

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LA EJECUCIÓN DEL
CONTRATO ESTATAL**

LAURA MARCELA GARCIA CABANA

DIRECTOR:

SAMUEL YONG SERRANO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
BOGOTÁ
2018**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Justificación.....	6
1.3. Metodología.....	7
1.3.1. Técnicas de investigación propuestas.	7
1.3.2. Tipología de investigación propuesta.....	8
2. MARCO CONCEPTUAL	9
2.1. Formulación del problema de investigación	19
3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	20
3.1. Conmutatividad del contrato y autonomía de la voluntad	21
3.2. La autonomía de la voluntad y capacidad de contratación.....	23
4. ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	29
5. MANIFESTACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO	47
5.1. Aspectos generales	47
5.2. El caso de FONADE	53
6. CONCLUSIONES	59
6.1. RESULTADOS OBTENIDOS.....	59
6.2. RECOMENDACIONES.....	60
6.3. CONCLUSIÓN GENERAL.....	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

RESUMEN

Este trabajo pretende identificar el límite en la aplicación de la autonomía de la voluntad durante la ejecución del contrato estatal que hacen parte del régimen exceptuado. La metodología empleada inicia con la exposición del concepto de autonomía de la voluntad en la contratación estatal, para lo cual se considera la conmutatividad de los contratos y la manifestación de la capacidad de contratación que refleja la autonomía de la voluntad. Así mismo se debate el subyacente constitucional inmerso en la autonomía de la voluntad.

A continuación, se examina la aplicación de esos elementos la fase de ejecución del contrato estatal y se hace referencia al caso concreto de FONADE, entidad que, como se menciona en este apartado, se encuentra exceptuada de la jurisdicción del Contencioso Administrativo

Palabras claves: autonomía de la voluntad, contrato estatal, ejecución del contrato.

ABSTRACT

This work aims to identify the limit in the application of the autonomy of the will during the execution of the state contract that are part of the exempted regime. The methodology used begins with the exposition of the concept of autonomy of the will in the state contracting, for which the commutativity of the contracts and the manifestation of the contracting capacity that reflects the autonomy of the will is considered. Thus, the underlying constitutional immersion in the autonomy of the will is debated.

Next, the application of these elements is examined in the execution stage of the state contract and reference is made to the specific case of FONADE, entity that, as mentioned in this section, is excepted of the jurisdiction of Administrative Contentious.

Key words: autonomy of the will, state contract, execution of the contract.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

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)¹

A través de la Ley 80 (1993) se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; esta Ley en su artículo 5° definió en su momento los derechos y deberes de los Contratistas a través de seis incisos, que han sido modificados posteriormente por la Ley 1150 (2007), por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, con lo cual las condiciones vigentes hasta entonces se vieron modificadas.

En el caso de 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, 2015). 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 mecanismos que permitan hacer ajustes del contrato; si, por ejemplo, se trata de la construcción de soluciones que involucren aspectos técnicos

¹ 22 proyectos de concesiones viales sufrieron 281 cambios desde su fecha de adjudicación hasta enero de 2014, las que se refieren generalmente a mayores requerimientos de inversión, es decir a obras adicionales a las previstas inicialmente. (Benavides, 2014)

complejos, se podría utilizar un árbitro experto en este tema, pactado dentro del contrato para solucionar las diferencias de criterio.

La administración, como contratante, en su intención de cumplir con uno de sus fines, esto es, prestar satisfactoriamente servicios públicos, goza de derechos y preferencias como se desprende del artículo 4º de la ley 80 de 1993, en sus numerales 1º a 7º los cuales establecen que las entidades estatales en el ejercicio de la actividad contractual podrán, según el caso: Exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado; adelantar gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar; solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato; adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos; promover acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado; repetir contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual (Hincapié, Muñoz, & Rendón, 2017).

Otro aspecto de responsabilidades en esta fase de ejecución tiene que ver con las garantías, así como los aspectos relacionados con la programación de pagos, haciéndose necesaria una actitud proactiva que tienda al mejoramiento de los procesos administrativos, lo que demanda de funcionarios expertos en tales manejos. Así mismo en esta fase se hace muy importante evitar el abuso del poder sancionatorio que se haya previsto en el clausulado contractual (Mora, 2016), por lo que debe buscarse emplearlos con buen sentido de la proporcionalidad y de la oportunidad.

Con respecto al equilibrio financiero, el artículo 4º en su ordinal 80 (1993), el cual no fue modificado por la Ley 1150 (2007), 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 (Veloso & Donoso, 2015). Respecto del 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 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)

Sobre el particular conviene advertir que la teoría de imprevisión tiene su origen en el derecho canónico (Restrepo J. , 2016). 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 daba por entendido 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.

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 concorra 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. (Fernández, 2016)

El profesor Rivero 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. (Rivero, 2002, pág. 141)

En desarrollo de la autonomía de la voluntad, 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)

1.2. Justificación

Usualmente la fase de ejecución de los contratos tiene una duración más prolongada que la fase precontractual. Eso hace que se puedan presentar situaciones que no puedan preverse con anticipación, y que pueden ser de índole técnico, económico, fiscal, entre otros. Cuando surgen tales coyunturas, las partes se ven abocadas a dificultades que pueden afectar la ejecución de la obra o los servicios objeto del contrato.

Ante esa nueva realidad, la autonomía de la voluntad juega un papel determinante en la búsqueda de soluciones que permitan superar los inconvenientes y garantizar la función que la entidad contratante debe cumplir por mandato constitucional o legal, pues al fin y al cabo ese es el propósito de todo contrato estatal. La legislación protege al contratista con el fin de que no sea solamente a costa suya que se creen las nuevas condiciones necesarias para restablecer el equilibrio contractual que se diseñó en la fase precontractual. Así mismo, esa misma legislación dota a las entidades estatales de instrumentos jurídicos a través de los cuales se garantice la prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos individuales.

De alguna forma, durante la ejecución de los contratos se pueden presentar entonces eventos en los que se pone en evidencia la existencia de intereses y de fuerzas que, desde cada posición, tienen el potencial de impedir el cumplimiento del objeto contractual. Sin embargo, la experiencia acumulada

del Estado en el manejo de esas situaciones ha permitido la creación de instrumentos legales y jurisprudenciales, además de que se cuenta cada vez con más elementos doctrinales sobre el tema.

Este trabajo se propone entonces examinar esos instrumentos, teniendo como foco de interpretación el concepto de autonomía de la voluntad. Con ese propósito se desarrollan seis capítulos, incluyendo la presente introducción; el segundo capítulo presenta el marco conceptual y la formulación concreta del problema. A continuación, se profundiza en el concepto de autonomía de la voluntad aplicada a la contratación estatal y el capítulo quinto se enfoca de manera específica en la aplicación de ese principio en la fase de ejecución de los contratos. El capítulo final presenta los resultados obtenidos, las recomendaciones y la conclusión general.

1.3. Metodología

1.3.1. Técnicas de investigación propuestas.

El proceso analítico parte de la exposición del concepto de autonomía de la voluntad en la contratación estatal, lo que incluye el análisis de la conmutatividad de los contratos y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como manifestación indispensable de la capacidad de contratación. Posteriormente se realiza el análisis del sustento constitucional inmerso en la autonomía de la voluntad.

A partir de la exposición y análisis de esos conceptos fundamentales, se procede a examinar su aplicación en la fase de ejecución del contrato estatal y se hace referencia al caso concreto de FONADE.

1.3.2. Tipología de investigación propuesta.

El carácter jurídico de esta investigación exige tener en cuenta el sistema de fuentes de derecho que rige en Colombia; de acuerdo con Bluhum (2012), este sistema corresponde a la Pirámide de Hans Kelsen, en donde la Constitución se constituye en la norma de normas y de origen primario de otros actos, como son la ley, la jurisprudencia y los decretos y los actos administrativos.

En concordancia con esa exigencia, el trabajo incluye todas esas fuentes, las cuales se traen a colación en la medida en que resultan pertinentes para cada una de las fases del proceso investigativo descrito arriba. El desarrollo del trabajo incluye necesariamente y como eje central, la posición crítica que permite aprovechar el ejercicio exploratorio para construir un documento coherente con los antecedentes arriba planteados y con la pregunta de investigación que se formula en el próximo capítulo, cuya respuesta amplia se constituye en el objetivo central de este ejercicio analítico.

2. MARCO CONCEPTUAL

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, 1983, pág. 679).

Señalan los citados autores 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, a 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 homologo 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 clausula. 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 es 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.

Es bien sabido que los contratos buscan la creación, modificación o extinción de obligaciones. Para el caso de los contratos estatales, dichas obligaciones implican que uno de los sujetos que se encuentra atado a este vínculo sea la administración. Así, el contrato estatal se enmarca dentro de los actos jurídicos toda vez que produce efectos en derecho los cuales pueden ser demandados por el titular.

De acuerdo con lo previsto por la ley, como se anotó, el contratista es un colaborador en la consecución de los fines estatales; 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. 5º).²

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 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 13). Esta última norma obliga a las entidades a constituir reservas 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).

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 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

² Textualmente el artículo 5º de la Ley 80 en su numeral 3º 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.

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. 5°-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 5°-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).

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 a 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.

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 (2000) 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”.

El Consejo de Estado cita a García de Entrerría 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. 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.

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.

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 R. , 1999):

- El contratista sufra un detrimento patrimonial que no tiene que no tiene la obligación de soportar en virtud de la medida oficial adoptada, que puede o bien ser un sobre costo, o una disminución en la expectativa de utilidad,

que en cualquier caso 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.

Además de las situaciones que afectan el equilibrio contractual, se pueden presentar otras situaciones. Por ejemplo, en cuanto a los efectos que tiene la detección de prácticas de colusión se encuentran el rechazo de las propuestas presentadas por los proponentes correspondientes, la declaratoria de nulidad del auto mediante el cual se hay dado apertura al proceso, la suspensión de la licitación y la declaratoria de desierta de la misma. Cuando esa detección se presenta durante la fase posterior al proceso de adjudicación, valga decir, durante la ejecución del contrato, se podrá demandar el acto de adjudicación y eventualmente se puede decretar su nulidad.

En cuanto a los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre asuntos relacionados con posición dominante en los procesos de contratación pública, esta institución ha indicado que, la elaboración de los pliegos de condiciones es una etapa vulnerable que puede prestarse para manipulaciones; dentro de las prácticas más comunes se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios y los futuros proponentes, con el fin de direccionar la adjudicación. Se tiende a implantar un precio de oferta muy bajo, garantizando así la adjudicación, para que al mismo tiempo se establezcan posibilidades dentro del contrato para restaurar su equilibrio o extender su tiempo de ejecución, entre otras conductas (Superintendencia de Industria y Comercio).

Además, se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para intervenir administrativamente en los procesos de

contratación del Estado con el fin de procurar el restablecimiento de la libre competencia entre los oferentes, alterado ya sea por actos colusorios o por la actuación indebida de los funcionarios de las entidades públicas en acuerdo con alguno de los oferentes. Las facultades con que cuenta la SIC le permiten establecer medidas de carácter preventivo, como la definida en la Resolución 44649 de 2010 mediante la cual la autoridad que pretenda expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá realizar la evaluación de la posible incidencia de este sobre la libre competencia. Y cuando los procesos de investigación logran demostrar que durante los procesos de contratación se ha incurrido en prácticas contrarias a la libre competencia, las medidas que se pueden adoptar incluyen el rechazo de las propuestas presentadas por los proponentes correspondientes, la declaratoria de nulidad del auto mediante el cual se abrió el proceso, la suspensión y la declaratoria de desierta de la licitación, así como la demanda del acto de adjudicación, cuando la detección se presenta durante la ejecución del contrato. Sin embargo, la suspensión preventiva de los procesos licitatorios no está considerada dentro del marco normativo vigente.

La renegociación y más particularmente la figura de la revisión de los precios en los contratos administrativos con el propósito de mantener el equilibrio económico tiene su origen en la necesidad de romper con la rigidez del principio de ejecución a riesgo y ventura del contratista frente a las inestabilidades de las variables macroeconómicas que afectan la ejecución del contrato, sin que ello suponga la violación de otros principios de funcionamiento de la administración pública, especialmente el principio de la legalidad presupuestaria, en el sentido de tener certeza previa del valor de las prestaciones a cargo de la administración en un contrato (Buendía, 2016). Sin embargo, los fenómenos inflacionarios de la economía a principios del Siglo XX, especialmente acentuados por la primera guerra mundial, mostró que era evidentemente imposible que los contratos de la

administración pública se pactaran con un precio cierto, generándose la necesidad de contar con mecanismos para que la administración pudiera asegurar la ejecución de la obra y el contratista a su vez recibiera a cambio un precio justo. (Chiriboga, 2016)

De acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia C-300, 2012), se entiende que la posibilidad de renegociar y modificar contratos de concesión se da con el fin de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Estas posibilidades existen y son necesarias en virtud de la consideración aceptada por la Corte de que las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a que no es posible prever todas y cada una de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto contractual; dentro de las circunstancias y los elementos que se involucran en el contrato de concesión y que pueden generar la necesidad de renegociar las condiciones inicialmente establecidas se pueden mencionar especialmente las condiciones técnicas de la obra y las condiciones económicas del país, cuya situación futura resulta en ciertos aspectos imposibles de predecir plenamente durante la fase precontractual.

2.1. Formulación del problema de investigación

¿Cuál es el límite en la aplicación de la autonomía de la voluntad durante la ejecución del contrato estatal?

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

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 el Artículo 40 de dicha Ley, 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), e igualmente, 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.

3.1. Conmutatividad del contrato y autonomía de la voluntad

Como primera medida, la conmutatividad del contrato estatal compromete los derechos a la ecuanimidad para con el contratista (Sarmiento, 2016), ya que éste 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), ya que 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 E. , 2016), ya que las partes siendo inflexibles a la aplicación de dicho principio y sus términos, necesariamente requieren, tanto en la fase precontractual, en el instante de 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 (1999) 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 (Escobar, 1999).

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, acarreando 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 que 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.

3.2. La autonomía de la voluntad y capacidad de contratación

Las entidades pueden solemnizar contratos y convenios que posibiliten la autonomía de la voluntad y conminen la ejecución de los objetivos estatales. Dentro de los contratos que solemnicen las entidades estatales 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, al instaurar que todo individuo está acreditado para ejecutar las actividades que no se encuentren explícitamente vedadas por la ley. Aunque este derecho constitucional instaure por si 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.

A 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 solemnizar 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 judicial (Jiménez, 2016). El principio de la autonomía de la voluntad de las partes, a causa de que el impulsor de todo vínculo contractual, es el 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, 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). De esta forma, así los particulares desean convenir estipulaciones opuestas a las mínimas instauradas por la ley laboral, estas estipulaciones serán ineficientes, ya que éstas se cimentan en la obligatoriedad del Estado de amparar al trabajador, buscando realizar a satisfacción la labor social que implanta el Estado Social de Derecho.

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, ya que 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 con relación a 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, avalar el principio constitucional de igualdad con relación a las obligaciones públicas, amparar 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 instaure 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, e 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 (López M. , 2016).

Este principio, dentro del ordenamiento jurídico se presenta básicamente bajo la noción de constituir el permiso que se le concede a los particulares para realizar y solemnizar 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 (2010), 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, pág. 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), sin 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 con relación a la negociación de tipo jurídico que los vincula. (Bayona, 2013)

De acuerdo con López (2012) perteneciente a la escuela clásica, quien manifiesta lo que se menciona a continuación.

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 (López, 2012, pág. 62).

Con relación a 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.

4. ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Aunque, la autonomía de la voluntad, brinda a los intervinientes del negocio jurídico una libertad que, analizada desde la percepción individualista, únicamente le atañe a las partes, sin embargo, bajo esta libertad se posibilita y se avala que las negociaciones jurídicas que nacen de los vínculos privados consigan conservar una estabilidad, con relación a los requerimientos públicos o sociales, logrando un provecho común entre los intervinientes y generando impactos de naturaleza pública (Sarabia, 2016). Por lo tanto, la Constitución Política brinda una base a este principio en su artículo 333, el cual se propaga a los vínculos jurídicos privados, el cual señala, lo que se menciona a continuación.

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).

El principio de libertad estipulado en el artículo anteriormente mencionado, brinda a las partes de un contrato una libertad que no puede pasar por encima del bien común, que se constituye en el límite para que se puedan dar los vínculos entre particulares, sin detrimento de los intereses generales, estos vínculos no pueden exceder las probabilidades expresadas en un negocio jurídico

establecido que posee de manera implícita el principio de la autonomía de la voluntad, que le posibilita a las partes reglamentar sus intereses propios, sin detrimento del bien general (Báez, 2011).

Con relación al principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, se puede señalar que en el artículo 40 de la Ley 80 (1993), muestra la influencia de este principio para la ejecución de los contratos con entidades estatales, de acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia C-230, 1995) (1996) (Sentencia C-154, 1997) (Sentencia C-949, 2001), igualmente, es considerado como el principio fundamental de los vínculos negociales del Estado, con el fin de conseguir que el convenio contractual se cimente en la autodeterminación y la autovinculación de las partes (Bendeck, 1992)

En Sentencia del 07 de octubre de 2009, la Sala Constitucional efectuó relevantes anotaciones con relación al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, que a continuación se enuncian.

En efecto, uno de los pilares decisivos de las convicciones compartidas en occidente es la autonomía personal (Locke, 2006) que en materia contractual se revela en el postulado kantiano de la autonomía de la voluntad o autonomía privada (Diez & Gullón, 1982), conforme al cual de la libertad se desprende que el hombre sólo se obliga por su propia voluntad, o lo que es igual, se trata de la manifestación de la voluntad dirigida de manera consciente y reflexiva a la producción de efectos jurídicos (Carbonnier, 1960). De ahí que ésta no sea sólo un parámetro de vida en sociedad sino también fuente de los derechos subjetivos que se observan bajo los artículos 1495 y 1602 del (Código Civil Colombiano, 1873) y base de la interpretación de los contratos en el artículo 1618 del (Código Civil Colombiano, 1873). Autonomía de la voluntad que había sido reconocida por la jurisprudencia administrativa, mucho antes de su consagración expresa en la Ley 80 como “núcleo esencial del negocio

jurídico” (Sentencia julio 2, 1998) en sus diversas manifestaciones. Importa para el asunto sub lite, sólo resaltar lo concerniente a la libertad negocial, norma medular del régimen de las obligaciones, según la cual las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar también condiciones negociales particulares, conforme al artículo 1602 (Código Civil Colombiano, 1873), ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones (Sentencia Octubre 15, 1997). Por manera que como en el derecho común, la administración también puede pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario (Expediente 4303, 1988).

Huelga decir que como en el derecho común, la autonomía de la voluntad, en el contrato estatal también está limitada por el derecho positivo, sólo que en este caso el legislador está motivado por un móvil particular: El reconocimiento de la función administrativa contractual (Flórez, y otros, 2016). De modo que este principio no es absoluto y así lo ha reconocido de vieja data la Sala, sobre la base de que ésta no puede contravenir normas con fuerza de ley (Expediente 6582, 1991) de donde la capacidad de los sujetos contratantes en principio sólo puede ser limitada por la ley.

En pocas palabras, no quiere decir que la autonomía contractual sea entendida como un dominio restringido sobre el cual las partes pueden de forma improcedente concretar totalmente el asunto de que trata el contrato, sino que puede ser limitado solamente por el legislador, conforme a lo estipulado por los artículos 32 y 40 de la Ley 80 (1993).

Bajo este panorama, y teniendo en cuenta los límites de la autonomía contractual en la contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil, ha estimado lo que se menciona a continuación.

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 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 (Radicación 1.263, 2000).

De esta forma, la ley le concede a la administración con relación a la autonomía contractual, múltiples potestades para solemnizar y convenir con determinada libertad, (sin que conforme un mando indeterminado) las estipulaciones que pertenecen de acuerdo con la clase de negocio elegido y teniendo en cuenta las reglas del derecho privado, siempre y cuando, no haya determinaciones legales que manifiesten lo contrario. Por lo tanto, sólo el legislador tiene la facultad y el poder de restringir el alcance de la autodeterminación de los individuos que intervienen dentro de un vínculo negocial, limitación que se basa en el hecho de que los contratos estatales tienen

el propósito de amparar el interés general y el patrimonio público (Consejo de Estado, 1997).

Como dimensión fundamental del principio de autonomía de la voluntad se encuentran el artículo 32, que señala lo que se menciona a continuación.

Artículo 32: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación (Ley 80, 1993).

Estos artículos, dejan ver el principio de la autonomía de la voluntad como la base donde se cimenta 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).

Aunque el principio de la autonomía de la voluntad, no únicamente muestra el lado de la autonomía de la libertad contractual para elegir clases o completar su asunto. La entrega 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, conceptos descritos por Rezzonico (1999, pág. 167) que señala que estos conceptos 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 como la autodeterminación es una expresión libre del contratante. Con relación a la autorresponsabilidad, Rezzonico (1999) describe la autorresponsabilidad 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, y 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, y la Ley 1150 (2007), en su artículo 3 del decreto 2474 de 2008, y sus 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).

Sin embargo, se debe señalar de la misma forma que en el derecho privado acerca del principio de la autonomía de la voluntad, ya que la persona no es comparable con la administración pública, aunque, si se puede asimilar la forma o método como las personas y el mercado a nivel general dirigen sus intereses, para notar que no es absurdo usarlas en el ordenamiento jurídico en la gestión pública teniendo en cuenta los principios de la eficiencia y la eficacia (Prats, 2011). De tal forma, que es trascendental manifestar que teniendo en cuenta el avance del desarrollo administrativo, se está concertando el método de los procedimientos de atribución de potestades discrecionales o en ciertas ocasiones de la autonomía, para brindar la flexibilidad o agilidad que se necesita de la parte administrativa de los empleados públicos con el fin de impedir un Estado lento en sus procesos ofreciendo de manera tardía los requerimientos de la sociedad (Jiménez, Autonomía de la voluntad?, 2014).

Por lo tanto, el principio de la autonomía de la voluntad, es la faceta que le posibilita a las personas “elegir” lo que ellos consideren conveniente, dentro de los términos que le implanta tanto la Constitución como la ley, y esta facultad que tiene de elegir, definir o de iniciativa no es extraña para la administración pública y primordialmente para el derecho administrativo con las denominadas potestades discrecionales, las cuales no pueden ser consideradas como un artilugio para el ingreso del abuso de autoridad y la insensatez (Leonhard, 2013); en cambio representar aquel límite de determinación que debe poseer la administración pública para afrontar determinados intereses que la ley, por determinación manifiesta o por falta de normatividad concreta, posibilita al empleado público sin que ello refleje improcedencia o falta de control, sino como

lo manifiesta Gabriel de Vega (2005), se debe comprender como un método que posibilita avanzar por parte de la administración con los objetivos del Estado Social de Derecho, de acuerdo con lo que se 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).

De igual manera, Manuel Restrepo (2012) señala acerca de la obligación de acondicionar el derecho administrativo a esta nueva idea de administración pública:

Esta reflexión parte de considerar que la ley ya no puede ser tenida tan solo como la norma abstracta y general que contiene en sí la *ratio* de toda decisión administrativa, sino que es también el apoderamiento, de cada administración de un ámbito de decisión propio y autónomo, en relación con el cual la gran tarea jurídica está en definir el aporte del derecho al

buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone. (Restrepo, 2012, pág. 32)

De esta forma, una nueva noción de administración pública ha requerido una nueva redefinición o establecer un nuevo espacio para la comprensión del derecho administrativo, la utilización de la autonomía de la voluntad como cimiento del contrato estatal, no es otra cosa que compaginar el derecho administrativo, en lo relacionado a la gestión contractual, con un nuevo método de gestión pública (Ronderos, 2011).

En cuanto a la autonomía de la voluntad con relación al 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 principio conjunto. Una parte de la doctrina, reconoce en la contratación a la parte débil con 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 corrompidos 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 consideración de los convenios contractuales y de comprobación de los contratos, 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, e 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 posible 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, etc. (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 solemnización 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, ya que, de no ser así, se conseguirán fines diferentes o se perjudicará la solemnización o 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 contemplarlo por haberlo deseado (De Verda, 2015). Así como 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, así como las estipulaciones que este posea, sino lo que restringe es la autorización para terminar el contrato sin forma o establecimiento de estipulaciones, persiguiendo su ejecución. También se 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), ya que 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).

Los contratos pueden comprender los tipos, los requisitos y las cláusulas que las partes estimen adecuadas, siempre y cuando no vayan en contra de la Constitución, la ley, el orden público y con los principios y propósitos del estatuto. Así se busca fomentar la capacidad de gestión y administración de los empleados públicos para la ejecución de los propósitos delegados a la entidad estatal, asignándoles una gran autonomía, pero dentro del marco de un riguroso sistema de compromiso y responsabilidad encadenado, ya que no tiene que ver con un mando estatal indeterminado, sino que de igual forma, los contratistas poseen derecho a que haya una igualdad dentro del contrato. (Domínguez, 2012)

De esta manera, lo que se ha debilitado no es la noción que se posea del contrato, sino el principio de la autonomía de la voluntad, por desear igualar la voluntad privada con la ley, sin admitir que la energía preceptiva de las cláusulas, no se deriva únicamente de la voluntad de los contratantes, sino igualmente de la distinción que les efectúa el ordenamiento jurídico. (Figuerola, 2016)

Los ordenamientos jurídicos que posee una organización cimentada en el principio de legalidad, deben poseer una discrecionalidad administrativa, donde la norma pertinente no defina el comportamiento a seguir, sino que podrá definir si debe o no actuar, y si lo hace, elegir en qué dirección y qué disposiciones usará, y de esta manera *“en la actividad administrativa discrecional, el órgano tiene elección en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales de dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia”* (Dromi, 2014, pág. 42).

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 solemnización 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 constitutivos a la práctica de la autonomía privada, comprendidas como aquellas obligaciones donde el individuo, habiendo elegido entre múltiples intereses propios, uno en particular, realizan trabajos y sacrificios (acciones requeridas) para lograrlo, bajo esta opción, y 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 y 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, no se consiguen sino únicamente bajo el requisito de que el convenio se haya solemnizado legítimamente, y que la admisión de las pautas normativas, en base a 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. Y las buenas costumbres, hace referencia a la moralidad, es decir, las ideologías propias con relación a 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 el asunto de este, 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, ya que 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), y la instauró 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 cimenta en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, al ejecutar el procedimiento de contratación, se requiere ajustarse a los principios impuestos (heterónomas) u obligatorias que han sido instauradas para llevar a cabo dicho proceso, ya que 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. Con relación a lo cual la Corte Constitucional manifestó lo que se enuncia a continuación.

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, por lo tanto, no sería oportuno sanearse por confirmación de las partes, debido a que fue generado con objeto y causa ilícita. (Rodríguez, 2016)

El contrato estatal es de manera determinante un contrato administrativo, aun existiendo las normas generales del derecho común o privado que también le son ajustables, porque, de una parte, intervienen dentro de los contratos estatales el ordinal 2° del artículo 14 de la ley 80 las reglas de exorbitancia observadas en el nuevo estatuto, y de otro parte, así en los demás contratos estatales que no contengan dicha exorbitancia, el interés general debe evidenciar la solemnización y realización, 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. Diferencias que 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 J. , 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), con 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, aunque asociados por cooperación de gestión estatal y con una semejanza fragmentariamente factible, porque dentro del contrato estatal, tiene un papel importante un 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) donde se señaló que, no se puede equiparar el contrato estatal con los que solemnizan los particulares, porque el contrato estatal es de manera sobresaliente de adhesión, es decir, donde una de las partes, en este caso la administración, no posee las mismas capacidades, ya que cuenta con poderes exorbitantes, es más, que se encuentran de manera implícita en su contenido, de análisis, 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 que se señala a continuación.

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, pág. 69).

Esa diferencia se genera desde que la administración pública realiza de manera unilateral las estipulaciones de la contratación, y 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)

5. MANIFESTACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

5.1. Aspectos generales

Desde los inicios de la actividad contractual por parte del Estado, ésta ha sido normada, y cada principio de los diferentes que ha reglamentado el asunto de la contratación estatal, ha precisado la esencia de los contratos estatales, e igualmente las reglas que se deben seguir y bajo las cuales un contrato se establece como estatal, y las técnicas y estipulaciones que se deben integrar en este. Con el surgimiento de la Ley 80 de 1993, bajo la cual se estableció que se le posibilitaba a la administración todo tipo de contratos previstos en el derecho privado, en principios especiales o los originados de la práctica de la autonomía de la voluntad, de la misma manera, con el proyecto de ley que se busca establecer en el Congreso de la República ratifica la observación de la autonomía de la voluntad dentro de los contratos estatales y fomenta la preponderancia del ordenamiento privado dentro de los mismos (Lee, 2015).

De lo que se puede extraer que la Ley 80 instauró unos principios orgánicos para definir la esencia del contrato estatal, indicando que son contratos estatales todos los actos jurídicos que produzcan compromisos que son solemnizados por las entidades estatales, de igual forma, esta clase de contratos son reglamentados por los preceptos civiles y/o comerciales (Rodríguez L. , 2013). Determinación trascendental que obvió la noción de contrato administrativo y que asintió que indistintamente del sistema que reglamente el contrato, cuando sea solemnizado por una entidad pública, se constituirá en un contrato estatal.

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, es decir 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 con relación a los temas de los contratos estatales, ya que éstos de igual manera constituyen un convenio de voluntades que poseen particularidades concretas ya que deben cumplir con ciertas atribuciones; sin embargo, no dejan de constituir un contrato que como convenio compromete a las dos partes, con esta ley se robusteció el principio de la autonomía de la voluntad y busca penetrar aún más dentro del derecho público sobre el derecho privado, aunque el contrato 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.

Con ello se busca respaldar la permanente y eficaz prestación de los servicios públicos y para una concreta realidad en cuanto a los derechos e intereses de la comunidad, de esta forma 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, buscando minimizar la fragmentación entre el derecho público y privado en cuanto a los contratos, y se robustezca una utilización de manera sincronizada 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 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 tácitamente

reglamentado, 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 llevará a cabo cuando no haya normatividad manifiesta dentro del estatuto contractual, pero para ser aplicable lo anteriormente mencionado, 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).

Y con relación al 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 solemnizan 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 solemnizados 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, ya que esta autonomía sostiene la carga del principio de legalidad correspondiente a dichos contratos, y 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, 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, por lo tanto 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 la solemnización de un contrato donde media una entidad estatal no puede dejar de lado la satisfacción del interés público.

Con base en 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, por lo tanto, y con relación a 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, lo que 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).

Con relación a la autonomía contemplada en el Estado, ésta halla sus límites dentro de ciertas determinaciones constitucionales como son las normas que dirigen la labor administrativa en los artículos 2.6 y 209 de la carta política, que buscan que la autonomía considerada para las partes, no se transforme en abuso o sencillamente deseo de la administración.

Bajo el artículo 2 de la constitución política, el cual señala los propósitos básicos del Estado a los que debe someterse la práctica de la función administrativa. De otro lado el artículo 209 de la misma constitución, menciona unas normas que debe reconocer el practicar la labor administrativa. Dichas normas no pueden ir en contra de la autonomía de la voluntad que se encuentran estipuladas bajo la Ley 80, debido a que no buscan terminar con ésta, sino únicamente instaurar un marco donde la autonomía de la voluntad pueda progresar.

En el artículo 6 de la constitución política se estipula el principio de legalidad, donde 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; discrecionalidad que 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, porque 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.

Como resultado de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, no hay límites en cuanto al tipo de contratos que las organizaciones estatales y los particulares puedan solemnizar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, incluyendo los contratos atípicos. También posibilita que las partes intervinientes realicen acuerdos que permitan el cumplimiento del contrato. Todo esto buscando

posibilitar la realización del contrato, y buscando cumplir con los propósitos del Estado, que son la prestación adecuada de los servicios públicos, el amparo a los derechos humanos y la marcha apropiada de éstos teniendo en cuenta la concepción social.

Dentro del contrato estatal, existen igualmente límites para la autonomía de la voluntad con las cláusulas excepcionales, que le posibilitan al Estado amparar el interés público a través del establecimiento de poderes que quiebran la igualdad de las partes y ubican a la parte administrativa en una postura aventajada (Navarro & Rivera, 2012).

5.2. El caso de FONADE

Dentro del Manual de Supervisión e Interventoría de FONADE (2017) se señala como uno de los deberes de la institución el de “vigilar la correcta y oportuna ejecución del objeto contratado. Proteger los derechos de la Entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.” (pág. 7). El cumplimiento de lo anterior supone el seguimiento de la totalidad de los contratos que celebra la entidad, o que explica la creación de las figuras de supervisión e interventoría de contratos, regulada por los artículos 82 a 85 de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con el mismo Manual:

El interventor es una persona natural o jurídica contratada por la Entidad para controlar, exigir, colaborar, absolver, prevenir y verificar la ejecución y el cumplimiento de los bienes, obras y servicios contratados, con base en los principios establecidos en las leyes, decretos y demás normas aplicables, así como en los documentos que rigen la relación entre la Entidad contratante y el contratista. (FONADE, 2017, pág. 7)

Se tiene previsto que el anticipo entregado por FONADE al contratista, obliga que sea destinarlo en forma exclusiva a la ejecución del contrato, de acuerdo con el programa de inversión aprobado por la interventoría. Para esta entidad, el contrato es *“el acuerdo celebrado entre la Entidad y el oferente seleccionado en el cual se fijan el objeto contractual, los valores, cláusulas contractuales que rigen la naturaleza de los trabajos, derechos y obligaciones de las partes y los plazos para su legalización, perfeccionamiento, ejecución y liquidación”* (FONADE, 2017, pág. 13).

Así mismo se prevé el periódico seguimiento de disponibilidad y aplicación de recursos económicos al desarrollo del objeto contractual, así como el saldo en las cuentas en entidades financieras o de fiducia, además de que se establecen las responsabilidades derivadas de la no presentación de informes dentro de los plazos indicados por parte del contratista o la presentación de los mismos de manera que la entidad considere como no conforme.

A su vez, el Estatuto de Contratación de la misma entidad (FONADE, 2016) prevé que la adición del contrato es

Modificación de un Contrato en ejecución cuando se requiere la adición de elementos previstos en el Contrato inicial, en cuanto al alcance del objeto, su valor para cubrir su costo o el plazo para lograr su oportuna ejecución, cuya inclusión es indispensable por su conexidad y necesidad para cumplir con las finalidades que tuvo la Entidad al contratar, siempre que dicha adición en dinero no supere un máximo del 100% del valor inicial del Contrato expresado en SMLMV salvo excepción legal al respecto¹². Excluye los reajustes o revisión de precios o las mayores cantidades de obra en Contratos de obra a precios unitarios¹³ o por administración delegada (FONADE, 2016, pág. 14)

En este mismo documento se define el riesgo previsible como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato. Así mismo prevé que durante la etapa de planeación, se adelanten los análisis necesarios para conocer el sector relativo al objeto del proceso de selección desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo, con el propósito de establecer las condiciones del mercado y de la ejecución, de tal modo que los procesos de selección, la ejecución de los Contratos y su liquidación se realice en condiciones de economía, eficiencia y eficacia. (FONADE, 2016, pág. 19)

La entidad también analizará dentro los procesos de selección la modalidad, los amparos, el valor asegurado y la vigencia de las garantías o seguros para la celebración del contrato, teniendo en cuenta los riesgos que se deban cubrir o la forma de ejecución de las prestaciones a cargo de cada una de las partes. Así mismo, el Contratista deberá constituir un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, en los casos en que el valor del presupuesto oficial estimado supere los mil SMLMV con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, lo cual se determinará en el estudio de necesidad.

Una diferencia significativa de las normas aplicables en FONADE se refiere a las modificaciones o adiciones; en efecto, de acuerdo con el artículo 30 del estatuto de contratación (FONADE, 2016):

Cuando de manera excepcional se requiera celebrar una Adición de Contrato o un Contrato Adicional, no podrá excederse del cien por ciento (100%) del valor del Contrato inicial, expresado éste en SMLMV, salvo en los casos de Contratos de obra a precios unitarios, Contratos de obra por administración delegada o los Contratos de interventoría.

En cambio, la Ley 80 (1993) en su artículo 40 prevé que “los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

Por otro lado, la entidad cuenta con cuatro líneas de negocio, como son la Gerencia de Proyectos, la Evaluación de Proyectos, la Estructuración de Proyectos y GP Recursos Internacionales, así:

La gerencia de proyectos ofrece a los sectores público y privado un servicio idóneo de gerencia que garantiza la calidad en la ejecución de sus proyectos y la entrega oportuna de los resultados esperados. Esta línea de servicios contribuye a que las entidades dirijan sus mayores esfuerzos a la planeación y diseño de políticas propias de su función social. Mediante convenios las entidades trasladan a FONADE la gestión técnica, administrativa, jurídica y financiera para el desarrollo de sus programas y proyectos, garantizando su ejecución. La Gerencia de Proyectos puede canalizar recursos de diferentes fuentes, y manejar cada uno de estos con la independencia requerida. También puede aplicarse a cualquiera de las fases del proyecto-preparatoria, de ejecución o de evaluación y liquidación- o a actividades específicas de alguna de ella. (FONADE, 2018)

A su vez, la Evaluación de Proyectos ofrece servicios de asesoría financiera, estructuración financiera de proyectos y estructuración integral de proyectos, esta última es el conjunto de actividades y estudios que se deben realizar para determinar el mejor esquema bajo el cual un proyecto se pueda llevar a cabo a nivel técnico, financiero, legal, institucional y operacional. (FONADE, 2018c). Con esta línea de negocios, FONADE busca brindar soporte técnico a las entidades públicas o privadas para agilizar la toma de decisiones sobre la viabilidad de los proyectos que les sean presentados para la consecución de recursos, con lo cual busca evitar el desgaste administrativo que implica la

recepción de la información, su revisión, clasificación, evaluación y aprobación, con lo cual se garantiza la asignación de los recursos para los proyectos viables.

La línea de negocio de Estructuración de Proyectos de FONADE apoya a las entidades del orden municipal, departamental y nacional, para promover y viabilizar sus proyectos a través de la realización de estudios en los que se analizan diferentes alternativas, con el fin de identificar aquellas que cumplan con las condiciones del proyecto en todos sus componentes, a fin de conseguir los recursos necesarios en las distintas etapas tanto de preinversión como de desarrollo y operación. (FONADE, 2018d)

Por último, a través de la línea de negocio GP Recursos Internacionales:

FONADE lidera la ejecución de programas y proyectos financiados con recursos de la Banca Multilateral y otras fuentes externas, de crédito, donación y cooperación, a través de un equipo de profesionales con el conocimiento y experiencia en la aplicación de políticas, normas y procedimientos de los bancos multilaterales, realizando sus actividades dentro de un ambiente de trabajo propicio para la ejecución de este tipo de proyectos consistente en herramientas informáticas, metodologías, indicadores y procesos ajustados a los requerimientos específicos según el tipo de programa o proyecto. En la ejecución de programas y proyectos financiados con recursos de la Banca Multilateral y otras fuentes externas la elegibilidad de las inversiones y gastos se condiciona al cumplimiento de normas y procedimientos específicos para cada fuente. (FONADE, 2018e)

Lo que se busca con esta línea es que ministerios, entidades territoriales, entidades públicas y privadas responsables de la ejecución de operaciones de crédito, donación y cooperación, cuente con experto con la capacidad técnica, administrativa y financiera para garantizar que sus programas y proyectos cumpliendo con las exigencias de la fuente de financiación.

Como se observa, se trata de cuatro líneas de negocio autónomas que desarrollan diferentes servicios, de acuerdo con necesidades específicas de las instituciones públicas y privadas, todas ellas relacionadas con la gestión de proyectos en los que se realizan contratos con entidades públicas.

Estos hallazgos muestran que la entidad tiene previstos a nivel documental los mecanismos a través de los cuales se controla la fase de ejecución de los contratos, como aspecto crítico de su misión institucional. Como puede verse, dichos mecanismos están orientados especialmente a que el contratista cumpla las condiciones acordadas en la fase precontractual y es escasa, por no decir nula, la referencia a asuntos relacionados con el manejo de situaciones imprevistas, lo que permite suponer que, en caso de presentarse, se tratarán por fuera de los procedimientos de carácter general establecidos tanto en el Estatuto de Contratación (FONADE, 2016), como en el Manual de Supervisión e Interventoría (FONADE, 2017).

Por otro lado, debe señalarse que, de acuerdo con el artículo 105 del CPACA (Ley 1437, 2011):

Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extra contractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

Es decir que FONADE se encuentra cobijado por esta excepción, lo que implica que sus actos no están sujetos a la jurisdicción del Contencioso Administrativo.

6. CONCLUSIONES

6.1. RESULTADOS OBTENIDOS

De acuerdo con el análisis adelantado a lo largo de este trabajo, la experiencia muestra que la principal manifestación que tiene la autonomía de la voluntad en la fase de ejecución de los contratos estatales está relacionada con las circunstancias imprevisibles que pueden presentarse en dicha etapa; en efecto, el manejo de las demás situaciones se supone que queda previsto o acordado mediante las cláusulas que se negocian durante la fase precontractual, dentro de las cuales puede haber algunas que definan la forma como se aborden tales imprevistos.

Debido a esa experiencia en la contratación, se han definido mecanismos legales que determinan las facultades que tienen las entidades estatales para resolver los diferentes tipos de inconvenientes que pueden amenazar el logro de los objetivos contractuales. Así mismo, tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina han definido los conceptos y los criterios que deben aplicarse durante la resolución de controversias que puedan surgir en la medida en que las situaciones imprevisibles incidan en la ejecución de los contratos. Esos criterios buscan facilitar la distinción entre lo que constituye una verdadera situación emergente imprevisible, de manera que se evite el reconocimiento indebido de contraprestaciones frente a circunstancias que el contratista hubiera podido y debido prever antes de firmar el contrato.

Así mismo, esos criterios también establecen la función que debe cumplir la resolución de las inquietudes que tenga el contratista ante la presencia de situaciones imprevisibles; tal función ha de ser la de restablecer el equilibrio contractual, situación que se presenta especialmente en los contratos cuya ejecución es prolongada en el tiempo o tiene carácter continuado.

En cuanto al caso concreto de FONADE, se encontró que la entidad ha desarrollado dentro de su Estatuto de Contratación y en el Manual de Supervisión e Interventoría unas condiciones a través de las cuales busca asegurar el control de la ejecución contractual. Sin embargo, no se hace alusión sobre la forma como se deben manejar las inevitables situaciones imprevisibles que llegaren a presentarse.

6.2. RECOMENDACIONES

El vacío regulatorio existente al interior de FONADE puede llevar a que cada funcionario o cada contratista interprete según su propio criterio los procedimientos que se han de seguir ante tales circunstancias. Si bien el alcance del principio de la autonomía de la voluntad está delimitado por las normas constitucionales, legales y reglamentarias, podría resultar conveniente que la entidad aprovechara su propia experiencia legal y operativa para diseñar un marco de referencia que oriente a los responsables de resolver las controversias o dudas que puedan surgir en la ejecución de los contratos cuando emergen condiciones que no pudieran haber sido previstas en la fase precontractual. De esta forma, la entidad podría reducir la complejidad propia de tales eventos, en beneficio de todos los afectados y especialmente de los destinatarios finales de los contratos que la entidad desarrolla.

6.3. CONCLUSIÓN GENERAL

Este trabajo se propuso establecer cuál es el límite en la aplicación de la autonomía de la voluntad durante la ejecución del contrato estatal. De acuerdo con el análisis adelantado, ese límite está determinado por el carácter imprevisible de las circunstancias que puedan alterar el equilibrio contractual.

Teniendo en cuenta que las demás circunstancias que se presentan durante la ejecución de los contratos se suponen previstas durante la fase precontractual, la autonomía de la voluntad está determinada en la fase de ejecución por la aceptación de las partes de los términos bajo los cuales se resuelvan tales imprevistos, lo que equivale a una especie de segunda negociación, la cual debe enmarcarse dentro de los criterios fijados por la Ley 80, la Ley 1150, la doctrina y las diferentes Sentencias analizadas.

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 Iuris*, 36-63.
- Ángel, L. (2016). Autonomía de la voluntad¿ Decadencia o auge? *Verba Iuris*, 18-35.
- 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.
- Báez, M. (2011). La autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de consorcios y uniones temporales. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, 67-80.
- Bayona, J. (2013). *La relación entre los principios de autonomía de la voluntad y la legalidad en la contrtación estatal colombiana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Benavides, J. (2009). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2014). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Bendeck, J. (1992). Exposición de motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992. *Gaceta del Congreso*, 75.
- Bluhum, E. (2012). *El precedente en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Buendía, E. (2016). La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada. *Themis: Revista de Derecho*, 165-181.
- Buitrago, J. (2016). *La eficiencia de la función pública en la contratación en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Carbonnier, J. (1960). *Derecho civil, Tomo II, Vol II. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Barcelona: Bosch.
- Castro, C., García, L., & Martínez, J. (2010). *Teoría general de la contratación estatal*. Bogotá.
- Chiriboga, D. (2016). *La inmutabilidad del contrato administrativo en el Ecuador y sus efectos jurídicos–operativos*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar,.
- Código Civil Colombiano. (1873). *Congreso de la República*. Bogotá: Congreso de la República.
- 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*. Recuperado el 2018, de Consejo de Estado:

[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)

Constitución Política. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: República de Colombia.

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-154*. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

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 administrativo contemporáneo*.

De Verda, J. (2015). Estudio de la extinción del mandato desde un punto de vista jurisprudencial. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 517-532.

Diez, L., & Gullón, A. (1982). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos.

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 Tucumán.
- Escobar, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Escobar, R. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.
- Escobar, R. (2000). *Teoría General de los Contratos de Administración Pública*. Bogotá: Legis.
- Expediente 4303. (1988). *Consejo de Estado*. Bogotá: Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Expediente 6582. (1991). *Consejo de Estado*. Bogotá: Sala de lo contenciosos administrativo. Sección Tercera.
- 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.
- Fernández, T. (2016). Los riesgos imprevistos en el contrato de obras. *Revista de administración pública*, 203-217.
- Fernandis, J. (1959). *Comentarios a la obra El contrato de Gino Gorla*. Barcelona: Casa Editorial.
- Figuerola, M. (2016). *Autonomía de la voluntad*. San Juan, 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.

FONADE. (2016). *Estatuto de Contratación*. Bogotá: FONADE.

FONADE. (2017). *Manual de Supervisión e Interventoría*. Bogotá: FONADE.

FONADE. (2018). *Gerencia de Proyectos*. Obtenido de Bienvenidos Portal WAP:
<http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WAP/LineasDeNegocio/GerenciaDeProyectos/Introduccion>

FONADE. (2018c). *Línea de Negocios Evaluación de Proyectos*. Obtenido de
<http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WAP/LineasDeNegocio/EvaluacionDeProyectos/Introduccion>

FONADE. (2018d). Obtenido de Línea de negocio estructuración de proyectos:
<http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WAP/LineasDeNegocio/EstructuracionDeProyectos/Introduccion>

FONADE. (2018e). Obtenido de Línea de Negocio GP Recursos Internacionales:
<http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WAP/LineasDeNegocio/GPRecursosInternacionales/Introduccion>

Forero, D. (2016). *Contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por entidades públicas, entre el régimen público y privado*. Bogotá: Universidad del Rosario.

García, E., & Fernández, R. (1983). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

García, E., & Fernández, T. (1983). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

- Gómez, G. (2017). *La conexidad contractual y sus efectos sobre la extensión del pacto arbitral a los vinculados no signatarios*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- 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.
- Guerrero, L., Sanabria, J., & Serrano, E. (2017). *Implicaciones de las reglas de subsanabilidad en los procesos de contratación estatal en Colombia*. Cúcuta: Universidad Libre.
- Hincapié, G., Muñoz, C., & Rendón, M. (2017). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal. *Nuevo Derecho*, 13-21.
- 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.
- Jiménez, F. (2014). Autonomía de la voluntad? En S. Turner, & J. Varas, *Estudios de Derecho Civil IX* (págs. 379-391). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Jiménez, F. (2016). ¿Por qué obligan los contratos? *Ius et Praxis*, 531-540.
- Kelsen, H. (1992). *Compendio general de teoría del Estado*. México: L. Recasens, & J. Azcárate, Trads.

- Lee, I. (2015). *Derecho de la Contratación Pública en Colombia*. Bogotá: Legis.
- Leonhard, C. (2013). The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law. *Case Western 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 dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Ley 1437. (2011). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Ley 80. (1993). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Locke. (2006). *Una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- 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.

- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 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 Gobierno. (1993). *Nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Mora, Y. (2016). *Responsabilidad jurídica ante fallas en la ejecución contractual de la supervisión e interventoría en la celebración de contratos estatales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Navarro, A., & Rivera, A. (2012). *Instituciones del derecho privado en la contratación estatal*. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana.
- 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.
- 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.

Prats, J. (20 de 04 de 2011). *Derecho y managment en las administraciones públicas*. Obtenido de <http://dialnet.uniroja/servlet/articulo?codigo=273968>.

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.

Radicación 1.263. (2000). *Consejo de Estado*. Bogotá: Sala de consulta y servicio civil.

Radicación 1.952 , 11001-03-06-000-2009-00033-00 (Consejo de Estado 6 de Marzo de 2009).

Restrepo, J. (2016). Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (Teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española. *Ars Boni et Aequi*, 31-48.

Restrepo, M. (2012). La adecuación del derecho administrativo al estado contemporáneo. *Estudios socio jurídicos*.

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.

Rivero, J. (2002). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- 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, L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano.* Bogotá: Temis.
- Ronderos, J. (2011). *Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública.* Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Rozas, J., & De Miguel, P. (2015). *Derecho internacional privado: textos y materiales.* Madrid: Civitas.
- Saavedra, J. (2015). Autonomía contractual: libertades y límites. *Revista crítica de derecho privado*, 601-652.
- 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.
- 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.

- 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.
- Sarmiento, J. (2016). Responsabilidad contractual por riesgos previsibles, entre la autonomía del testamento privado y la minuciosidad 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 C-154. (1996). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-154. (1997). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-230. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-300. (2012). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-949. (2001). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia julio 2. (1998). *Consejo de Estado*. Bogotá: Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández.

Sentencia Octubre 15. (1997). *Consejo de Estado*. Bogotá: Sala de lo contencioso administrativo sección tercera, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Suárez, G. (2015). *Mejores prácticas en la contratación estatal*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica. Colaboración del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio y Comisión de la Unión Europea. (Pág. 11*. Obtenido de Superintendencia de Industria y Comercio: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=18361

Urueta, J. (2010). *El contrato de concesión de obras públicas*. Bogotá: Universidade del Rosario.

Vedel, G. (2012). *Derecho administrativo*. París: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Veloso, C., & Donoso, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público*, 53-67.