez, S. (2016). Sanciones Jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia. *CES Derecho*, 42-54.

Forero, D. (2016). *Contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por entidades públicas, entre el régimen público y privado*. Bogotá: Universidad del Rosario.

García, C., & Martínez, E. (1968). *Derecho administrativo, Tomo II*. Madrid: Editorial E.I.S.A.

- García, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, 159-208.
- García, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de administración pública*, 99-130. Obtenido de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2113075.pdf>.
- García, E., & Fernández, R. (1983). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- García, L. (2018). *La autonomía de la voluntad privada en la ejecución del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Gaustini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. . *Neoconstitucionalismo*, 49.
- Gherzi, E. (1991). El costo de la legalidad: una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho. *Themis*, pp. 5-14.
- Gómez, G. (2017). *La conexidad contractual y sus efectos sobre la extensión del pacto arbitral a los vinculados no signatarios*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez, I. (2013). *El derecho de la contratación pública en Colombia Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013*. Bogotá: Editorial Legis.
- Gómez, M. (2012). Las contradicciones del proceso de constitucionalización del derecho. *Derecho Público*. Biblioteca jurídica Diké.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo: Parte general*. Lima: ARA editores y F.D.A.

- Gordillo, A. (2015). *Tratado de derecho administrativo parte general*. Bogotá: Biblioteca jurídica Diké.
- Grajales, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*.
- Guasch, J. (2007). *La prestación de servicios públicos: el uso de concesiones y asociaciones público-privadas*. Lima: Banco Mundial.
- Guecha, C. (2010). *Contratos administrativos control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Guerrero, L., Sanabria, J., & Serrano, E. (2017). *Implicaciones de las reglas de subsanabilidad en los procesos de contratación estatal en Colombia*. Cúcuta: Universidad Libre.
- Guerrero, O. Nuevos modelos de Gestión Pública, (2001). *Revista digital universitaria* Volúmen 2 No 3. Unam. México
- Hernández, J. (2016). Cuestionamientos a la estructura ya la actual cultura del paradigma de la nueva gestión o gerencia pública. *Revista Ciudades, Estados y Política*, 3(1), 95-116.
- Hernández, J. A., & Chumaceiro, A. (2013). Estado, Gestión Pública y Participación Ciudadana desde la Modernidad y Postmodernidad. *Gestión y Gerencia*, 7(1), 66-80.
- Hevia, M. (2008). Ensayo sobre el libro. Kronman El derecho de los contratos y la justicia distributiva. *Revista Isonomía.*, 29, pp. 177 - 191.

- Hinestrosa, F. (1986). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hitscherich, J. (2015). *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Jarquín, E., & Losada, C. (2009). Aportes de las ciencias de gestión (management) a la reforma del estado. En C. Losada (Ed.), *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado* (pp. 1-7). Washington: BID.
- Jiménez, F. (2014). Autonomía de la voluntad? En S. Turner, & J. Varas, *Estudios de Derecho Civil* (pp. 379-391). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Jiménez, F. (2016). ¿Por qué obligan los contratos? *Ius et Praxis*, 531-540.
- (Justicia Distributiva y Economía: Una perspectiva ética. Lecturas de economía No 53. Medellín, julio-diciembre de 2000)
- Kaplow, L. (2019). On the design of legal rules: balancing versus structured decision procedures. *Harvard Law Review*, 132, pp. 993-1065.
- Kelsen, H. (1992). *Compendio general de teoría del Estado*. México: L. Recasens, & J. Azcárate, Trads.
- Laguna, J. (1995). *La renuncia de la administración pública al derecho administrativo*. Madrid: Unirioja.
- Lancheros, J. (2009). *Del estado liberal al estado constitucional, implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

Leonhard, C. (2013). The Unbearable lightness of consent in contract law. *Case wertern reserve law review* , 57-90.

Ley 1150. (2007). *Congreso de la República*. Bogotá: Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictas otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Ley 1340. (2009). *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Bogotá: Congreso de la República.

Ley 1437. (2011). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Ley 1450. (2011). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

Ley 1474 . (2011). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 155. (1959). *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre practicas comerciales restrictivas*. Bogotá: Congreso de la República.

Ley 80. (1993). *Congreso de la República*. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

- Londoño, D. (2014). *La posición dominante en el mercado financiero colombiano: visión crítica del sistema a la luz de las normas internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- López, J. (2012). *Los contratos parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- López, M. (2016). *Autonomía de la voluntad y normas imperativas. Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*. Madrid: Civitas.
- Lucán, M. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret*.
- Mardones, C. (2014). La autonomía de la voluntad en el derecho comparado los nuevos paradigmas de la contratación moderna. Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, nece. *Revista de Derecho*, 79-100.
- Marienhoff, M. (1965). *Tratado de derecho administrativo Tomo III, contratos de la administración pública, teoría general y de los contratos en particular*. Buenos Aires: Ediciones Glem.
- Márquez, O. (2007). La nueva gestión pública contractual: Del contrato estatal de Ley 80 de 1993 al instrumento de gestión pública de Ley 1150 de 2007. *Jurídicas*, 95-125.
- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Matilla, A. Santofimio, J. Santaella, H. (2013) *Ensayos de derecho público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- May, M., & Mariane, F. (2007). *Infraestructura en America Latina y el Caribe*. Washington: Banco Mundial.
- Mazeaud, H., & León, J. (1978). *Lecciones de derecho civil, obligaciones: El contrato, la promesa unilateral*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ministerio de Comunicaciones. (2007). *La Estrategia de Gobierno En Línea y el Proyecto Gobierno En Línea Territorial – GELT*. Bogotá: Ministerio de Comunicaciones.
- Ministerio de Gobierno. (1993). *Nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Miranda, A. (2016). Régimen general de libre competencia. Seminario sobre la aplicación de la política de la competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. *Universitas*, 29-42.
- Molteni, G. (2006). Principales aportes de la Nueva Economía Institucional (NEI) y sus críticos. *Revista Valores en la Sociedad Industrial*, 67, pp. 8-19.
- Monroy, A. (2014). *Tres enfoques teóricos de las reglas por defecto en el derecho de contratos*. Bogotá: Serie de Derecho Económico. AED, nuevas vertientes y diferente aplicación. Universidad Externado. Número 3.
- Monroy, N. (2017). *Acciones constitucionales frente a la contratación estatal. Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Alto Estudios.

- Moreno, K. (2016). *La contratación estatal como papel fundamental en la gestión pública*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Naranjo. (2014). *Los convenios administrativos de asociación e interés público, entre el ejercicio del poder discrecional de la administración y la aplicación de los principios de la contratación estatal en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- OCDE. (2013). *Estudios sobre gobernanza pública. Colombia-implementación del buen gobierno*. Washington: OCE.
- Olías, B. (2001). *La nueva gestión pública*. Madrid: Editorial Pearson.
- Ortega, C. (2018). Gestión pública del siglo XXI y sus pilares principales: ética y gobernanza. *Revista Colombiana de Contabilidad-ASFACOP*, 6(11), 105-119.
- Ospina, A. (2014). *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: XV Jornadas- Universidad Externado de Colombia.
- Otálora, Y. (2017). La protección de la capacidad a través de la autonomía de la voluntad en el Derecho chileno y comparado. *Revista de Derecho Privado*, 13-49.
- Papayannis, D. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pardo, J. (2014). *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Peña, R. (2016). *Teoría general del proceso 2da. ed*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Perea, A. (2013). *Regulación de la competencia económica y contratación pública*. Quibdó, Chocó: Periódico Noti-Cámara de la Cámara de Comercio de Quibdó.
- Pereira, E. (2015). “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* , 69-136.
- Petit, E. (1997). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Medellín: Editores Abogados Asociados.
- Pinzón, S. (2013). *Estrategias de gestión urbana orientadas a reducir las condiciones de vulnerabilidad en el Municipio de Girardot - Cundinamarca*. Girardot: Universidad Piloto de Colombia.
- Platon. (1986). *La República*. Madrid: Espasa.
- Prats, J. (2011). *Derecho y managment en las administraciones públicas*. Obtenido de dialnet.uniroja: <http://dialnet.uniroja/servlet/articulo?codigo=273968>
- Presidencia de la República. (1995). *Decreto 2150*. Bogotá: Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
- Presidencia de la República. (1996). *Decreto 111*. Bogotá: Por el cual se complian la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Presidencia de la República. (2011). *Ley 4170*. Bogotá: Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente - se determinan sus objetivos y estructura.

Presidencia de la República. (2015). *Decreto 1082*. Bogotá: Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Procuraduría General de la Nación. (2010). *Recomendación para la elaboración de estudios previos: Aplicación del principio de la planeación en la contratación de las entidades públicas*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Procuraduría General de la Nación. (2012). *Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Quintero, D., & Merolla, A. (2012). *Interacción de los principios funcionales de la administración pública en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Quiroga, E. (2017). *La interpretación Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Radicación 1.952 , 11001-03-06-000-2009-00033-00 (Consejo de Estado 6 de Marzo de 2009).

Radicación 16432. (2010). *Consejo de Estado*. Bogotá: Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

- Radicación 17009. (2008). *Consejo de Estado*. Bogotá: Magistrado ponente Dr. Enrique Gil Botero.
- Ramírez, O. (2012). *Mecanismos para combatir la colusión en licitaciones: efectos de las decisiones sancionatorias sobre el proceso licitatorio en Colombia*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Ramírez, O. (2014). *Mecanismos para combatir la colusión en licitaciones: efectos de las decisiones sancionatorias sobre el proceso licitatorio en Colombia*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Ramos Acevedo, J. (2003). *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rawls, J. (2002). *Teoría de la justicia*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Rentería, C. (2016). La nueva democracia y el control de agencia para la eficacia en la gestión pública colombiana. *Revista Ciudades, Estados y Política*, 3(3), 36-60.
- Rey, P. (2016). El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad. *Vniversitas*, 227-270.
- Rezzonico, J. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
- Rivera- Sotelo, A. (2011). El utilitarismo de Jeremy Bentahm ¿fundamento de la teoría de Leon Walras? *Cuadernos de economía*, (30) 55, pp. 55-76.
- Rivero, J. (2002). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Rivero, R. (2012). *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Colección: Estudios y Documentos.*
- Roczek, V. (2016). *El sistema de contratación pública en Colombia: Análisis etnográfico de la ley.* Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rodríguez, C. (2016). *¿El orden público es una limitante a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales?* Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez, C. (2016). *El régimen de contratación estatal colombiano en relación con las asociaciones público privadas y la infraestructura pública nacional.* Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Rodríguez, J. (2014). Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas. *Revista AFDUDC*, 23-34.
- Rodríguez, J. (2014). La ética materialista en el utilitarismo. *Cuadernos de Ciencias Políticas*, 6, pp. 91 - 101.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho Administrativo General y colombiano.* Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (2002). *Derecho administrativo general colombiano.* Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez, L. (2010). *Derecho Administrativo, General y colombiano.* Bogotá: Editorial Temis.

- Rodríguez, S. (2017). *Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la corrupción*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Romero, C., & Guio, T. (2015). *Análisis de los procesos de contratación pública desarrollada en el municipio de San Luis de Gaceno Boyacá y la vinculación de la comunidad en dichos proceso*. Tunja: Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD.
- Rosero, B. (2011). *Contratación Estatal, Manual teórico práctico* . Bogotá: Ediciones de la U.
- Rozas, J., & De Miguel, P. (2015). *Derecho internacional privado: textos y materiales*. Madrid: Civitas.
- Rueda, C. (2018). *Eficacia y eficiencia legislativa en materia de contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Saavedra, J. (2015). Autonomía contractual: libertades y límites. *Revista crítica de derecho privado*, 601-652.
- Safar, M. (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho Colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado.
- Salgado, O., & Rodríguez, Y. (2017). La garantía en el contrato interadministrativo, un imperativo para evitar el riesgo al patrimonio del Estado. *Revista Via Iuris* , 61-85.

- Sanabria, I. (2017). *El equilibrio económico del contrato estatal como derecho, no como principio*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sánchez, C. (2004). *Acto administrativo teoría general*. Bogotá: Editorial Legis.
- Sánchez, L. (2010). *La ecuación económica y financiera de los contratos estatales dentro del marco de la ley de contratación pública, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Santamaría, J. (2002). *Principios de derecho administrativo, Volumen II*. Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces. S.A.
- Santofimio, J. Barnés, J. Ibagón, M. (2016). Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann. Universidad Externado.
- Santos, J. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho*, 133-144.
- Sarabia, J. (2016). *La ley de contratación pública y el principio constitucional de la libertad de contratación*. Bogotá: Universidad Libre.
- Sarmiento, E. (2016). La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado*, 189-211.
- Seminario internacional de derecho administrativo. (1995). El contencioso de los contratos. Medellín: Seminario internacional de derecho administrativo.

Sentencia 03. (2007). *Consejo de Estado*. Bogotá: Consejera ponente: Ruth Stella Correa-Palacio.

Sentencia 14275 (05229). (2006). *Consejo de Estado*. Bogotá: Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

Sentencia C-186. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia Cie. de tramways de Cherbourg (Consejo de Estado Francés 9 de Diciembre de 1932).

Sentencia Expediente 10.151, Expediente 10.151 (Consejo de Estado. Sección Tercera 9 de Mayo de 1996).

Sentencia T-507. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Serrano, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Suárez, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del Derecho Administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Suárez, D. (2011). *Los principios de legalidad y de proporcionalidad en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado en la contratación estatal*. Universidad de la Sabana.

- Suárez, G. (2005). *Mejores prácticas en la contratación estatal*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Sunstein, C. (2014). El verdadero mundo del análisis de costo-beneficio: 36 preguntas y (casi la misma cantidad de respuestas). *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, 1, pp. 7-56.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (septiembre de 2013). Prácticas restrictivas de la competencia. Obtenido de SIC: <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas>
- Urueta, J. (2010). *El contrato de concesión de obras públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Vargas, J. (2005). Análisis de fundamentos de la Teoría Institucional. *Revista Digital Universitaria*, 6(8), pp. 2-21.
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo. Sexta traucción*. Madrird: Aguilar Ediciones.
- Vedel, G. (2012). *Derecho administrativo*. París: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Velandia, M. (2013). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, C. (2014). *Los costos de transacción y el crecimiento de la economía*. Universidad Iberoamericana.
- Vidal, J., & Agudelo, C. (2016). *Aporte de la estrategia Gobierno en la Calle de la administración del municipio de Manizales a la concepción de la nueva gestión pública*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

Yournes, D. (2007). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.

Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos. El tribunal constitucional y la política*. Madrid: Trotta.

Zuluaga, D., & Marín, J. (2013). Estado constitucional: marco institucional esencial para la comprensión de los límites de la reforma constitucional. *Criterio Jurídico*, 141-169.