

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LA FORMACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO 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.....	8
1.3.1. Técnicas de investigación propuestas.	8
1.3.2. Tipología de investigación propuesta.....	8
2. MARCO CONCEPTUAL	9
2.1. Formulación del problema de investigación	12
3. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	13
3.1. Función de la contratación estatal	13
3.2. Naturaleza del contrato estatal	15
3.3. Aleatoriedad o conmutatividad del contrato estatal	21
4. LÍMITES DEL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS ESTATALES DEL RÉGIMEN EXCEPTUADO	29
5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO ESTATAL EN LA FASE PRECONTRACTUAL	42
5.1. PRINCIPIOS GENERALES	42
5.2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS QUE GESTIONA FONADE	54
6. CONCLUSIONES	62
6.1. RESULTADOS OBTENIDOS.....	62
6.2. RECOMENDACIONES.....	64
6.3. CONCLUSIÓN GENERAL.....	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

RESUMEN

El presente trabajo busca establecer el límite en la aplicación de la autonomía de la voluntad en la formación y el perfeccionamiento del contrato estatal. Su desarrollo incluye la revisión de los elementos básicos del contrato administrativo, su función, su naturaleza y su carácter aleatorio. Así mismo se estudian los límites del estatuto de contratación administrativa en los contratos estatales del régimen exceptuado.

Igualmente se revisa en detalle el principio de autonomía de la voluntad en la fase precontractual, y las implicaciones de este principio en los contratos que ejecuta FONADE. El trabajo se desarrolla tomando en consideración la Pirámide de Hans Kelsen que rige en Colombia, por lo que se tienen en cuenta las normas constituciones y legales, así como la jurisprudencia y la doctrina disponibles sobre el tema objeto de investigación.

Palabras claves: autonomía de la voluntad, contrato estatal, formación, perfeccionamiento.

ABSTRACT

The present work seeks to establish the limit in the application of the autonomy of the will in the formation and improvement of the state contract. Its development includes the review of the basic elements of the administrative contract, its function, its nature and its random nature. Likewise, the limits of the statute of administrative contracting in the state contracts of the excepted regime are studied.

The principle of autonomy of the will in the pre-contractual phase is also reviewed in detail, and the implications of this principle in the contracts executed by FONADE. The work is developed taking into consideration the Hans Kelsen Pyramid that is in force in Colombia, which is why the constitutional and legal norms are taken into account, as well as the jurisprudence and the doctrine available on the topic under investigation.

Key words: autonomy of the will, state contract, training, perfecting

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

Dentro del Derecho Administrativo uno de los temas que resalta, por su carácter debatible y de alto interés dentro de los gobernados, es la contratación estatal, pues su importancia para la economía colombiana ha sido fundamental para el progreso de los particulares y el desarrollo de la sociedad.

De igual manera es de los asuntos con mayor crítica jurídica y cambio normativo, pues la necesidad de establecer reglas y principios claros que garanticen la interacción del sector privado con la administración pública de manera transparente, segura y confiable crea retos que sólo han podido ser medianamente satisfechos por el poder legislativo y el judicial (Rodríguez L. , 2002), dejando algunos contenidos con interrogantes para que el debate y la doctrina planteen sus propias posiciones.

El caso de los contratos estatales que se suscriban con entidades públicas y, por ende, se les deba aplicar una mixtura entre el derecho público y privado, ha sido y será un tema de análisis y de compleja dificultad para el operador jurídico al momento de su aplicación.

El ordenamiento jurídico colombiano, que se reforzó con el estatuto de 1983, se centró en definir la jurisdicción a la que se debía recurrir en caso de un conflicto en este tipo de negocios contractuales. No fue sino hasta que el Consejo de Estado, en revisión de la cláusula de caducidad de estos contratos, basado en aquel estatuto, empezó a cuestionarse sobre la aplicación normativa que debía regir en estas circunstancias, lo que generó una atmosfera de incertidumbre sobre este tipo de cuestiones (Consejo de Estado, 1984).

Lo anterior afirmó el poder que ostenta la administración de pronunciarse de manera unilateral sobre determinados clausulados del contrato, aunque sin desconocer su naturaleza. Sin embargo, y en parte por las reglas que imponía el estatuto de contratación de la época, se continuaba con una dificultad notoria para distinguir cuándo se estaba en presencia de un contrato privado y cuándo en uno público. Fue sobre esta “crisis” que se erigió el estatuto de contratación actual, Ley 80 (1993), por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Revisando su artículo primero, incluye una enunciación que, de primera mano, trata de eliminar las distinciones clásicas entre el contrato privado y el contrato privado, enmarcándolo como contrato estatal (Zuleta, 1994).

Este nuevo estatuto también legitimó las entidades en donde el Estado tenía cierta participación o que en ellas se manejaran recursos públicos, dando lugar al llamado régimen exceptuado, estipulando ciertas reglas especiales para el manejo de su contratación. Inclusive la Corte Constitucional declaró exequible varias normas acusadas que hacían referencia a este régimen, estipulando que su importancia y naturaleza era dictada por la participación (parcial) de la administración pública (Sentencia C-953, 1999). De manera similar ocurrió con las entidades sin personalidad jurídica (Sentencia C-374, 1994).

Se aceptó entonces que la Ley 80 (1993) había sido diseñada como un estatuto de contratación general, que debía abarcar todos los casos que se pudieran presentar en materia de negociación con la administración en cualquiera de sus modalidades, y debía aplicarse bajo este espíritu.

Incluso se armonizaron regímenes especiales, como el de las telecomunicaciones, salud, educación pública y los referentes a recursos naturales y todo gracias a su amalgama de principios, los que, de forma

impersonal y general, se pueden utilizar para todas las relaciones negociales en donde este inmersa la administración pública.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en varios estudios de casos referentes a este régimen exceptuado, confirmó que se tratan de contratos estatales:

Son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales, los cuales son objeto de control por parte del juez administrativo, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los mismos (Consejo de Estado, 2002).

De esta forma, entre legislativo y judicial, se afirmó la idea que el estatuto era general, y como consecuencia de ello, sus reglas y principios se deben aplicar en el mismo sentido (Vinueza, 2003).

Desde ese punto de referencia, varias leyes que habían sido expedidas con anterioridad al estatuto y las que se legislaron con posterioridad, debieron ser replanteadas y reinterpretadas, con el fin de dar lugar a la aplicación del derecho privado, respetando y conservando las formulaciones de la Ley 80 (1993) (casos como las electrificadoras, servicios públicos, sociedades de economía mixta, instituciones financieras, etc.) (Álvarez L. , 2009)

Una vez esclarecida esta forma de aplicación normativa, había que ahondar en su aplicación, en especial a la forma cómo la autonomía de la voluntad debía ejercer su poderío. Este principio, que es fundamental en las relaciones negociales privadas, también jugaba un papel fundamental dentro del contrato estatal, ya que no sólo lo diferenciaba de otros instrumentos creadores de obligaciones, como el acto administrativo o los reglamentos, sino que además

entraba a conformar un rol dentro de la formación del contrato con el administrado para su perfeccionamiento.

Esta concepción que rechaza en cierta manera al impedimento que tiene una de las partes en un contrato de adhesión que sólo puede subordinarse, resalta la importancia de la transacción económica del contrato y eleva a una categoría más alta al consentimiento que tiene el administrado para perfeccionar el contrato y generar derechos y obligaciones.

Es aquí donde surge el problema jurídico de la presente investigación. El contrato estatal dentro de la aplicación del derecho privado, llega hasta este punto del perfeccionamiento del contrato en cuanto a la aplicación de la autonomía de la voluntad como sistema del derecho privado, ya que siempre estará matizado fuertemente por elementos propios del derecho público.

Lo anterior se debe a que las entidades estatales del régimen exceptuado, además de observar obligatoriamente el estatuto de contratación administrativa, también deben basar todas sus acciones a la finalidad del contrato, teniendo en cuenta que ese negocio jurídico corresponde a satisfacer una necesidad social y pública del Estado.

Es cierto que la mayoría de estatutos de contratación de este tipo de entidades tiene diferentes cuantías y que puede tener diferentes o formas de contratación propia, pero siempre deben garantizar la selección objetiva, la pluralidad de oferentes, la igualdad y un sinnúmero de garantías que solo ordena el régimen público. (Rodríguez L. , 2016)

Con esto se afirma la idea de que la contratación pública nunca se privatizó; si algo realizó esta forma de contratación, fue retornar a las bases de la concepción del contrato como negocio jurídico, pero únicamente en su formación, otorgando un lugar más preponderante a la autonomía de la voluntad

privada, y ajustando o apropiando mecanismos e instrumentos propios del derecho privado, como lo son las tipologías contractuales, pero aun así no se está en presencia de un verdadero derecho privado.

Es por eso que el presente estudio pretende dilucidar que las entidades de régimen exceptuado de la Ley 80 (1993) tienen una limitación más extensa y extrema que lo que el estatuto pretende otorgar, y que se ven limitadas en su mayoría por el derecho público, hasta el punto que el derecho privado es casi inexistente en este tipo de relaciones negociales.

Mediante el presente trabajo se busca precisar el alcance que tiene la aplicación del principio de autonomía de la voluntad durante la fase precontractual de la contratación estatal, con énfasis especial en las entidades que hacen parte del régimen exceptuado del estatuto de contratación estatal.

El trabajo se enfoca en las implicaciones que este problema jurídico tiene para el Fondo Nacional de Desarrollo FONADE, teniendo que en cuenta que, de acuerdo con su misión, “es una organización comprometida con el desarrollo del país a través de alianzas con entidades públicas o privadas orientadas a estructurar y ejecutar con calidad y oportunidad proyectos estratégicos dirigidos a transformar vidas en beneficio de las Entidades territoriales y de las Regiones”, y dado que su objeto principal consiste en “ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas” (FONADE, 2018).

1.2. Justificación

La intención del legislador en la formulación de la Ley 80 (1993), de reconocer a la autonomía de la voluntad como una delegación que confiere la norma a las partes para regular las relaciones contractuales, con plena observancia de los imperativos del orden público (Consejo de Estado, 1992), se vio reflejada solamente en la formación del contrato estatal, mas no en su ejecución. Para comprobar la anterior afirmación, hay que analizar estos dos puntos clave del contrato: el perfeccionamiento y la ejecución del mismo. Ambos partiendo de la base que son regidos por mandatos del derecho público y privado.

Ahora bien, conocer que el negocio jurídico creado con entidades públicas del régimen exceptuado sólo tiene aplicabilidad de la autonomía de la voluntad privada en su formación y no en su ejecución, evita un sinfín de conflictos que pueden surgir cuando se evocan reglas propias del derecho comercial o civil durante la ejecución del contrato. De esta forma se permite que el contratista se someta libremente al derecho público en la ejecución del contrato sin error, ya que la convicción que se tiene en la actualidad de percibir que el derecho privado puede resolver conflictos al interior de la ejecución del contrato es errónea, por ser aparente y equívoca. (Bobbio, 1987)

El presente trabajo sienta su posición en las bases de la crítica, analiza el sistema actual de contratación pública con entidades de régimen exceptuado, que trata de esclarecer los límites del derecho privado en este tipo de procesos, buscando concluir que su libertad se expresa solamente en la construcción del contrato y no en su desarrollo, que no es posible invocar formular de arreglo, de ajuste, de resolución, revisión y otras más del derecho privado.

En la fase precontractual el contratista tiene la oportunidad de acordar con la entidad estatal las condiciones que regirán su relación y que permitirán el posterior desarrollo del objeto del contrato. Es por ello que el presente artículo se

centra específicamente en la formación y el perfeccionamiento del contrato, para analizar la forma como se prevé en la legislación colombiana la aplicación de la autonomía de la voluntad en el marco de la contratación estatal. Con ese propósito, en primer lugar, se establecen los elementos básicos de la contratación estatal, su función, su naturaleza y su carácter aleatorio; igualmente se analizan los límites del estatuto de contratación en los contratos de régimen exceptuado. Una vez establecidas esas bases jurídicas, se procede a revisar en detalle la aplicación de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos.

El enfoque del trabajo en cuanto a su aplicación para el Fondo Nacional de Desarrollo FONADE, busca que las conclusiones del trabajo se reflejen en las actividades de una entidad que cumple una función social de gran impacto tanto en los proyectos que gestiona, como en los recursos que administra.

Con el fin de cumplir con su cometido, el trabajo incluye en primer lugar un marco conceptual que incluye la formulación precisa del problema de investigación. A continuación, se analizan los elementos básicos de la contratación estatal, lo que da paso a la definición de los límites del estatuto de contratación en relación con las entidades del denominado régimen exceptuado. Hecha esa distinción, se estudia en el quinto capítulo la aplicación de la autonomía de la voluntad en la fase precontractual y se analiza el caso concreto de las entidades del citado régimen de excepción, así como el caso particular de FONADE. Con base en ese proceso, el último capítulo presenta las conclusiones del trabajo.

1.3. Metodología

1.3.1. Técnicas de investigación propuestas.

El proceso de análisis empieza por la identificación de los elementos básicos de la contratación estatal, incluyendo la identificación de la función o la vocación con que se llevan a cabo esos contratos; en segundo lugar, se estudian los elementos que determinan la naturaleza jurídica de estos contratos y su carácter aleatorio o conmutativo. Posteriormente se revisan los límites fijados por el Estatuto de Contratación Administrativa para los contratos estatales de régimen exceptuado.

Este análisis permite dar paso a la profundización del análisis sobre la autonomía de la voluntad en la fase precontractual, es decir, durante su formación y perfeccionamiento, que es el tema central del trabajo.

1.3.2. Tipología de investigación propuesta.

Por tratarse de una investigación de carácter, durante el análisis de la información recolectada se tendrá en cuenta que el sistema de fuentes en Colombia está acorde a la doctrina de la Pirámide de Hans Kelsen donde la Constitución es norma de normas y de allí se derivan otros actos, entre los que se encuentran la ley, los decretos y los actos administrativos (Bluhum, 2012). Lo anterior implica que la información se analizará teniendo como filtro los principios establecidos en la Constitución Política, en la legislación y en la jurisprudencia, aunque, para poder aportar una posición crítica y propositiva, se buscará el sustento necesario en estas y en las demás fuentes consultadas, así como en la doctrina disponible sobre los temas involucrados en el problema jurídico que se pretende resolver.

2. MARCO CONCEPTUAL

Cuando se habla de obligatoriedad se hace referencia a que todo acto administrativo es perentorio, por lo que para que sea observado o atendido no se requiere que la administración acuda a la vía judicial. Por último, la unilateralidad es una característica del acto administrativo dado que puede existir sin que se requiera la anuencia o aprobación de particulares. (Barrientos, 2008)

De acuerdo con Sánchez (2008), la presunción de legalidad se desprende del hecho de que Colombia sea un Estado de Derecho, por lo que el acto administrativo debe estar conforme a la Constitución y a las leyes y reglamentos vigentes al momento de su expedición. Esta inferencia es además una garantía para los administrados; así, la presunción de legalidad es necesaria para poder otorgarle al acto administrativo su carácter de obligatorio y de válido; es en razón de la suposición de legalidad que los efectos del acto administrativo perduran hasta fuera extinguido por vía revocatoria o como consecuencia de la declaración judicial de nulidad. Así mismo, la ejecutoriedad es también una consecuencia de la legalidad del acto administrativo y de su firmeza, la que existe mientras no proceda en su contra ningún recurso.

En tratándose de procesos de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes, puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80, 1993). Esto ya constituye una primera distinción con los contratos de naturaleza estrictamente privada, si se tiene en cuenta que los particulares no están obligados legalmente a formalizar los contratos que

acuerdan y por lo tanto pueden existir contratos verbales de arrendamiento o compraventa, entre otros.

El Decreto 111 de 1996 en su artículo 71 establece que todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos; tales compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos, lo que tampoco sucede en los contratos entre particulares, dado que en ese caso la parte contratante no está legalmente obligada a reservar los recursos destinados al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a menos que así lo acuerdan de manera libre.

A propósito de estos procesos contractuales, de acuerdo con la teoría negativa, surgida originalmente en Alemania, señala que el contrato administrativo es inaplicable en derecho administrativo y que lo que se conoce como contratos estatales son en realidad actos administrativos (Díez, 2012). Dentro de las justificaciones de esta posición está en primer lugar el hecho de que entre las partes no existe igualdad jurídica, lo que imposibilita la autonomía de las partes que lo conciertan, pues en estos contratos una de las partes acepta o rechaza las condiciones regladas que establece la Administración. El segundo argumento de esta teoría es que el contrato administrativo se encuentra fuera del comercio; según esta teoría no se requiere la voluntad del particular. (Alonso, 2010)

Al analizar los efectos del decaimiento de los actos administrativos deben entonces tenerse en cuenta que los contratos estatales constituyen una función administrativa, que de manera general se expresa por medio de actos

administrativos, lo que implica decisiones que en principio son unilaterales, lo que hace parte de la esencia de esa función y del derecho administrativo en general.

Las decisiones unilaterales de la Administración o de la ley producen efectos jurídicos en la medida en que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas determinadas; circunstancia que también ocurre en el caso de los contratos que celebra la Administración, en la medida en que el acuerdo surgido entre las partes crea, extingue o modifica situaciones jurídicas. (Guecha, 2010, pág. 20)

No obstante, resulta conveniente señalar que, a pesar de que los actos administrativos y los contratos ambos inciden en determinadas situaciones jurídicas, estos últimos en sí no constituyen actos administrativos; esto se nota de manera clara al considerar la posición del Consejo de Estado cuando señala que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, modifica o extingue, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados (Consejo de Estado. Sentencia 16 de febrero. Expediente 3551, 2001). Es decir que, en los actos administrativos, a diferencia de lo que sucede en los contratos, la administración realiza una manifestación unilateral, mientras que en los contratos públicos se trata de un acuerdo que alcanzan la entidad contratante y el contratista

El acto administrativo unilateral como expresión propia de la Administración ha sido identificado con la facultad impositiva de la misma; esta naturaleza hace que el acto administrativo unilateral tenga carácter obligatorio para los administrados (Medina, 2017). Sin embargo, esa característica no resulta tan clara en el caso de los contratos, dado que en éstos no cabe la simple

manifestación e imposición unilateral de la Administración y en cambio, es frecuente la creación de acuerdos mutuos.

Dada esta primera distinción entre actos administrativos y contratos administrativos, puede afirmarse que el acto administrativo unilateral se identifica como la expresión clásica del derecho administrativo, en donde la expresión de la voluntad de la administración se manifiesta y constituye una imposición del Estado que, como tal, tiene carácter obligatorio para el particular. En estos casos, existe una desigualdad entre las partes, por lo que los actos administrativos constituyen un típico acto de poder, mientras que los contratos estatales son un típico acto de gestión, en donde existe igualdad entre la Administración y el particular. (Guecha, 2010)

Este carácter híbrido de los contratos que la administración pública se hace especialmente notorio en su fase precontractual, debido a la importancia que la autonomía de la voluntad tiene en la negociación de las condiciones que regirán el negocio contractual, por lo que el presente trabajo busca dar respuesta al interrogante que se formula a continuación para resumir el problema jurídico objeto de estudio.

2.1. Formulación del problema de investigación

¿Cuál es el límite en la aplicación de la autonomía de la voluntad en la formación y el perfeccionamiento del contrato estatal?

3. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

3.1. Función de la contratación estatal

La contratación estatal es percibida como la herramienta primordial para suministrar los bienes y servicios que se necesitan para el progreso a nivel social y económico sustentable del país, para conseguir este propósito el Estado puede figurar como Estado, o se puede situar a la misma altura de un particular para pactar o contratar bienes y servicios para la ejecución de las labores sociales (Vega, 2017). A raíz de lo anterior, provienen dos implicaciones que facilitan la percepción de su entorno real, la primera implicación es su naturaleza notablemente reglamentaria, siendo considerado sus orígenes desde la Constitución Política, dentro de la cual se encuentran estipulados los cometidos que desempeñan los servidores públicos, las normas básicas de la administración, las condiciones y propósitos de la función pública, que se encuentra estipulada bajo el artículo 209 el cual señala lo siguiente: La labor administrativa se realiza a beneficio de los propósitos generales y se efectúa en base a los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, por medio de la descentralización de funciones (Manchego, 2016). Con base en dichos criterios se debe cimentar y evolucionar las labores contractuales. La segunda implicación tiene que ver con el terreno de las técnicas, métodos y exigencias contables, tecnológicas y de cualquier otro tipo de naturaleza que se requiera para llegar a obtener y garantizar la ejecución de manera eficiente, competente y calificada la administración pública.

De acuerdo con Rodríguez (2016), la esencia del contrato estatal viene dada por la obligación del gobierno de colocarse de manera práctica en las mejores circunstancias para poder alcanzar a todos los bienes y servicios, y pactar con los particulares el suministro o abastecimiento de los mismos, con el

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

Inicialmente el contrato estatal era estimado como un elemento separado del derecho común, a causa de que se le introducían cláusulas exorbitantes, que buscaban alcanzar la ejecución de los objetivos del interés común a la cual se halla supeditada la gestión pública, pero a causa de que no existía el derecho administrativo, al momento en que la Nación realizaba contrataciones, se hallaba en las mismas condiciones con el particular, lo que suponía que se debía dirigir al derecho privado. (Baptista, 2015)

Todo este proceso tuvo su transformación, con el surgimiento del derecho administrativo; sin embargo, al aparecer dos clases de contratos, es decir, los públicos y los privados, acarreó que estos tipos de contratos fuesen manejados por dos autoridades competentes diferentes; por lo tanto, los contratos públicos estaban dirigidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y los privados eran dirigidos por la jurisdicción común. (Cabrera, 2016)

A través de la puesta en marcha del régimen de contratación basado en la ley 80 (1993), por medio de la cual se manifiesta que todos los contratos solemnizados por la administración en alguna de sus fases serán dirigidos por medio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aspecto que permite evidenciar el señalamiento y la precisión que tiene la parte jurídica con relación al contrato.

De otra parte, los contratos estatales, de acuerdo con las causas que los motiven a efectuarse, poseen una serie de particularidades que son de propiedad tanto constitucional como legal, y dentro de la doctrina se encuentran enfocados hacia el derecho civil, el derecho comercial y de igual forma, los componentes que conforman el contrato estatal. (Echeverri, 2015)

3.2. Naturaleza del contrato estatal

Las propiedades que posee el contrato desde el enfoque legal son: El contrato es bilateral, oneroso, conmutativo, principal y solemne y desde el enfoque doctrinario las propiedades son: típicos y atípicos, intuito personae, de colaboración y de ejecución sucesiva o instantánea, de los cuales se describen algunos a continuación. (Ocaña, 2014)

- Bilateral: Aspecto que se encuentra descrito bajo el Artículo 1496 del Código Civil Colombiano, como aquellos contratos donde las partes que intervienen se comprometen de manera equitativa, ya que uno de los componentes ejerce la tarea de deudor, y por el otro lado, la otra parte cumple la tarea de acreedora. Con relación a lo anterior, los compromisos adquiridos por las partes tienen un nexo de sujeción entre ellas, por lo tanto, si una de las partes no ejecuta sus compromisos, la otra parte queda eximida de ejecutar sus obligaciones, aspecto que bajo el Código Civil se tiene en cuenta como condición resolutoria tácita (Acosta, 2016). Cuando ocurre que una de las partes si realizó su compromiso, ésta puede exigir el reintegro de lo pactado por la parte que no cumplió, amparado bajo la excepción de contrato no cumplido, figura que se encuentra bajo el Artículo 1609 del Código Civil Colombiano.
- Oneroso: Esta propiedad tiene relación con la finalidad del mismo que buscan las partes contratantes. Dentro de los contratos estatales, las dos partes obtienen algún rendimiento o lucro por el contrato realizado. Por lo

tanto, la organización adquiere por medio de éste, el alcance de los propósitos que se esperan de la contratación realizada, y a su vez, el contratista, de igual manera se favorece por la ejecución del contrato, percibiendo a cambio una ganancia económica. (López, 2015)

- Principal: Inicialmente el contrato se cataloga como principal, debido a que el surgimiento del mismo no está subordinado de otro contrato (Díaz, 2014). Aunque, dentro de la contratación estatal, se presenta la posibilidad de que existan contratos complementarios. Cuando se dan contratos complementarios, estos tienen el propósito de realizar obras adicionales, que surgen de manera ocasional dentro de la evolución del contrato estatal. Sin embargo, el contrato complementario no puede transformar el contrato original. Por lo tanto, los contratos complementarios se encuentran condicionados a la solemnización del contrato principal.
- Solemne: Se consideran solemnes, cuando están vinculados con ciertos requisitos, debido a que, si se incumplen, no se va a generar ningún impacto a nivel jurídico, aspecto que se encuentra contemplado bajo el Artículo 1500 del Código Civil Colombiano. Dentro de los contratos estatales los requisitos que se necesitan para que éstos generen impactos jurídicos, se encuentran contemplados bajo el Artículo 39 de la Ley 80, por medio del cual se instaure que los contratos solemnizados por los organismos estatales, tienen que figurar o reflejarse por escrito bajo un

documento, donde quede estipulado el convenio realizado por las partes con relación a los componentes primordiales del mismo, objeto y compensación, de igual manera, dicho artículo fijó que los contratos estatales no necesitan ser elevados a escritura pública, exceptuando los que comprometan mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles. Por lo tanto, dentro de la contratación estatal no se pueden efectuar contratos verbales, ni contratos adoptados por consenso o de mutuo acuerdo (Sánchez L. , 2017). Para los contratos estatales, la solemnidad se establece de acuerdo al compromiso adquirido, de que este tipo de acciones jurídicas se realicen por escrito.

- Típicos: Son aquellos contratos que se encuentran legislados bajo los principios del derecho privado, dentro del estatuto de contratación de la administración o por preceptos específicos. (García, 2017)
- Atípicos: Son aquellos contratos que no pertenecen a ninguna clase de contrato prevista por la ley, no obstante, establecen un acuerdo de voluntades que produce compromisos (García, 2017).
- Intuito Personae: Se catalogan como intuito persona, cuando para su oficialización se ha considerado la persona del otro contratante como condición fundamental, motivo que acarrea que la cancelación por los

compromisos por una persona distinta a la que posee la condición de contratante no compromete la ejecución de la misma, a causa de que no le otorga al acreedor lo que se ha debido. Dentro de las diferentes técnicas de contratación, cualquier persona que formalice las condiciones mínimas puede intervenir como oferente, y ocasionalmente puede ser escogido. De lo anterior se deduce, que la empresa contratante escoja al contratista por propiedades definidas, sino que satisfaga unas condiciones mínimas y que entregue una oferta que esté acorde a lo que se requiere, aspecto que deja ver que el contrato como tal no es intuito persona. Aunque, la inhabilitación correspondiente de cesión de los mismos permite determinar que, al momento de formalizarse dichos contratos, muestra esta propiedad, ya que dicha inhabilitación es el resultado fundamental de los contratos intuito persona. Criterio que se ve fortalecido según lo fija la ley 80 de 1993, bajo el artículo 41, inciso tercero, el cual contempla: *“Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrá cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”*. (Álvarez & Rodríguez, 2014)

De acuerdo con la Corte Constitucional en (2005) dentro del entorno que manejan los contratos estatales, las particularidades de los mismos tienen un vínculo con las particularidades generales del derecho privado, pero están relacionadas de una manera incondicional con las normas de la contratación estatal, que de manera determinante los distinguen de los demás contratos y los

califican como contratos estatales, los cuales ejecutan tres propósitos primordiales que son: Ejercer como soporte de todas las normas que rigen la sociedad, actúan como guía para interpretar y poder poner en práctica las normas jurídicas y a falta de normas puntuales y precisas se utilizan como origen constitutivo del derecho.

Los propósitos que tiene la contratación estatal, se encuentran estipulados en la Ley 80 (1993), artículo 3, el cual insta que al momento en que un servidor público forme parte de la solemnización y realización de un contrato, deben estimar que los organismos estatales, pretenden obtener la realización de los objetivos del Estado, brindar los servicios públicos de manera permanente y eficaz, y la objetividad de los derechos y utilidades de los contratistas que contribuyen para alcanzar dichos propósitos.

De igual forma, en el artículo 3 de dicha Ley, cuando un particular labora como contratista del Estado, indica que estos contratistas deben considerar que, al solemnizar y efectuar contratos con las entidades estatales, así como se adquieren utilidades cuya seguridad avala el Estado, son coparticipes de los organismos estatales para alcanzar sus objetivos, por lo tanto, realizan una labor social que abarca de igual manera responsabilidades. En lo concerniente a la seguridad de las utilidades, cuya protección avala el Estado, fue abolido con el artículo 32 de la Ley 1150 (2007).

Con relación al artículo 3 de la ley 80 (1993) se deduce que dicho artículo posibilita enlazar todo lo que tiene que ver con los propósitos del Estado, ya que de allí surge la política del Estado que va dirigida a complacer los intereses colectivos, lo cual consiste en buscar el progreso en la calidad de vida de los asociados. Por ende, la realización de los propósitos estatales, se encuentran relacionados con la realización a través de la contratación pública de un proyecto

gubernamental transformado en el plan de desarrollo, tanto a nivel nacional como territorial.

De igual forma, se deben distinguir las responsabilidades que alcanzan los particulares cuando estipulan contratos con el Estado (Higuita, 2014), debido a que no tiene que ver únicamente con el hecho de cumplir con los compromisos que nacen de la realización de un contrato, sino de particulares que se valoran como copartícipes de la gestión pública y de acuerdo con esas estipulaciones concurren simultáneamente con el Estado para poder cumplir con sus propósitos.

Por lo tanto, los propósitos que tiene la contratación son idénticos a los propósitos que tiene el Estado (Bensusán, 2015) y que se traducen para avalar la conveniencia y el progreso de los ciudadanos, de acuerdo como lo manifiesta la Constitución Política dentro de los propósitos generales del estado, ilustrado en el preámbulo y los fines esenciales que se encuentran registrados bajo el artículo 2, sumado a la naturaleza del Estado que se encuentra registrado bajo el artículo 1, donde se señala al Estado Colombiano como un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (León, Hincapié, & Villa, 2016)

Tal como lo señala Pusser (2014), dentro de los propósitos fundamentales del Estado están trabajar por la comunidad, fomentar el progreso general y avalar la eficacia de las normas, derechos y obligaciones que están estipulados en la Constitución, posibilitar la intervención de todos dentro de las determinaciones que les competen y dentro del desarrollo de vida económica, política, administrativa y cultural del país, proteger la libertad nacional, conservar la integridad territorial y garantizar las relaciones sosegadas, y la validez de un

mandato equitativo. A fin de conseguir que estos fundamentos se logren, la administración debe trabajar para su cumplimiento, y para lograrlo necesita utilizar como medio para conseguirlo, a la contratación.

Dentro de la ley 80 y bajo su artículo 3, se puede constatar los propósitos que tiene la contratación estatal, donde intervienen los servidores públicos que pretenden alcanzar la realización de los propósitos del Estado; de igual forma, se encuentran los contratistas que son copartícipes para alcanzar dichos propósitos, aspectos que se encuentran descritos dentro del artículo 4° y 5° de la misma ley detallando las obligaciones y derechos que poseen los organismos estatales y a su vez los contratistas, obligaciones y derechos que están conformados por reglas de comportamiento, de buena conducta y de requerimientos bajo los cuales se realizan los trámites de contratación. (Ocaña, 2014)

3.3. Aleatoriedad o conmutatividad del contrato estatal

Se debe tener clara la descripción de contrato aleatorio y contrato conmutativo, ya que en ello se basa el contratista para gestionar la restitución de la igualdad económica y financiera correspondiente al contrato, al momento en que éste se haya incumplido por motivos no atribuibles a las partes, situación que se puede presentar, debido a que al momento de estar trabajando bajo un contrato aleatorio se parte de que no existe estabilización alguna entre los servicios y rendimientos que están al mando de cada parte interviniente, situación que posteriormente no permite solicitar su restitución, sobre todo que la utilidad o pérdida que trae el manejo de estos contratos se basa en un suceso futuro eventual e impreciso. Lo contrario, sería factible requerir el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones en los contratos donde al momento de llevarse a cabo, se haya acordado una estabilidad entre las prestaciones que se encuentran bajo el mandato de cada una de las partes, y

cada parte puede saber qué rentabilidad o pérdida puede generar el contrato ejecutado. Para los contratos conmutativos, es adaptable la regulación del sostenimiento del equilibrio económico y financiero ya que se pacta al momento inicial de la contratación.

El contrato conmutativo se encuentra definido en el Artículo 1498 del Código Civil el cual señala lo que se menciona a continuación:

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio.

De acuerdo con la norma un contrato es conmutativo, cuando las responsabilidades a las cuales se obligan las partes intervinientes son semejantes, y corresponderá a un contrato aleatorio, si no existe proporción (económicamente hablando) entre las responsabilidades objeto del contrato.

Para la Corte Suprema de Justicia (1952) existe un contraste entre las dos clases de contratos, de acuerdo con lo que se expresa a continuación.

Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe, o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

Por lo tanto, la disimilitud que existe entre el contrato conmutativo y el aleatorio, es la oportunidad que se tiene de disponer desde los inicios del convenio el nivel de ganancia o pérdida que dicho convenio muestra para cada uno de los intervinientes; situación que no se puede dar en los contratos aleatorios, debido a que existe un nivel de subordinación entre el surgimiento de las responsabilidades a una circunstancia imprecisa y futura que puede o no suceder.

No se puede disponer que los contratos estatales sean aleatorios, pero si se tiene claro que el deber de restaurar el equilibrio económico y financiero se lleva a cabo en los contratos conmutativos, aspecto que para los contratos aleatorios no existe dicha compensación o equilibrio económico entre las partes, y por tal motivo, tampoco podría romperse. Por lo tanto, se deduce que en los contratos aleatorios se responsabiliza con la integridad de los riesgos que acarrea la negociación, y también, debido a que la utilidad o pérdida se basa cabalmente en la circunstancia o riesgo impreciso y en que se suceda o no; de esta forma, uno de los intervinientes en el contrato puede sacar provecho, mientras que el otro interviniente no. Caso contrario sucede en el contrato conmutativo, donde las dos partes, en la mayoría de los casos obtienen beneficios a nivel económico.

De acuerdo con las diferencias que muestran los contratos conmutativos y aleatorios y la trascendencia que genera para las partes llevar a cabo alguno de estos, existen diferentes posturas con relación a las estipulaciones que muestra el contrato estatal con relación a este tema.

La gran mayoría de los principios a nivel nacional enuncia que el contrato estatal cualquiera que sea su finalidad, se considera conmutativo cualquiera sea su esencia, fundamentado en los preceptos del estatuto contractual,

primordialmente los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, que explica la ecuación contractual, como se menciona a continuación.

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones adquiridos surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disposiciones de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

De igual forma, el artículo 28 de la ley 80 (1993), señala lo que se menciona a continuación.

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Aquellos que afirman que el contrato estatal en cualquier estilo, es considerado de manera autoritaria conmutativo, declaran que solamente con atribuirle las leyes mencionadas, que son de forzoso cumplimiento para los contratos estatales, surge que por el hecho de exigir que en todos los contratos estatales se debe conservar la proporción económica y financiera del contrato

actual en el instante de efectuar la negociación, igualmente se debe contemplar la simetría que debe existir entre beneficios y derechos que determina al contrato conmutativo. Cuando se afirma que en los contratos estatales permanentemente se debe observar una simetría, por ende, se desencadena una simetría que busca sostener lo autoritario de la ley, y, por lo tanto, el contrato estatal debe ser estimado como conmutativo, sin importar el propósito por el cual surge.

De igual forma, quienes están de acuerdo con esta posición, la robustecen deduciendo que es la misma ley la que fija la obligación legal que deben cumplir las organizaciones contratantes, que es, mantener dicha simetría, en concordancia con lo reglamentado bajo el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 (1993), la cual estipula lo que se menciona a continuación.

Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

De igual forma, se cita el numeral 1 del artículo 5 del Estatuto General de la Contratación Pública para sustentar que, si el contratista tiene derecho a requerir la restitución de la igualdad o simetría económica y financiera sobre el contrato, otorgándoles el atributo de contratos conmutativos.

Por lo tanto, quienes afirman que la conmutatividad para los contratos estatales se fundamenta en la parte preceptiva de sostener la simetría económica del contrato, siendo la base para determinar la esencia del equilibrio económico y financiero en todas las labores que se efectúan por convenio con el Estado. De

igual forma, manifiestan que la ejecución o realización de las responsabilidades que surgen de un contrato estatal, de acuerdo con los propósitos que por medio del contrato se ejecutan, no puede basarse en sucesos imprecisos; por lo tanto, afirman quienes están de acuerdo con esta posición que el contrato estatal no puede ser considerado aleatorio.

Existen razonamientos contrarios a lo anteriormente expuesto, debido a que señalan que este análisis constituye un impedimento para la gestión del gobierno, ya que le impide laborar de acuerdo con los propósitos para lo cual se constituyó. Lo anterior, según la opinión de quienes critican la posición de que el contrato estatal debe ser catalogado como conmutativo, en razón a que no es permisible aceptar que la administración no está capacitada para ejecutar contratos aleatorios, siendo que algunos son imprescindibles para que el gobierno pueda realizar su labor. Como por ejemplo los contratos de seguros, si se admite la inviabilidad legal de que el gobierno no pueda ejecutar contratos aleatorios, a este no le sería permitido ejecutar este tipo de contratos, debido a la esencia netamente aleatoria que ellos poseen, este aspecto pondría en contraposición a los intereses públicos.

De igual forma, reflexionan que la misma normatividad es la que autoriza al gobierno para ejecutar todo tipo de contratos, sin restricción alguna, impidiendo con esto, y con relación a las leyes mencionadas por sus oponentes, sean ellas la que impongan la conmutatividad de los contratos que se ejecutan por el gobierno.

Ciertamente, el artículo 32 del Estatuto Contractual define los contratos estatales, como se menciona a continuación.

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 (...)

Es oportuno observar que se encuentra cierta anomalía técnica en la redacción de la ley referida anteriormente, debido a que cuando se habla de “actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto...”, verdaderamente hace mención es a *transacciones jurídicas* ejecutadas por los organismos administrativos.

De acuerdo con lo anterior, en una transacción jurídica ejecutada por un organismo estatal es por lineamiento jurídico un contrato estatal, de igual manera, un contrato ejecutado por una entidad estatal que posea las propiedades de los contratos aleatorios. Por lo tanto, cuando una entidad estatal ejecute un contrato de seguros, está realizando una transacción jurídica que produce responsabilidades, determinando lo reglamentado bajo el Artículo 32 de la ley 80 de 1993, e igualmente ejecutando un contrato aleatorio, de acuerdo con lo habilitado bajo el Artículo 1498 del Código Civil. Esto compromete la probabilidad de que los organismos estatales lleven a cabo contratos aleatorios y que éstos sean normativizados de acuerdo con las leyes establecidas para esta clase de contratos.

Por lo tanto, quienes son seguidores de la existencia de los contratos aleatorios, la verdadera comprensión que se le debe aplicar al Artículo 28 del Estatuto Contractual, no significa que todos los contratos que se ejecuten con los organismos estatales sean conmutativos, sino que al momento en que el gobierno ejecute contratos conmutativos, los cuales simbolizan la gran cantidad de contratos que se celebran con estos organismos, al analizarse su reglamentariedad, se debe tener presente la simetría entre servicios y derechos que es una propiedad de los contratos conmutativos, debido a que no sería lógico

que la reglamentación concertara, que para los contratos que son considerados aleatorios, se emplearan las normas de los contratos conmutativos.

Así, con el fin de efectuar de manera perfecta los objetivos para lo cual están los organismos estatales, éstos se encuentran autorizados para ejecutar toda clase de contrato, sin hallarse contra alguna imposibilidad legal, como por ejemplo no poder ejecutar contratos aleatorios.

De acuerdo con los razonamientos analizados anteriormente, el contrato estatal puede ser considerado aleatorio o conmutativo, obedeciendo a la clase contractual que se está observando, y teniendo en cuenta las cláusulas o condiciones que se registren dentro del mismo, basándose en las leyes que existen para cada clase de contrato. (Pinto, 2003).

4. LÍMITES DEL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS ESTATALES DEL RÉGIMEN EXCEPTUADO

Dentro de las normas que rigen para la contratación estatal por obras públicas se encuentran las que se mencionan a continuación.

Ley 80 (1993): A través de esta norma, se emite el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuyo fin primordial es establecer los preceptos y normas que guían los contratos realizados por los organismos estatales. A través de esta ley se implementa una adecuada labor contractual pública con propósitos primordiales de eficacia y claridad, aspectos que fueron disminuidos por todas las formalidades exigidas dentro del procedimiento de contratación. Dentro de esta ley aparecen artículos primordiales para las contrataciones estatales, como se muestra a continuación en la Tabla 1.

Tabla 1. Artículos primordiales de la Ley 80 de 1993

Artículo	Descripción
1	Del objeto: La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales
3	De los fines de la contratación estatal
4	De los derechos y deberes de las entidades estatales
5	De los derechos y deberes de los contratistas
23	De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales
24	Del principio de transparencia
25	Del principio de economía
26	Del principio de responsabilidad
68	De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales

Fuente: Rojas, (2015)

La ley 80 (1993) surge a consecuencia de que dentro del estatuto anterior había deficiencia de controles en lo relacionado con la actividad contractual, lo que le obliga al legislador a generar un nuevo estatuto de contratación y promulgar nuevas leyes que lleven a alcanzar los objetivos del Estado.

Bajo la ley 80 se establece que “El nuevo orden constitucional se aprobó con la constitución política de 1991, que reconoce los mismos principios del Estado de derecho, pero una red denominación conocida como Estado Social de Derecho” (Ley 80, 1993).

De acuerdo con lo establecido bajo el artículo 150 de la Constitución donde se enuncia que compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional. A raíz de esta norma señalada por la Constitución, se produjo por parte del Congreso la expedición de la ley 80 (1993), que abolió el estatuto llamado decreto 222 (1983), el cual no contaba con algunos preceptos modificados bajo la ley 80. (Ocaña, 2014)

En el marco de la Ley 1150 (2007) se incluyen preceptos para la eficacia y claridad en la Ley 80 (1993) y se expiden otros preceptos comunes acerca de la contratación de recursos públicos. A causa de las fragilidades que posee la Ley 80 en cuanto a perversión y carencia de proyección y realización presupuestal en las organizaciones públicas, surge la Ley 1150, con el propósito de procurar ser una modificación para la vigilancia de la corrupción.

Sánchez (2008) identifica las modificaciones en la ley 1150 (2007) que a continuación se detallan.

- Introducción de modificaciones a las normas de selección objetiva

- Transformaciones a las técnicas de selección en: Licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, determinar el principio de oferta más adecuada para cada tipo de selección.
- Estipulación de riesgos contraídos en iguales proporciones con los contratistas.
- Supresión de las Certificaciones de Sistemas de Gestión de Calidad como elemento de puntuación, o condición para poder intervenir dentro del programa de licitaciones o concursos.
- Robustecimiento de la parte de contratación electrónica (SECOP)
- Soporte a las MiPymes
- Constatación de documentos de Requisitos de los Proponentes como función de las Cámaras de Comercio (RUP)
- Difusión de los análisis previos
- Asignación imprescindible en audiencia pública en lo concerniente a los procedimientos de licitación pública y en aquellos sucesos fijados en el art. 273 de la Constitución.
- Supresión del recaudo de los pliegos de condiciones
- Liquidación de los contratos bajo el art. 11 de la ley 1150 de 2007
- Dos meses, unilateral
- Cuatro meses, bilateral
- Dos años al plazo del fin de la acción contractual
- Aplazamiento de los contratos de concesión

- Aditamentos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades
- Robustecimiento de la contratación electrónica

En 2011, a través del Decreto 4170 (2011) nació la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- se definen sus propósitos y estructura. Este decreto también considera la obligación del surgimiento de Colombia Compra Eficiente porque por medio de este, se alcanzan los aspectos que se mencionan a continuación.

- Establecer regímenes conjuntos que puedan ejercer como orientadores para los administradores de las compras y que posibiliten controlar el desarrollo de la acción y valorar la ejecución del método y provocar una mayor claridad en las compras.
- Que exista una organización directriz que proporcione un apoyo apropiado para efectuar el Plan de Desarrollo.

Pinto, A. (2014) en su ensayo señala las propiedades y utilidades que se mencionan a continuación.

- La alianza de los propósitos de la contratación con los que posee la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente
- El progreso de la agrupación de entidades estatales para la compra agrupada de bienes, obras y servicios.
- El robustecimiento de la proyección con la reglamentación del plan anual de adquisiciones.

- La normativización de los convenios marco de precios y asuntos internacionales, como los TLC y la cooperación, entre otros.

De acuerdo al artículo de Usta, P. (2013), otras transformaciones que se dieron con el decreto fueron las que se señalan a continuación.

- El plazo en que se debe actualizar el Registro Único de Proponentes (RUP)
- Las condiciones habilitantes del RUP
- Un actual método para el concurso de méritos
- Modificaciones al régimen de garantías
- Una más buena proyección de los organismos estatales a fin de efectuar compras públicas
- El modo de poner en funcionamiento los tratados de libre comercio firmados por Colombia
- La manera para medir la capacidad residual, la cobertura del riesgo

Debido a que el procedimiento de contratación ha sido tan perjudicado, por medio de este decreto se confía que no surjan más normas que perjudiquen la contratación pública. (Pinto, 2014).

Se destacan dentro de los riesgos que genera el mecanismo de Colombia Compra Eficiente el peso que tiene el precio en el proceso de selección, lo cual es especialmente crítico en los contratos de consultoría, por tratarse de contratos en donde el aspecto intelectual es uno de sus elementos diferenciadores de otras formas de contratos estatales; esto hace que en los contratos de consultoría se

puedan presentar ofertas muy distintas en precio debido al perfil y la experiencia de los oferentes. Esto es aún más crítico si se tiene en cuenta que el procedimiento establecido por esta ley prohíbe que las certificaciones de calidad sean objeto de calificación para participar en la licitación o concurso de méritos.

En la Tabla 2 que se muestra a continuación, se elabora una comparación entre la Ley 80 (1993) y la Ley 1150 (2007), con el fin de precisar los efectos de esta última ley en el proceso de contratación pública, incluido el caso de contratos de consultoría.

Tabla 2. Modificaciones del Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 1150 de 2007)

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007
1. Reformulación del principio de selección objetiva	
1. “Pasa, no pasa”	
Criterios de evaluación que puntúan en razón del proponente	Pasa, no pasa. Separación de los requisitos del proponente en: - Requisitos habilitantes: experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización. - Evaluación de la oferta
Direccionamiento de los pliegos de condiciones favoreciendo proponentes	Evitar el direccionamiento de pliegos
Limitación a la participación de proponentes pequeños	Mayor posibilidad de participación y competencia a los proponentes sin importar su tamaño (requisitos proporcionales)
Rechazo de propuestas por adolecer de errores no sustanciales o formales (Hoy con carácter reglamentario) Desgaste administrativo y toneladas de papel para acreditar las condiciones del proponente	Posibilidad de corregir errores no sustanciales en las propuestas. Fortalecimiento del RUP para eliminar “tramitomanía” y reducir plazos de los procesos (verificación de condiciones del proponente Pasa – No Pasa) - Prohibición de pedir documentos que consten en el RUP

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007
	Obligación de verificar información
- Lista limitada de contratos - Proponente se califica y clasifica C. Co. NO - Verifican información - Información semestral - Inhabilidad por mala fe (10 años) - Extranjeros registro equivalente	- Regla general para todo contrato - Excepciones taxativas - Proponente se califica y clasifica, Las C. Co. - Verifican documentalmente según reglamento. - Certificación en plena prueba - Impugnación en vía gubernativa. En firme, en única instancia ante el juez de lo contencioso, salvo solicitud de la entidad contratante. - Inhabilidad por grave inconsistencia (5 años). - Permanencia por reincidencia - Extranjeros sin domicilio no se registran
RUP no dá valor agregado	RUP con valor agregado
2. Procesos de selección adecuados al objeto	
El criterio principal de diferenciación de procesos de selección en la Ley 80 de 1993 es la cuantía	- Adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización - Método especial para contratación de consultores - Objeto complejo
2.3 Objeto Complejo	
– Ponderación de las condiciones del oferente del proponente y de las características de la oferta	- Licitación pública y como regla general. “Pasa, no pasa” para el proponente. En menor cuantía selección abreviada. - Ponderación factores técnicos y económicos exclusivamente selección basada en CALIDAD Y PRECIO
3. Adecuación de las modalidades de selección	
- Licitación pública - Contratación Directa	- Licitación pública: Regla general para objetos complejos. Pondera calidad y precio. Posibilidad de uso de subasta. - Concurso de méritos: premia el talento. Sólo calidad - Selección abreviada: Circunstancias que ameritan proceso objetivo breve. - Contratación Directa: Excepcional

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007
1. Adecuada distribución en la que participan proponentes	
Asignación de riesgos en la que no participan los proponentes	Revisión y ajuste definitivo de la repartición de los riesgos previsibles se hace de manera conjunta entre entidad y proponentes durante el proceso de selección. Se exige diligencia del proponente
Aplicación indiscriminada del principio de “equilibrio económico” siempre favorece al contratista	Discriminación y asignación de los riesgos, respetando el principio de equilibrio económico, conforme al cual: - Riesgo “previsible” según distribución - Riesgo “imprevisible” el Estado (Incumplimiento “hecho del príncipe”, teoría de la imprevisión). - Eliminación de la
2. Transparencia	
- Cobro de pliegos a precios excesivos limita la participación - Publicidad en elaboración de pliegos de condiciones (hoy tiene carácter reglamentario)	- Se prohibirá el cobro de pliegos permitiendo mayor participación - Toma carácter legal: (Fines) - Recoger observaciones de la sociedad civil - Obtener opiniones técnicas de proponentes - Publicación de Estudios Previos - Fortalecer la planeación
Adjudicación de licitaciones “a puerta cerrada”	Adjudicación de licitaciones en audiencia pública
Régimen de inhabilidades e incompatibilidades solamente se aplica a entidades sometidas a la L. 80/93	Se extiende la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a toda la actividad contractual del Estado
Discusión sobre plazos para la liquidación de contratos	Se privilegia el mutuo acuerdo. En subsidio unilateralmente hasta caducidad de la acción
Discusión sobre posibilidad de declarar multas y cláusula penal	Se consagra la posibilidad de imponer multas y declarar incumplimientos para hacer efectiva la cláusula penal
Discusión sobre posibilidad de estandarizar condiciones generales de pliegos	Se define legalmente en relación con los de bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes.

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007
Uso de garantías limitado: sólo existen pólizas y garantías bancarias	Permitir el uso de otras garantías diferentes de las pólizas de cumplimiento y las garantías bancarias: por ejemplo, cartas de crédito y fiducia en garantía.
Condiciones asimétricas de las pólizas, imposibilidad de fraccionar la garantía (garantía única), exigencia universal que encarece los procesos	- El gobierno reglamentará: - Condiciones generales de las pólizas - Las modalidades de garantías disponibles - Forma de dividir la garantía, bien sea, por las diferentes etapas del contrato o por los riesgos en él involucrados - Posibilidad de no exigir garantía
No se tiene en cuenta el impacto de la contratación pública a nivel local	Fomentar en la ejecución de los contratos, la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales.
La pequeña empresa tiene dificultades para acceder a la contratación pública	En los procesos de selección cuya cuantía sea igual o inferior a 750 SMMLV, se pueden efectuar convocatorias limitadas a MiPymes
Existen regiones marginadas en las que en la ejecución de los contratos estatales no se absorben los recursos locales	Vinculación de grupos marginados o discriminados (reinsertados) organizados como MiPymes
No existe protección a pymes en frente de proponentes extranjeros	Subcontratación preferente de MiPymes Líneas de crédito blando
3. Sistema electrónico de contratación pública – SECOP	
Sistemas de información y gestión contractual del gobierno, particulares y órganos de control desarticulados	- Las actuaciones, actos administrativos, documentos, contratos y actos derivados de la actividad contractual en general podrán tramitarse, notificar y publicarse por medios electrónicos. - Creación del SECOP para: - Estandarizar e integrar la información contractual pública - Ser el punto único de ingreso de información y de generación de reportes (“compra inteligente”) - Habilitar las herramientas para permitir la contratación pública electrónica.
Vacío legal en materia de prórroga	- No habrá prórrogas automáticas: - Límite a la adición por plazo (no más del 60%)

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007
	Sin límite de inversión, pero atado a estudios técnicos Sólo para obras adicionales al objeto contrato o relativas al mismo corredor vial Toda prórroga debe ser autorizada previamente por el CONPES

Fuente: Martínez y González, E. (2014)

Existen desigualdades entre estas normas, de acuerdo con las medidas que se introdujeron con el propósito de cubrir faltas que existían con la ley 80 de 1993. (Rojas, 2015)

La evolución del marco normativo relacionado con la distribución de riesgos en contratación estatal se puede registrar cronológicamente en las siguientes leyes y decretos; se incluyen todas las normas que han estado vigentes en algún momento, incluyendo también las que han sido posteriormente derogadas como consecuencia de esa misma evolución normativa:

- Decreto 222 (1983), Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.
- Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Decreto 679 (1994), por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. Derogada por el artículo 92 del Decreto Nacional 734 (2012).

- Decreto 885 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. Derogado por el artículo 83 del Decreto Nacional 066 (2008).
- Ley 448 de 1998, por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.
- Decreto 423 de 2001, Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.
- Ley 1150 de 2007, 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.
- Decreto 4828 de 2008, Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Derogado por el artículo 9 del Decreto Nacional 734 (2012)
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

- Ley 1508 de 2012, Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 4632 de 2011, Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1474 de 2011 en lo que se refiere a la Comisión Nacional para la Moralización y la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 734 de 2012, Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones, derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013.
- Decreto 1467 de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012.
- Ley 1508 de 2012, Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 1510 de 2013, Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública
- Decreto 1553 de 2014, por medio del cual se modifica el decreto 1467 de 2012.

- Ley 1712 de 2014, Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones
- Decreto 2043 de 2014, por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012.
- Decreto 103 de 2015, Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1882 de 2018, Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO ESTATAL EN LA FASE PRECONTRACTUAL

5.1. PRINCIPIOS GENERALES

El contrato en sus orígenes se encontraba cimentado sobre el principio de la autonomía privada de la voluntad, teniendo como fuente la libertad, como la máxima expresión del ser humano; siendo este, la figura por excelencia, en donde las partes podían disponer de sus derechos patrimoniales, dentro de un Estado de corte liberal. (Correa, 2017)

Adam Smith (1776) sostuvo que entre más libres se dejen a las personas mejor es la sociedad y por eso el Estado no debe intervenir. Acuñándose desde esa época, las ideas liberales que influyeron en el derecho contractual, en contraposición al intervencionismo del Estado. Esta ideología, se vio plasmada en el código civil francés napoleónico, el cual consagró la autonomía de la voluntad como la facultad que tienen los particulares para convenir sus voluntades con los intereses que más convinieran, principio que se catapultó en el Artículo 1134 del código civil francés en donde se estableció que los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado, podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley y deberán ser ejecutados de buena fe. (Rodríguez, 2014)

El principio de autonomía de la voluntad es relevante tanto en el marco del derecho privado como del derecho administrativo o público, debido a que se relaciona con el fin que persiguen las partes cuando establecen las bases que generan el vínculo mutuamente vinculante. Desde la Edad Media y hasta finales del Siglo XVII este principio tuvo su máxima vigencia, pues entonces los contratos requerían solamente aspectos formales para que se consideraran válidos después de que se hubieran aprobado de manera libre. Fue a partir de entonces

que esta noción se origina en la denominada doctrina individualista; hasta entonces se consideraba al hombre como un ser libre en virtud de su propia naturaleza (Balbín, 2017). La autonomía fue el concepto empleado para referirse a la competencia que podía tener un grupo social determinado para establecer sus propias normas, las cuales tienen para los miembros de ese grupo social, el mismo efecto que las leyes dictadas por el Estado para la sociedad en general.

La autonomía de la voluntad permite que a cualquier persona apta se le permita adquirir compromisos (Otálora, 2016), los cuales se pueden reflejar en contratos que, sin embargo, deben someterse a las restricciones de las leyes superiores que rigen para los demás miembros de la comunidad social o el Estado en el que se celebre dicho contrato.

Aunque si bien es cierto que la contratación estatal ha presentado un desarrollo que va orientado a la cabal ejecución de las normas instauradas por la Constitución, como es el caso del surgimiento de la Ley 80 de 1993 bajo la cual se expide el Estatuto General de la Contratación Pública, que surge a causa de la apertura económica y la globalización (Álvarez J. , 2016); con la aparición de dicha norma, se eliminan tantos requisitos y se crea un solo tipo de contrato para el sector público, el cual da origen al empleo del derecho común a los contratos del Estado otorgando preponderancia a la autonomía de la voluntad que es propia de los contratos entre particulares, con el surgimiento de la ley 80 (1993) se pretendía terminar con el manejo corrupto de los recursos públicos, legitimando las normas por ejemplo de responsabilidad, pero, esta norma no logró todos sus objetivos para los cuales fue creada, debido a la gran amplitud de la norma, permitiendo a muchas entidades ingresar a realizar contrataciones adheridas a regímenes excepcionales buscando cumplir con un interés particular y no público, motivo por el cual el legislador modificó dicha norma con la ley 1150 del 15 de Julio de 2007 que perfecciona el fundamento en que se basa la contratación estatal, es decir, la transparencia y la eficacia de los mismos.

De igual forma, con la ley 1150 se reglamenta el debido proceso con relación a las actuaciones en la contratación, sobre todo en lo que tiene que ver a la imposición de multas, con el fin de ordenar al contratista a cumplir con sus obligaciones y hacer efectivas las cláusulas penales (Salomón, 2008). La Ley 1150 en el parágrafo del artículo 17 establece: *“La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”*. Parágrafo transitorio: *“Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”* (Ley 1150, 2007)

De acuerdo con Jurío y Parra (2015), un área de la doctrina reconoce en la contratación en la porción frágil al deudor de un vínculo contractual, aspecto que es inexacto, debido a que, para mirar la parte frágil, debe ser analizado tanto el Estado como el particular. También queda explícito que está autorizada la inspección de los contratos con el propósito de proteger los derechos de la parte contratante desfavorecida, por los hechos realizados por contratantes irregulares o injustos (lesión) o por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

Bajo el entorno de acatamiento a los convenios pactados en un contrato y de inspección de los mismos, una parte manifiesta que la autogestión privada por parte de los contratantes no debe ser condicionada (Alcalde, 2014), ni siquiera por la norma de legitimidad y que la nación no debe involucrarse en los vínculos contractuales (De la Puente, 1983). Otros señalan que el contrato no debe ser analizado judicialmente, debido a que alguno de los intervinientes en el contrato afirma que se encuentra perjudicado por el contrato, o debido a que por

situaciones excepcionales e inesperadas han producido modificaciones en los beneficios de quienes intervienen en el contrato. Cuando las personas determinan realizar un vínculo a través de un contrato lo realizan de manera soberana, de modo independiente delimitan los aspectos que van incluidos en el contrato, hallándose, cada parte integrante del mismo, en la condición de poder prevenir las factibles eventualidades de una posible falta por la otra parte; por tal motivo, pueden hacer formar parte del contrato cláusulas que fortalezcan el cumplimiento de lo allí estipulado, como por ejemplo una cláusula penal, multas, mora automática, intereses, etc. (Mazeaud & León, J, 1978)

También se debe observar que aquel conjunto de normas del Estado cuya composición radica en el principio de legalidad, deben poseer cierto margen de libertad para ejecutar una comprensión y posterior aplicación de la norma (Aljure & Torres, 2016), es decir, donde la ley pertinente no defina el comportamiento a seguir, poder disponer si debe o no actuar, y si ejerce el acto, elegir la dirección a tomar, y qué disposiciones usará. Por ejemplo, la parte administrativa tiene la libertad atribuida por el ordenamiento jurídico de decidir algunos elementos o condiciones para ejercer su labor como en el caso de realizar una liquidación tributaria, o pensionar a un trabajador por edad, o de igual forma, para realizar el ejercicio de su labor emplea principios de consideración que no se encuentran explícitas en las normas y que es autónoma su apreciación, como por ejemplo el retiro o designación de un empleado en un cargo. (Rico, 2015)

En el gobierno, el término de autonomía de la voluntad puede comprenderse como los actos que se ejecutan con prudencia o moderación (Tapia, 2015), debido a que consiste en la manifestación de la libertad de las decisiones correspondientes a la parte administrativa, es decir, poder ejecutar no sólo lo que las normas le facultan, sino también todo lo que las normas no le impiden; por lo tanto, el gobierno puede utilizar de manera obviamente prudente y moderada lo que la ley no ha reglamentado (Müller, 2015). De esta manera,

actualmente se comprende que la parte estatal trabaja de acuerdo con las capacidades y condiciones reguladas y en consonancia a como se deban adaptar o acoplar sus actos a las condiciones de una norma, estatuto o cualquier otro mandato administrativo. (Meléndez, Dargent, & Rousseau, 2017)

En el Artículo 40 de la ley 80 de 1993 se señala que las cláusulas de los contratos estarán acordes con el derecho común y con las normas establecidas en los estatutos, de acuerdo con su naturaleza, autorizando explícitamente a los entes gubernamentales para ejecutar los contratos que faciliten la autonomía de la voluntad y advierta la ejecución de los propósitos que tiene el Estado. (Amazo, 2007).

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, el mandato jurídico aprobó la condición del contrato estatal puntualizado en el artículo 32 como aquel suceso jurídico generador de obligaciones en cuya realización participe una entidad estatal, es decir, que se considera un vínculo contractual a nivel estatal, si una de las partes que integra el contrato es una entidad estatal; cabe indicar que para este tipo de contratos se usan ciertas normas que restringen a los contratos de lo cual se ocupa el Estatuto de Contratación Estatal, donde se usa la expresión “contrato estatal” utilizada bajo el art. 32 de la Ley 80 de 1993, e igualmente la declaración “contrato de estado” que aparece en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta el principio intrínseco y estructurado, que por mandato legal no se aplica a las entidades exentas del régimen contractual por virtud del artículo 15 de la Ley 1150 (2007) Parágrafo 1º: *“Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”*

Con relación al contrato estatal, el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (1998), señala: “...*Coherente desde el punto de vista de semántica jurídica con el órgano público contratan la categoría “contratos estatales”, los cuales, de conformidad con el art. 32 de la ley 30 de 1993, son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales que el mismo ordenamiento enumera*”, donde el contrato estatal está dirigido por el principio de la autonomía de la voluntad, e igualmente por el amparo del interés público y la supervisión de los recursos, que se encuentran sometidos a un sistema legal propio.

El Consejo de Estado enuncia que el contrato como declaración de la autonomía de la voluntad de los contratantes, cuyo propósito es generar obligaciones, es un acto jurídico. Esa declaración de voluntad puede estar de manera manifiesta o tácitamente, ya que se puede inferir por el mismo convenio realizado, o se concluye por entendimiento de su clausulado (1997). Catalogar un contrato como estatal no implica por sí mismo, la fijación de principios de derecho público (Moreno, 2016), se debe analizar el objeto contractual que genera la adaptación de principios de derecho privado manteniendo el objetivo de prestación de servicios públicos, a raíz de lo cual se utiliza un sistema jurídico compuesto, conformado por leyes de derecho público y derecho privado.

Descifrar el deseo de las partes, encuadrado en los fundamentos de la autonomía de la voluntad que se representa en las cláusulas del contrato estatal, manifiesta como términos los objetivos del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que estipula lo que se menciona a continuación.

Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de las normas civiles, comerciales y las 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 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 (...)" (Congreso de la República, 1993)

Igualmente, dentro de la misma Ley 80 en su artículo 28 impone la selección de la explicación de las estipulaciones del contrato que considere los objetivos y fundamentos de la ley, la buena fe y la simetría en las prestaciones bilaterales.

Para analizar y discernir un contrato, se deben tener en cuenta tres aspectos: La explicación, la competencia e incorporación (Obando, 2017). En cuanto a la explicación, esta radica en fijar el fin u objetivo común de las partes, cuyo propósito se encuentra establecido en el escrito o en las enunciaciones o conductas legítimas, coherentes y destacadas por la utilización de normas intrínsecas y propósitos instaurados en el Código Civil. Con relación a la competencia, tiene que ver con la estandarización o determinación del convenio llevado a cabo por las partes y que se encuentren enmarcados en los niveles legales que abarca el estatuto de contratación y en todas las normas que se deriven del empleo de este tipo de contratos. Y en cuanto a la incorporación, tiene que ver con la causa, que surge ya cuando se ha fijado la clase de contrato, tanto las partes como el juez hallan que junto con las especificaciones que se basan en la autonomía de las partes, se incorporan otra serie de responsabilidades y derechos que poseen peso dentro de los principios categóricos y complementarios, en los usos y costumbres, en la buena fe y la equidad (Consejo de Estado, 2011).

Frente a este principio, la Corte Constitucional ha expresado:

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones

de voluntad de los particulares. En otras palabras, consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, la delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”. Es necesario recalcar que el principio de la autonomía privada no es absoluto, puesto que se observa restringido en muchas circunstancias, desde la propia Constitución, por otros principios tales como la protección de los derechos fundamentales o el del intervencionismo estatal o, incluso, por la ley, ya que el inciso final del artículo 333 de la Constitución Política permite al legislador limitar este principio, cuando estén en juego intereses generales. De acuerdo con el inciso citado, la ley debe reglar el uso de la libertad económica de los particulares en función del interés social, del ambiente sano y del patrimonio económico de la nación. (Corte Constitucional, 1993)

A su vez, la Constitución Política crea una base jurídica para la autonomía de la voluntad en el 333, cuando indica que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La 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 de Colombia, 1991)

Es claro que existe un criterio eminentemente orgánico para establecer la naturaleza jurídica del contrato estatal (Duarte & Páez, 2017); así por ejemplo,

en el contrato de prestación de servicio se establecen unas características más no elementos de su esencia o naturaleza, por lo que se aplica un híbrido de normas de lo público, mientras en el resto se aplican las normas sobre suministro de servicios establecidas en el Código de Comercio o de arrendamiento de servicios del Código Civil; situación similar se presenta en los contratos de Consultoría, en los cuales la norma del artículo 32 de la Ley 80 presenta un listado de objetos más no son elementos de la esencia y naturaleza, por lo que se deben integrar con las normas del Código Civil. En el contrato de obra y en el de fiducia pública también se presentan situaciones similares mientras que el de concesión es el único del que podría afirmarse que cuenta con una regulación basada más en normas públicas que privadas. Esas ambigüedades pueden generar incertidumbre, y dificultades a la hora de aplicar la regulación legal cuando se presentan conflictos durante la ejecución contractual. (López P. , 2015)

De acuerdo con la Sentencia 12085 (1999), la Ley 80 tiene como objeto establecer un régimen de contratos estatales, los cuales podrán ser celebrados incluyendo modalidades, condiciones y cláusulas o estipulaciones que sean necesarias y que no sean contrarias a la ley, el orden público y los principios de buena administración. En la misma sentencia advierte la Corte que:

En otras palabras, la administración pública, no puede, so pretexto de la cláusula de exclusividad, limitar su libertad contractual de tal suerte que, resulte obligada a concluir un sinnúmero de negocios jurídicos con un solo contratista inicial, si los mismos suponen, la observancia de los requisitos de selección que excluyen la esencia de la exclusividad, pues una cláusula accidental de tal naturaleza está afectada de invalidez por ir en contra de normas imperativas y es función del juez del contrato proceder a la depuración del contenido negocial en todos aquellos eventos en los cuales las estipulaciones de las partes, vayan más allá de los límites de

autorregulación de intereses o de capacidad dispositiva, en una sola palabra, cuando se contravengan los límites de la autonomía privada. (Sentencia 12085, 1999)

En determinados negocios jurídicos de carácter estatal, la administración pública no puede conceder exclusividad en la prestación de un servicio o en el suministro de unos bienes a un contratista (Buendía & García, 2014). Ello es posible, siempre y cuando no se vulneren normas de orden público ni se comprometa el principio de igualdad en la selección de los contratistas.

El contrato estatal, a pesar de tener como uno de sus elementos principales la autonomía de la voluntad entre las partes, tiene una formalidad cuyo incumplimiento ocasionaría la ineficacia del contrato; esta formalidad se refiere al carácter imperativo de que el acuerdo de voluntades se eleve a escrito, para que se pueda perfeccionar el negocio jurídico. (González, 2017)

En cuanto a las responsabilidades de los consorcios y de las uniones temporales, dentro de la sentencia C-949 (2001) se analiza la demanda presentada en el sentido de que presuntamente el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 hace vulnerable los artículos 4, 95 inciso 2, 96, 100 y 338 de la Constitución Política, por considerar que la responsabilidad de los integrantes del consorcio o unión temporal se deduce de su calidad de personas individualmente consideradas, que han de responder solidariamente y no por el grado de participación en la ejecución del contrato. Al responder a esta demanda, el Consejo de Estado cita que cuando se conforman consorcios o uniones temporales, la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros; esa autonomía es la que lo lleva a celebrar el respectivo contrato, lo que los lleva a que respondan por las acciones u omisiones que se presenten con ocasión de la gestión contractual consorcial o de la asociación temporal. De acuerdo con el Consejo de Estado, si quienes actúan en nombre de los

consorcios y uniones temporales son personas naturales con capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones, están entonces llamadas a responder por las acciones u omisiones que se deriven de tal decisión. (Meléndez, 2017)

En este punto cabe mencionar que el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato se denomina responsabilidad contractual; a su vez, la responsabilidad civil contractual supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato, es decir, no se trata solo del incumplimiento de la obligación, sino que implica una transgresión (Alterini, 2014). El antiguo derecho romano, no reconocía el vocablo obligación, pero se fundaba en el término "*nexum*" cuyo significado es ligar, anudar. Este vínculo tenía una representación material ya que el deudor que no pagaba podía ser encadenado por el acreedor para hacerle responder por su deuda con su propio cuerpo. En la época clásica no era considerada la culpa subjetiva del deudor sino la causa objetiva del incumplimiento, pero ulteriormente con el enfoque Justiniano apreciaron la conducta subjetiva del deudor refiriéndola a lo objetivo del incumplimiento (Ferretti, 1992).

Para que pueda discutirse la responsabilidad contractual, es imperiosa la previa existencia del contrato válido, que haya sido perfeccionado por el consentimiento de las partes, revistiendo la forma que la Ley señala para cada caso, y que por lo anterior obliga no solo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias de su naturaleza, sea éste unilateral, bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, instantáneo o de tracto sucesivo, encontrándose en la falta a su puntual cumplimiento - salvo las excepciones consignadas en la ley – por las personas que los otorgan y sus causahabientes, la causa de su rescisión y/o la correspondiente responsabilidad del pago de daños y perjuicios, si los hubiere (Hinestrosa, 1986).

En los consorcios la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros (Bravo, 2017), lo que hace que deban responder proporcionalmente por las acciones u omisiones que se sucedan dentro de los procesos de contratación que adelanten con el Estado. Como consecuencia de la misma consideración es que los consorcios son considerados como capaces de realizar actos legalmente válidos y, por lo tanto, para contratar a pesar de no ser, como ya se mencionó personas jurídicas.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes de un contrato administrativo pueden incluir todas las estipulaciones que consideren indispensables para satisfacer adecuadamente las finalidades de la contratación y garantizar los derechos contractuales. Entre tales estipulaciones se encuentran aquellas cuyo objetivo es el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones, a través de las cuales se mitigan los efectos de los hechos o circunstancias que puedan afectar la economía del contrato durante su ejecución. (Balbín, 2017)

El mecanismo principal que la ley o las partes pueden consagrar para garantizar el equilibrio económico del contrato es la revisión o reajuste de precios (Sánchez L. , 2017), el cual permite que se produzca un ajuste positivo o negativo en el precio frente a la ocurrencia de cambios en las condiciones de ejecución contractual, cambios que están señalados en el ordenamiento jurídico o en las respectivas cláusulas. Si bien este mecanismo surgió como una figura de excepcionalidad aplicable en los eventos autorizados por la ley y siempre que existiera un pacto entre las partes, la evolución hizo que el mecanismo se extendiera a la generalidad de los contratos, inclusive sin que se haya estipulado específicamente en el contrato.

En este punto y antes de pasar a mencionar el caso particular de los contratos que gestiona FONADE, resulta oportuno referirse a la autonomía de la voluntad

en el caso de los contratos que hacen parte del régimen exceptuado, especialmente en la fase precontractual. El hecho de que las entidades que hacen parte de este régimen puedan actuar por fuera de los términos fijados por el estatuto de contratación, es decir, por la ley 80 (1993) y la ley 1150 (2007) implica que estas entidades deben regirse por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades. Esta condición implica que, de acuerdo con Sarmiento (2016), cuentan con libertad para diseñar sus contratos, de acuerdo con la función económica y jurídica que requieran satisfacer. A pesar de ello, las citadas normas regulan los mecanismos de selección del contratista, además de que limitan y le imprimen rigidez al proceso de diseño del contrato y a la escogencia del contratista.

De esta manera, tales entidades exceptuadas del régimen de contratación pública pueden definir sus mecanismos de contratación y selección propios de la fase precontractual, siempre que cumplan con los principios de transparencia, selección objetiva y responsabilidad, “dejando en manos de cada entidad pública la determinación de la necesidad que se quiere solventar con el contrato, el cálculo de la mejor relación costo-beneficio de la oferta y la estimación de riesgos previsibles” (Sarmiento, 2016, pág. 191).

5.2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS QUE GESTIONA FONADE

Al investigar sobre la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en la gestión contractual que adelanta el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE se lograron identificar algunas normas y casos específicos que se analizan en este apartado.

Así, en la respuesta dada por esta entidad a las observaciones realizadas al pliego de condiciones y a la asignación de riesgos en el marco del concurso de méritos abierto con propuesta técnica simplificada CM 030-2010 (FONADE, 2010), se solicitó aclaración sobre los factores técnicos de escogencia del contratista y concretamente a la experiencia específica del proponente. La entidad respondió en el sentido de que:

Son fines esenciales del estado la prestación de un servicio público de manera eficaz bajo los principios de moralidad, imparcialidad, concurrencia e igualdad, significa entonces que si dentro del proceso en referencia se establece como requisito de participación que el oferente haya ejecutado contrato(s) de interventoría se deben tener en cuenta los contratos de consultoría y así vulnerando lo establecido en la Ley 80 Art 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 (FONADE, 2010, pág. 2)

Adicionalmente, cuando el concepto de estipulado en relación con la interventoría, ésta hace parte de las funciones inherentes a la autonomía de las entidades territoriales, la cual implica responsabilidades y por lo tanto debe respetarse.

Así mismo, en el Informe Definitivo de Evaluación de los Requisitos Habilitantes y Factores Técnicos de Escogencia y de Recomendación de Adjudicación, referente a las Obras Complementarias en la Institución Educativa Agrícola de Ungía, Municipio de Ungía, Departamento del Chocó, Selección Abreviada – Menor Cuantía SAMMC10 011-2011 (FONADE, 2011), la entidad señaló lo siguiente:

La jurisprudencia ha precisado que “En la intervención de los consorcios y uniones temporales como uno de los extremos de la relación contractual, la autonomía de la voluntad está expresada por las actuaciones de sus miembros, que son los que al celebrar el respectivo contrato finalmente responden por las acciones u omisiones que se presenten con ocasión de la gestión contractual consorcial o de la asociación temporal. Y si quienes actúan en nombre de los consorcios y uniones temporales son personas naturales que de conformidad con la ley civil tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, es preciso señalar, que tales personas son las llamadas a responder en el evento en que se presenten acciones u omisiones de las cuales se puedan derivar algún tipo de responsabilidad.” (FONADE, 2011, pág. 4)

En esta misma ocasión, se manifestó en el sentido de que con el consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas con el objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. En el consorcio no se da origen a una persona jurídica distinta de quienes lo integran, por cuanto estos mantienen su personalidad individual, propia e independiente sin perjuicio de que para los efectos de contratación se obre de consuno mediante representante que para el efecto se designe; sin embargo, la unión de las entidades o personas consorciales no origina un nuevo sujeto de derecho con capacidad jurídica autónoma.

En el siguiente año, se produjo otra manifestación en un sentido similar (FONADE, 2012) en relación con la figura de Unión Temporal. En esa ocasión la entidad conceptuó que:

Con respecto a ésta figura de la Unión Temporal se observa que, si bien el régimen aplicable al presente proceso de selección no corresponde al

Estatuto General de la Contratación Pública contemplado en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias y reglamentarias, es claro que la definición adoptada por la entidad comparte –con exactitud- los mismos elementos y términos de la figura regulada expresamente en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, lo cual evidencia la clara intención de la entidad de aplicar ésta modalidad de participación al Proceso de Selección OCC 016 de 2012 adelantado por Fonade, pero en el marco del derecho privado, donde prima la autonomía de la voluntad. (FONADE, 2012, págs. 12, 13)

El mismo concepto de autonomía de la voluntad ha sido invocado por este organismo en el caso de imposición de multas en los contratos; a este respecto, indicó que, frente a lo expresado en el fallo 7879 de 1994 del Consejo de Estado, en el que se señala que éstas no se pueden establecer de manera unilateral dentro del marco de la autonomía de la voluntad, su política es la de aplicar en tales casos el debido proceso, entendiendo que la naturaleza de la cláusula penal es la de garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales (FONADE, 2012)

Sobre este mismo asunto, ante una inquietud de un oferente en la oferta pública OPC 192-2012 (FONADE, 2012) la entidad expresó que el procedimiento sancionatorio será el establecido en la Ley o en el contrato, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de acuerdo con el régimen del contrato.

La institución publicó la Versión 9 el Estatuto de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE, 2016), por medio del acuerdo 222 de mayo de ese año. En virtud del artículo 2, dicho estatuto aplica a la actividad contractual de FONADE, bien sea en cumplimiento de las obligaciones que adquiera con sus clientes, o para su funcionamiento, salvo disposición en contrario. Para la Contratación Derivada o la Contratación de Funcionamiento, FONADE podrá celebrar todos los actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en la legislación comercial y civil, en disposiciones especiales o

derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. En el artículo 26 del mismo documento se establece que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en la Ley, correspondan a su esencia y naturaleza; se podrán incluir las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, conforme a la autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a las reglas sobre buena administración. Sobre este mismo asunto, el artículo 32 indica que:

Con fundamento en los principios de autonomía de la voluntad y la aplicación del carácter dispositivo del derecho privado, FONADE, en caso de mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones o cargas, previa autorización del deudor y agotado el requerimiento escrito al Contratista de explicaciones por el no cumplimiento, podrá: i) Aplicar las cláusulas penales de carácter conminatorio, sancionatorio e indemnizatorias, mediante la efectividad y exigibilidad de las garantías otorgadas, ii) Realizar descuentos de sumas de dinero de los pagos pactados por no cumplir los acuerdos de niveles de servicio, iii) Hacer compensaciones o descuentos para el reconocimiento del pago por mayor permanencia o actividad de la interventoría pactadas de mutuo acuerdo, iv) Realizar el reporte a las centrales de riesgo. (FONADE, 2016, pág. 31)

También produjo el Instructivo de Requisitos para Pago a Contratistas de Obra “Contratos sin Situación de Fondos” (FONADE, 213), en el que se establece que la cláusula AIU es usualmente utilizada en los contratos de construcción de obra e implica gastos de Administración, Imprevistos y Utilidad, con el fin de conocer el riesgo al ejecutar un presupuesto de obra y controlar los costos de la obra. No obstante, dicha fórmula de AIU puede pactarse en cualquier clase de

contrato en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin que se conozca un ordenamiento legal que lo regule.

Así mismo, en el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano (FONADE, 2013) se señala como mecanismo anticorrupción en la gestión contractual, la realización de audiencias para la exigibilidad de sanciones pecuniarias en contratos de régimen privado que, de acuerdo con la complejidad del objeto contractual, se pacta en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, la realización de audiencias donde el contratista y/o la aseguradora ejercen su derecho de defensa en virtud de presuntos incumplimientos.

Debe advertirse que, en FONADE, debido a su naturaleza jurídica, de acuerdo con lo señalado en la ley 1150 (2007), en su artículo 13:

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

El artículo 209 de la Constitución establece que:

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

A su vez, el artículo 267 se refiere al control fiscal y establece que esta función será ejercida por la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, que se ejercerá en forma posterior y selectiva. Sin embargo, en casos especiales, la vigilancia se puede realizar por empresas privadas colombianas contratadas previo concepto del Consejo de Estado. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Entre tanto, como ya se había dicho, el artículo 15 de la ley 1150 de 2007 señala modificó el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo que los Contratos que celebra FONADE como entidad financiera de carácter estatal, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación y se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Una de las consecuencias de pertenecer a este régimen exceptuado, de acuerdo con el Consejo de Estado, tiene que ver con el requisito de solemnidad:

Además, ha precisado la Sala que una de las hipótesis que se ubica en el supuesto previsto por el artículo 87 del C.C.A. (declaratoria de existencia del contrato) es la relacionada con aquellos contratos que celebran las entidades estatales que no están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen - en cuanto a su formación y relación sustancial- por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces, celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede deprecarse a través de la acción contractual (Expendiente 29.402, 2010).

Es claro, además de explícito, de acuerdo con este concepto del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, que la naturaleza jurídica de FONADE como entidad financiera del Estado, le permite celebrar contratos sin que tengan que cumplir con el requisito de formalidad.

6. CONCLUSIONES

6.1. RESULTADOS OBTENIDOS

Este trabajo se propuso dilucidar la limitación de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993, como consecuencia de la aplicación del derecho público. Como se observó, es en la fase precontractual que se tiene la oportunidad de acordar entre la entidad estatal y el contratista las condiciones que regularán su relación, condiciones que necesariamente deben ajustarse al principio de legalidad, como requisito para que pueda ser un negocio obligatorio y válido.

Los acuerdos que las partes acuerden deben ser además solemnes, a diferencia de lo que sucede en los contratos privados, que pueden ser verbales. Esta solemnidad contribuye además a su claridad, pues evita los malentendidos que pueden surgir cuando cada parte puede entender lo acordado de manera diferente. Algunos doctrinantes citados en el trabajo concluyen, a partir de inexistencia de igualdad jurídica del particular y la entidad estatal, los contratos administrativos son en realidad actos administrativos en los cuales la autonomía de la voluntad del contratante se ve limitada.

La autonomía de la voluntad es especialmente valiosa en la fase precontractual, pues es entonces cuando existe la posibilidad de plantear términos que, de ser aceptados por la contraparte, se convierten en normas vinculantes. Los particulares que son contratados por el Estado para poder cumplir su función se convierten en copartícipes de la gestión pública, aunque lo hacen con propósitos diferentes, como el de generar ganancias económicas, en virtud del carácter oneroso de estos contratos.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, las prestaciones que dan nacimiento al contrato conmutativo se conocen o determinan desde el momento mismo de su celebración, lo que reitera la importancia de la fase precontractual y la mediación de la autonomía de la voluntad en esta etapa. Esta característica constituye la diferencia central entre estos contratos y los aleatorios, en los cuales se presenta subordinación entre el surgimiento de las responsabilidades y una circunstancia imprecisa y futura cuya ocurrencia es incierta en la fase de perfeccionamiento contractual. La anterior distinción hace que no se pueda disponer que los contratos estatales tengan carácter aleatorio; esta condición determina además que los contratos estatales estén gobernados por el mantenimiento del equilibrio económico y financiero.

Esta propiedad es la que conduce a que las partes ejerzan la autonomía de la voluntad precisamente en la fase previa a la formalización, con el ánimo de crear desde entonces reglas que conduzcan al equilibrio económico cuando éste se pueda ver amenazado.

Es en virtud de la autonomía de la voluntad que cualquier persona apta pueda adquirir compromisos, y la legislación faculta la inspección de los contratos con el fin de proteger a la parte desfavorecida, especialmente por contratos irregulares o injustos, por fuerza mayor o por caso fortuito. Cuando dos personas realizan un vínculo contractual de manera soberana, prevén las eventualidades emergentes ante la falta de la otra parte, para lo cual incluyen cláusulas orientadas a fortalecer las medidas de protección de sus intereses, como pueden ser cláusulas de multas, penal, mora automática, intereses, entre otras. El gobierno puede utilizar de manera prudente y moderada aquello que la ley no ha reglamentado. La autonomía de la voluntad no requiere declararse dentro del clausulado contractual, dado que la misma se presume por lo que puede ser tácita. El mecanismo principal previsto por la ley para garantizar el equilibrio económico del contrato es la revisión o reajuste de precios.

En el trabajo también se observó que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, como entidad estatal que es, se encuentra obligada a aplicar el principio de autonomía de la voluntad, particularmente en la fase de formación y perfeccionamiento de los contratos. Es así como este principio se ve reflejado en los conceptos jurídicos que emite cuando ejecuta diferentes modalidades contractuales, como concursos de méritos, convocatorias públicas, concursos de méritos abiertos, ofertas cerradas, contratos de menor cuantía, etc. Esta experiencia en la ejecución de estos contratos ha conducido a que la entidad haya creado su propio estatuto de contratación, el cual ha sido revisado y actualizado periódicamente, al igual que un plan anticorrupción y de atención al ciudadano, documentos en los cuales se hace referencia al principio de autonomía de la voluntad.

6.2. RECOMENDACIONES

Como se pudo observar, las entidades del Estado gozan de unas facultades especiales que les reconoce la ley con el fin de proteger el interés común por encima del interés particular. Esas facultades especiales pueden conducir a que en la fase de formación y perfeccionamiento contractual logren establecer unas condiciones que limiten la autonomía de la voluntad de los contratantes particulares. Los particulares pueden llegar a considerar que la única medida prevista por la legislación para favorecer sus intereses tiene que ver con la garantía de mantener el equilibrio contractual, es decir, la garantía de una utilidad económica en retribución a las concesiones que deben hacer en beneficio del bien común.

Esta situación puede conducir a que el precio que las entidades estatales reconocen por los productos y servicios que requiere para su operación, sea notoriamente más alto que el que pagan los particulares por esos mismos

productos y servicios. Ante este riesgo, se recomienda que el Estado establezca medidas tendientes a controlar los precios máximos que las entidades públicas pueden reconocer los productos y servicios que contratan.

6.3. CONCLUSIÓN GENERAL

Este trabajo se propuso responder cuál es el límite en la aplicación de la autonomía de la voluntad en la formación y el perfeccionamiento del contrato estatal. Al respecto puede señalarse que ese límite está determinado, por un lado, por el interés común que representa la entidad estatal y, por el otro lado, por el equilibrio contractual del contratante. Así mismo, el principio debe desarrollarse con especial observación de los principios de transparencia y selección objetiva. También se encontró que el hecho de estar sujetas a un régimen exceptuado, hace que las entidades que cumplen con los criterios establecidos en la ley 80 (1993) y en la ley 1150 (2007) deban y puedan establecer sus propios mecanismos de contratación y selección propios de la fase precontractual, aunque al hacerlo deben observar los citados principios, así como el de responsabilidad, de acuerdo con la misión establecida por la ley para cada una de dichas entidades.

Sin embargo, esta es una versión simplificada de todo lo que rodea el complejo mundo de la contratación estatal, y se plantea con el único propósito de dar una respuesta corta a la pregunta de investigación planteada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución Política de Colombia. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Imprenta Nacional. Obtenido de Constitución Política de Colombia 1991.
- Acosta, N. (2016). *Problemática de la liquidación de los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Alcalde, J. (2014). Actualidad legislativa. *Revista chilena de derecho privado*, 445-478.
- Aljure, J., & Torres, T. (2016). *La sanción disciplinaria de inhabilidad en el estado social de derecho: "Exceso de poder"*. Bogotá: Universidad Libre.
- Alonso, E. (2010). Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública. *Revista Iter ad Veritatem*, 2010(8), 19-36.
- Alterini, A. (2014). Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 239-247.
- Álvarez, J. (2016). Impacto de las reformas económicas neoliberales en Colombia desde 1990. *In Vestigium Ire*, 78-91.
- Álvarez, L. (2009). Diez años de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: lo bueno, lo malo y lo feo de un modelo mestizo. *Lecturas de economía*, 143-165.

- Álvarez, M., & Rodríguez, A. (2014). *Cláusulas abusivas en la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación y odificación unilateral en el contrato estatal en Colombia*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Amazo, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Estudio socio jurídico*, 181-203.
- Balbín, C. (2017). La interpretación jurídica desde la mirada del Derecho administrativo. *Revista Derecho Administrativo Económico*, 5-32.
- Balbín, C. (2017). La interpretación jurídica desde la mirada del Derecho administrativo. *Revista Derecho Administrativo Económico*, 5-32.
- Baptista, N. (2015). Derecho procesal administrativo. *Biblioteca Jurídica Diké*, 42-49.
- Barrientos, O. A. (2008). *Notas del Clase del curso de Derecho Administrativo Especial*. Medellín: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho.
- Bensusán, G. (2015). Los empresarios y la legalidad laboral: Los límites de la privatización. *Revista Sociológica México*.
- Bluhum, E. (2012). *El precedente en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bobbio, N. (1987). La gran dicotomía: público/privado. *Estado, gobierno y sociedad*, 12-33.
- Bravo, I. (2017). La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos. *Ars Boni et Aequi*, 101-110.
- Buendía, M., & García, M. (2014). *Uso exclusivo de bienes de uso público en las concesiones portuarias a empresas privadas en Cartagena*. Cartagena: Universidad de Cartagena.

- Cabrera, M. (2016). Evolución jurisprudencial de los delitos de corrupción: un antes y un después de la crisis económica. *Radiografiando la democracia*, 10-22.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80*. Bogotá: Congreso de la República.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1150*. Bogotá: Congreso de la República.
- Consejo de Estado. (agosto de 29 de 1984). Bogotá: Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (23 de septiembre de 1992). *Caso 75*. Bogotá: Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (1997). *Sala de consulta y servicio civil*. Magistrada Ponente Dra. María Elena Giraldo.
- Consejo de Estado. (1998). *Sentencia 20 de Agosto*. Bogotá: Magistrado Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.
- Consejo de Estado. (22 de agosto de 2002). *Caso 2001001*. Bogotá: Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2011). *Sentencia 18837*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B.
- Consejo de Estado. Sentencia 16 de febrero. Expediente 3551. (2001). *Sección Primera*. Bogotá: Magistrada Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.
- Correa, J. (2017). Autonomía de la Voluntad y Derechos Reales: análisis de los sistemas del *numerus apertus* y *numerus clausus*. *USFQ Law Review*, 14-41.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-338*. Bogotá: Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia. (1952). *Sentencia 01-06-52*. Bogotá: Sala de Casación Civil).

De la Puente, M. (1983). *Estudios del contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores.

Decreto 066. (2008). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 222. (1983). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

Decreto 4170. (2011). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.

Decreto 679. (1994). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993.

Decreto Nacional 734. (2012). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Díaz, I. (2014). Fallas de Planeación y Su Incidencia en el Contrato Estatal de Obra. *Las. Rev. Digital de Derecho Admin.*, 11-17.

Díez, L. (2012). Contrato y Libertad Contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, 15-21.

- Duarte, E., & Páez, S. (2017). *Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal—caso ley 142 de 1994*. Cúcuta: Universidad Libre.
- Echeverri, J. (2015). *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expendiente 29.402. (2010). *Consejo de Estado. Sección Tercera*.
- Ferretti, A. (1992). *Derecho romano patrimonial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- FONADE. (2010). *Cconcurso de méritos abierto con propuesta técnica simplificada CM 030-2010*. Obtenido de FONADE: http://www.fonade.gov.co/Contratos/Documentos/1861__20100618030843Informe%20de%20Recomendacion%20de%20Adjudicacion%20CM%20030-2010.pdf
- FONADE. (2011). *Informe Definitivo de Evaluación de los Requisitos Habilitantes y Factores Técnicos de Escogencia y de Recomendación de Adjudicación, referente a las Obras Complementarias en la Institución Educativa Agrícola de Ungía, Municipio de Ungía, Departamento del*. Bogotá: FONADE.
- FONADE. (2012). *Documento de respuesta a las observaciones al informe de evaluación y recomendación de aceptación de ofertas. Oferta Cerrada OCC 016- 2012*. Bogotá: FONADE.
- FONADE. (2012). *Documento de respuestas a las observaciones realizadas a las reglas de participacion. Oferta Pública OPC 192-2012*. Bogotá: FONADE.

FONADE. (2012). *Segundo documento de respuesta a las observaciones (extemporáneas) recibidas al proceso OCC – 027 – 2012*. Bogotá: FONADE.

FONADE. (2013). *Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano*. Bogotá: FONADE.

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

FONADE. (2018). *Quiénes somos*. Obtenido de FONADE: <http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WebSite/Fonade/QuienesSomos/NuestraEntidad/Mision>

FONADE. (213). *Instructivo de Requisitos para Pago a Contratistas de Obra “Contratos sin Situación de Fondos*. Bogotá: FONADE.

García, J. (2017). Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 38-43.

García, J. (2017). Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 34-43.

González, Y. (2017). *Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales*. Bogotá: Universidad EAFIT.

Guecha, C. (2010). El contrato como acto administrativo: una nueva teoría que determina su control de legalidad. *Revista de Derecho Principia Iuris*, 2010(14), 15-38.

Higuita, J. (2014). *Responsabilidad Penal en la Contratacion Estatal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

- Hinestrosa, F. (1986). *Estudios de derecho privado: homenaje al Externado en su centenario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jurío, M., & Parra, R. (2015). El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12-21.
- León, A., Hincapié, L., & Villa, G. (2016). Potencial social y político de la planeación local y el presupuesto participativo en Medellín (Colombia) para fortalecer la democracia latinoamericana. *Revista EURE*, 205-224.
- 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 80. (1993). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- López, P. (2015). Contract settlement of administrative contracts. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 401-434.
- López, P. (2015). La liquidación de los contratos estatales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 401-434.
- Manchego, P. (2016). *Posturas dogmáticas de la ilicitud sustancial en el contexto del derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Martínez, D., & González, E. (2014). *El principio de la transparencia en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Mazeaud, h., & León, J. (1978). *Lecciones de derecho civil, obligaciones: El contrato la promesa unilateral*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Medina, C. (2017). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. *Opinión Jurídica*, 25-48.
- Meléndez, A., Dargent, C., & Rousseau, S. (2017). Más allá de la capacidad estatal: sociedad civil e implementación de políticas a nivel subnacional en Cusco y San Martín (Perú). *Colombia Internacional*, 95-125.
- Meléndez, M. (2017). *La autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de consorcios y uniones temporales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Moreno, C. (2016). El derecho administrativo examinado desde el estatuto de ciudadanía juvenil. *CES Derecho*, 65-86.
- Müller, K. (2015). Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno. *Revista de derecho*, 493-529.
- Obando, L. (2017). *Los principios Soft law en los contratos de las entidades estatales de régimen especial*. Bogotá: Universidad EAFIT.
- Ocaña, J. (2014). *Análisis crítico de la ley de contratación*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Otálora, Y. (2016). 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.

- Pinto, A. (2014). *Transparencia en la Contratación Pública*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Pinto, F. (2003). *La distribución de los riesgos en los contratos de concesión de obra*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pusser, B. (2014). Fuerzas en tensión: el Estado, la sociedad civil y el mercado en el futuro de la universidad. *Revista de la educación superior*, 9-35.
- Rico, C. (2015). Los planes y programas de inspección. Hacia una (¿ necesaria?) reducción de la discrecionalidad administrativa en materia de inspección de las actividades económicas de los particulares. *Iuris*, 61-78.
- Rodríguez, A. (2014). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 282-315.
- Rodríguez, f. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Vía Iuris*, 15-22.
- Rodríguez, L. (2002). Las Vicisitudes del Derecho Adminisrativo y sus Desafios en el Siglo XXI. *Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, 93-104.
- Rodríguez, L. (2016). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Rojas, L. (2015). *Análisis de la normatividad que na oriento la contratación de obras públicas en Colombia desde la Ley 80 de 1993 hasta el Decreto 1510 de 2013*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Salomón, J. (2008). La reforma a la contratación pública. *Derecho y realidad*(11), 172-188.
- Sánchez, C. A. (2008). *Acto Administrativo – Teoría General* (Cuarta Edición ed.). Bogotá: Editorial Legis.
- Sánchez, L. (2017). *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.
- Sánchez, L. (2017). *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.
- Sánchez, M. (2008). *Contratación estatal en Colombia: Un nuevo reto con la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios 066 (Art. 83) y 2474 de 2008. Nuevo estatuto general de contratación pública*. Bogotá: Manuel Sánchez C. Abogados Consultores y Asociados Ltda.
- Sarmiento, J. (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.
- Senencia C-374. (25 de agosto de 1994). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.
- Sentencia 12085. (1999). *Consejo de Estado*. Bogotá: Consejero ponente Daniel Suárez.
- Sentencia C-818. (2005). *Corte Constitucional*. Magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-949. (2001). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrada Ponente Clara Ines Vargas Hernandez.

Sentencia C-953. (01 de diciembre de 1999). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Smith, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*. Londres: The Electric Book Compañy.

Tapia, L. (2015). En torno a la noción de realismo político. *Revista Enfoques*, 15-46.

Usta, P. (2013). Nueva reglamentación de la contratación estatal. *La República*, Actualidad.

Vega, L. (2017). Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. *Revista Derecho Administrativo Económico*, 31-46.

Vinueza, L. G. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis.

Zuleta, G. S. (1994). Definición al Régimen Aplicable al Contrato Estatal. *Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*, 54.