

**LA RELACION ENTRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y  
LA LEGALIDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA**

**JENNY FERNANDA BAYONA CHINCHILLA**

Jf\_fernanda@hotmail.com

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO**

**MAESTRIA EN CONTRATACIÓN**

**BOGOTA**

**2013**

## **1. INFORMACIÓN GENERAL DEL PROYECTO**

### **Título del proyecto:**

LA RELACION ENTRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LEGALIDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA

### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

A partir de estudiar y conceptualizar el contrato estatal como un acto jurídico que establece obligaciones determinadas, típicas o atípicas generalmente para una sólo de las partes contratantes, y , de otro lado , entendido como aquel conjunto de actos que son celebrados en su mayoría con entidades de la administración que tienen la plena capacidad para contratar, se genera una problemática inicial respecto a la dicotomía entre la autonomía de la voluntad en el derecho civil que predica una igualdad de cargas para los extremos contractuales y , la extensión excepcional que contempla dicho principio para la contratación cuando se generan obligaciones desequilibradas y generalmente desproporcionadas para una de las partes.

La autonomía de la voluntad aplicable como un principio excepcional en la contratación estatal (teniendo en cuenta que por regla general ésta facultad no le es otorgada de manera libre al ente administrador) ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de los altos tribunales tales como el Consejo de Estado, el cual mediante concepto de fecha 13 de Agosto de 2009 con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo expresaba: “...la autonomía de la voluntad conlleva la libertad de decidir si se contrata o no y de seleccionar libremente al co-contratante, facultades de las que carece, como regla general la administración.”

Éstos análisis y comparación entre la autonomía de la voluntad en derecho público y en derecho privado, han sido objeto de innumerables pronunciamientos tanto jurisprudenciales como doctrinales y normativos que si bien han intentado cubrir los vacíos presentados por dichos principios en su aplicación ( los cuales observan una basta interpretación para el derecho privado pero una escasa explicación y fórmulas de estudio para el derecho público), no han generado una interpretación y postura específica que permita delinear el punto a través del cual la autonomía de la voluntad en la contratación estatal no desborda sus alcances en afectación plena de las bases jurídicas sobre las cuales se edifica.

Así, en el mismo entendido y con la misma significación de lo que contiene la conceptualización anterior sobre el contrato estatal, se presenta un segundo objeto de debate que se encausa directamente en el papel que debe representar el principio de la legalidad en las diferentes etapas de la contratación estatal, destacándose el continuo debate acerca de si debe prevalecer éste como principio y constante en la defensa del contratista y como respuesta a los poderes exorbitantes del estado, de cual es su papel dentro de su inclusión constitucional y legal, y el alcance de aplicación de dicho principio para evitar exabruptos y malinterpretaciones cuando se requiera debatir sobre cualquier tipo de contratación.

Ahora bien, del conflicto que surge por las corrientes que defienden la aplicación o supresión de los dos anteriores principios fundantes de la contratación estatal puede colegirse adicionalmente una tercera problemática que radica en la constante dicotomía entre la legalidad y la autonomía de la voluntad, dimensión que ha sido expuesta a través de diferentes puntos de vista y que requiere un ahondamiento investigativo para establecer cuales son las implicaciones de cada uno de éstos por separado, pero sobretodo los efectos y posibilidad de superposición de un principio

sobre el otro, para concluir si se puede o no en contratación estatal, hablarse de que un principio prevalezca sobre otro en el desenlace y resolución de un conflicto que los contenga.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

Para resolver la investigación objeto del presente trabajo se requiere el planteamiento del siguiente problema de investigación principal:

¿ LOS PRINCIPIOS DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DE LEGALIDAD, EN EL MARCO DE LA CONTRATACION ESTATAL, SON COMPLEMENTARIOS O SE CONTRAPONEN?.

No obstante lo anterior, se requiere que como complemento de éste trabajo se resuelvan preguntas y problemas de investigación secundarios, que se plantean así:

- 1) ¿Cuales son las etapas específicas de la contratación estatal en las que actualmente se presenta un problema de diferenciación y un enfrentamiento jurídico específico entre éstos principios generales de la misma ?
- 2) ¿Por que razón en la contratación estatal se genera una bifurcación interpretativa y comparativa entre los principios de la legalidad y la autonomía de la voluntad según los doctrinantes y las altas cortes?
- 3) ¿Como ponderar los principios de la autonomia de la voluntad y de la legalidad en el marco de la contratacion estatal?

## **2. HIPÓTESIS**

La hipótesis planteada en el presente trabajo investigativo se centrara en la elaboracion de dos (2) articulos de carácter científico que tiendan a dar respuesta al problema juridico planteado desde dos puntos de vista divergentes.

Se tiene como respuesta tentativa de éste problema jurídico una relación inicial de contraposición generada en la contratación estatal cuando se pretende documentar y conceptualizar entre los dos principios de legalidad y autonomía de la voluntad.

Como segunda hipótesis se plantea la posibilidad de establecimiento de una respuesta común que permita la aplicación de métodos de armonización entre los dos principios con miras a su complementación dentro de la contratación estatal y su conceptualización conjunta.

### **3. JUSTIFICACIÓN**

Se hace necesario abordar el problema de investigación debido a los constantes enfrentamientos y conflictos de hermenéutica e interpretación jurisprudencial y doctrinal en referencia a la aplicación de dichos principios frente a cualquiera de las etapas de la contratación, específicamente en aquellos casos en los cuales se hace necesario recurrir a la discusión reiterada entre la aplicación equivalente de los principios de la contratación estatal y el reconocimiento de que algunos principios generales de la misma se encuentren en avanzado orden de jerarquía de aplicación si se diera el caso.

Cuando se estudian algunos de los más recurridos conflictos que se presentan en torno a los contratos estatales, se encuentra que éstos en su gran mayoría giran en torno a las mismas preguntas adjetivas y de fondo respecto a las bases sobre las que se construye el derecho a la contratación, que son en últimas las que generan transgresiones a la norma y el consiguiente efecto adverso. Por ello se requiere una investigación que profundice respecto a cuales han sido las principales falencias y aciertos en torno a los principios generales que sustentan la clara exorbitancia y protección para el ente administrador frente a sus contratistas.

El más relevante aporte del presente trabajo de investigación consistirá en la unificación conceptual del tratamiento de las diferencias presentadas en la aplicación de los principios de la

legalidad y la autonomía de la voluntad, expresando desde diferentes puntos de vista y corrientes jurídicas, que en el derecho existe una evolución constante y no la tan criticada involución de los principios que manejan y soportan su presencia.

## **2 OBJETIVOS**

### **2.1 OBJETIVO GENERAL**

Visualizar los efectos concurrentes de los principios de legalidad y autonomía de la voluntad en el marco de la contratación estatal colombiana

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- 1) Determinar en que etapas específicas de la contratación estatal se presenta un problema de diferenciación y un enfrentamiento jurídico específico entre los principios de legalidad y autonomía de la voluntad
- 2) Establcer los fundamentos por los cuales en la contratación estatal se genera una bifurcación interpretativa y comparativa entre los principios de la legalidad y la autonomía de la voluntad

### **RESULTADOS ESPERADOS**

Conceptualización plena de las divergencias del principio de legalidad y del principio de autonomía de la voluntad en la contratación estatal

Establecimiento de una conclusión interpretativa respecto al modo de tratamiento de los principios de legalidad y autonomía de las voluntades como análogos.

Aprobación de artículo para publicación en la revista de la Universidad o en una revista indexada.

Enriquecimiento académico y práctico en los temas de metodología de investigación y hermenéutica jurídica

Obtención de aprobación de la tesis para título de Magíster.

## **19 MARCO REFERENCIAL**

### **a. ESTADO DEL ARTE**

#### **FASE HEURÍSTICA:**

La contratación estatal, lejos de llegar a ser catalogada como un conjunto de normas adjetivas y sustantivas en torno a los actos jurídicos entre contratistas y la administración pública ha ido calificada y aceptada como una parte del derecho administrativo que dignifica y aplica vehemente y contundentemente los principios generales que conforman su desarrollo pleno. Principios tales como la autonomía de la voluntad y la legalidad. (Ramos.2009)

La autonomía de la voluntad en el campo de la contratación privada comporta elementos restrictores respecto a la eventual vulneración de los derechos fundamentales o posiciones dominantes, del mismo modo de su semejanza con el principio de la libertad contractual en torno al cumplimiento de intereses no sólo particulares sino también públicos en su aplicación, y, finalmente , el papel otorgado al juzgador para apreciar y dirimir conflictos cuando se presentare una posible situación de abuso del derecho. (Corte C. 2011).

En el derecho administrativo, la autonomía de la voluntad establece un punto constitucional e incluso neoconstitucional respecto a la existencia de un poder que se reconoce como poder dominante frente al otro extremo contractual. (Rico.2009)

Así, derivada de teorías como el liberalismo económico y con una fuerte influencia Kantiana, se identifica plenamente con la posición desigual de los extremos contractuales y presenta características que entremezclan principios tales como la igualdad y la libre voluntad del

contratante al decidir realizar una contratación a sabiendas de la posición en la que se ubicare.  
(Castro. 2001.P. 21-37)

De otro lado, el principio de la legalidad en la contratación impone a las autoridades administrativas una obligación para realizar todas y cada una de sus actuaciones como ente representante del estado, conforme al debido proceso, que exige elementos como la tipicidad de sus conductas y sobretodo la legalidad hacia todo lo que desenvuelvan.

( Constitución P. 1991 Art. 29).

En atención a lo anterior y como hecho determinado, se encuentra la continua dicotomía entre los principios de la legalidad y de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, estableciéndose incluso preguntas como si se constituye una paradoja al hablar de la autonomía de la voluntad en contraposición con el principio de la legalidad en los contratos estatales. (Dávila.2003). Para dar respuesta a dicho problema de investigación se enuncia la hipótesis inicial de las bondades representadas en la libertad que conlleva dicha autonomía y el enfrentamiento continuo con las relaciones entre administración y administrados que representaría admitir que para los contratos estatales la legalidad se encuentra en un nivel diferente del de la autonomía, no obstante ser ambos principios elementales de la contratación.

(Amazo. 2007 P. 181 -203)

Aunado a la fase heurística y para el avance del presente trabajo se requiere la utilización de la fase hermenéutica que contiene las principales fuentes de información y conceptualización respecto a los principios de la legalidad y autonomía de la voluntad que se resumen así:

#### FASE HERMENÉUTICA:

La recopilación de las fuentes de investigación generan a partir de lo anterior, una clasificación de las mismas que se utilizarán a partir del presente proyecto las cuales se identificarán así:

- 1) Fuentes Jurisprudenciales: Contenidas tanto en pronunciamientos como conceptos y providencias proferidas por la Corte Constitucional pero especialmente del Consejo de Estado respecto a los problemas que se requieren resolver en la etapa principal y accesoria del presente trabajo.
- 2) Fuentes Académicas: Que contienen los más relevantes pronunciamientos en torno al tema de investigación y que para el caso de la presente, se revelan a través de algunas monografías y libros en contratación estatal.
- 3) Otras fuentes: Contenidas en monografías y pronunciamientos arbitrales que recogen algunos elementos relevantes en torno a los principios de la legalidad y la autonomía de la contratación estatal.

## **b. MARCO TEÓRICO**

### **4.2.1. ESTADO DEL ARTE:**

La administración tiene en el derecho público unas obligaciones y deberes completamente definidos para su funcionabilidad como ente de poder. (Vidal.2008). Por ello busca a través de las herramientas jurídicas que conforman el derecho administrativo, tales como la contratación estatal, el logro de los fines del estado que son en últimas los fines que los mismos administrados prevén y requieren. ( Benavides.2002)

Es así como el ente administrador cuenta y desarrolla elementos sustanciales y procedimentales que conforman los principales soportes de dicha actividad, cuales son –entre otros- la adquisición de bienes y servicios para cumplir sus objetivos, para obtener resultados en torno a su objeto como ente administrativo, pero del mismo modo lograr una mayor intervención e influencia hacia sus administrados. (Escobar. 1999)

Dichos fines y elementos para su consecución encuentran un sustento generalmente adjetivo para su aplicación, y , es a través de éstas bases que se puede reconocer en primera medida la importancia de aquellos principios o bases fundamentales sobre las cuales ha de erigirse cada una de las herramientas que el estado tiene a su disposición para cumplir sus objetivos, siendo para el caso del derecho administrativo la contratación estatal uno de los más relevantes estandartes y reflejos de la consecución de dichos bienes y servicios vinculantes para el estado. (Vidal. 2005)

Es dentro de la herramienta jurídica de la contratación que se indaga el papel del principio de la LEGALIDAD, el cual comporta elementos tales como que en sus resultados se contempla una facultad que se le otorga a las entidades y funcionarios que representan la administración con la potestad de imponer sanciones pecuniarias emanadas de la ley y aquellas que se encuentran contenidas en las convenciones anexas al contrato estatal, los cuales no han sido regulados expresamente por parte de la ley 80 de 1993 y que han generado complicaciones interpretativas que han llevado a reclamos por parte de los doctrinantes en torno a los verdaderos efectos de la legalidad en la contratación estatal. (Suárez. 2011)

En segundo lugar y siguiendo la línea de estudio y desarrollo del principio de la legalidad en torno a la contratación estatal, se destaca que es éste uno de los mayores temas que generan un mayor y lacónico desnivel de interpretaciones e incluso discusiones. Es por ello que se expone y presentan los elementos destacables en lo relativo a equivalencia e igualdad que comportan en principio cada uno de los elementos de la contratación estatal; así, autores como el profesor José Vicente Blanco se permiten aseverar que al interior de una contratación estatal dicha igualdad debe verse sujeta a diferentes factores que nunca colocarán al contratista en el mismo lugar de la administración en cuanto potestades y derechos. (Franco.2000)

Así, dicha correspondencia de obligaciones y derechos necesariamente no va a depender de la libre voluntad de las personas sino de otros factores que denomina objetivos, tales como el precio de la obra, los suministros, etc, los cuales deben relejar también un índice de ganancia adecuado para el contratista, demostrando que la autonomía de la voluntad radica un cambio drástico respecto a los contratos privados. ( Blanco.2011)

En la misma línea de investigación se resalta el siguiente principio coyuntural de la contratación estatal denominado el principio de la AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD; ésta se presenta no sólo como una facultad otorgada a cada una de las partes contratantes, sino que al trasladársele al campo de la contratación estatal se le define en primera medida como una derivación de la filosofía individualista que permite que sean cada uno de los individuos quienes tengan la potestad de dictar las normas adjetivas y consensuales que se deriven en un acto o negocio jurídico que estén dispuestas a celebrar y que por su parte el estado debe asumir y hacer respetar como propias leyes en vigor del contrato, y en segunda medida como una garantía en torno a la prevención de actuaciones arbitrarias del estado, en el pleno desarrollo de las bases libertarias sobre las cuales ha sido desarrollado. (Amazo. 2007 P. 181 -203)

#### **4.2.2. TEORÍAS RESPECTO AL PROBLEMA JURÍDICO:**

El principio de LEGALIDAD consiste en el “sometimiento de la administración de la ley y al derecho” (Castro.2010. P 43) Dicha definición ya interpretada anteriormente en el estado del arte, ha sido generalmente aceptada y aplicada en el marco del control sobre los actos que celebra la administración, entratándose especialmente de los contratos.

Ahora bien, se expresa que el principio de legalidad empieza a tener conflictos y discusiones derivadas de su aplicación cuando se habla del aspecto principal de la potestad para la modificación unilateral de los contratos estatales, tema por demás desarrollado y que en manos

de la Corte Constitucional se ha establecido que tiene una naturaleza de carácter reglado y no es discrecional, por ello y a partir del principio de la legalidad se dice que "... El acto de modificación se debe contemplar en un acto administrativo motivado, revestido de la presunción de legalidad que adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad y de eficacia" ( Corte C. 2001). Esta parte de la doctrina sostiene que el principio de la legalidad no puede fusionarse con otros principios o flexibilizar sus presupuestos para otorgar un carácter favorable al contratista. Expresan que las garantías suficientes para que no se señale la ilegalidad de un contrato se encuentran plenamente pactadas y establecidas cada vez que se celebra el contrato estatal y que no se trata de abuso de derecho.

De otro lado , respecto al principio de la autonomía de la voluntad, se dice que éste se manifiesta en el ordenamiento jurídico principalmente bajo el concepto de ser la autorización que se le otorga a los particulares para llevar a cabo y celebrar contratos reglamentados o no por la ley. Se afirma que dicha voluntad o autonomía de la voluntad va generando garantías de eficacia de los vínculos jurídicos en los contratos.

Se señala finalmente respecto a los efectos que para los derechos de las personas ya no observadas o tratadas como contratantes, por parte de Avelino León que la autonomía de la voluntad " se manifiesta como una consecuencia de la libertad individual, en cuanto los particulares pueden no contratar a su arbitrio" (León. 1952. P 41)

Autores como castro señalan el principio de la autonomía de la voluntad como un elemento de amplia evolución en el derecho: " Comenzó con el reconocimiento axiológico de su especialidad sustancial (resultado de la fusión de la legalidad y el interés público de la administración y del respeto de la autonomía contractual del particular) pero que en la actualidad se manifiesta en una serie de mecanismos presupuestales, procesales y administrativos que en la práctica tienen por

finalidad principal la preservación de la transparencia en el manejo del gasto público” ( Castro. 2010. P 78)

En el campo de la contratación estatal, se maneja la teoría de que el principio de la autonomía de la voluntad discierne ampliamente y en modo equivocado de lo que fuera su concepción en el derecho primigenio a partir del cual fue desarrollado como principio y que es el campo del derecho privado ( Cód. Civil)

Una vez entendido incorporado éste principio al derecho administrativo y en especial en su aplicación específica a los contratos estatales, se genera la teoría de que dicha aplicación vulnera directamente principios como la legalidad al establece limitantes poco sustentadas en torno al papel limitante del estado frente a su contratista. Dicha posición se refuerza en palabras del Doctrinante Escobar Gil cuando expresa: “ El principio de la autonomía de la voluntad en la administración es aquel que se traduce en la posibilidad concreta de celebrar los contratos que sean convenientes para la comunidad, por ello no se puede hablar de tener en cuenta los intereses del contratista sino el interés general a partir del cual se celebra un contrato estatal”. (Escobar. 1999)

A partir de las dos tesis planteadas anteriormente, surge una tercera que confronta directamente los principios de la autonomía de la voluntad y de la legalidad, cual será el tema objeto de la presente investigación.

### **MARCO LEGAL**

La contratación estatal ha sido plenamente desarrollada por parte de las principales y más relevantes normativas que conforman la pirámide normativa así:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA:

En sus artículos 2, 29, 65, 69, 78, 83, 366 y concordantes, enumeran los fines del estado en torno a su papel de ente administrador, de la facultad otorgada al mismo con el fin de la consecución de bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines y la protección precisa y efectiva de derechos de los administrados.

Del mismo modo como comporta derechos para la administración, señala deberes requeridos que rezan en artículos como el 83 y 90 de dicha carta magna que obliga a que las actuaciones de la administración sean establecidas a partir de postulados de la buena fé, así como la responsabilidad patrimonial que recae sobre el estado por todos aquellos daños antijurídicos de los que ésta tenga plena imputación y que hayan sido causados por la acción u omisión de las entidades o autoridades administrativas en el desarrollo de sus potestades.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, LEY 1137 DE 2011:

Establece normas relativas a la contratación estatal, y en sus artículos 104 y subsiguientes ordena que los procesos que hagan relación a los contratos sin importar cual sea su régimen aplicable pero en cuyo extremo contractual una parte sea una entidad pública o un particular que ejerza las funciones propias de la administración serán de conocimiento pleno y exclusivo de la jurisdicción contencioso administrativa.

LEY ESTATUTARIA DE CONTRATACIÓN, LEY 80 DE 1993:

Es por excelencia la norma consultiva en torno a los conflictos que pudieran presentarse en la hermenéutica y adjetividad en la contratación estatal. Dicha ley establece normas y procedimientos aplicables para la celebración de dichos actos jurídicos y establece entre otros elementos que:

c. Los servidores públicos deben buscar siempre en la celebración de contratos con fines últimos el cumplimiento de la finalidad estatal, con la buena fé como propósito y norma primera, y en la constante prestación de servicios públicos y efectividad de los intereses y derechos que requieran los administrados; del mismo modo otorga a los particulares la advertencia para tener en cuenta que cuando celebren y ejecuten contrataciones con la administración, no sólo deben dirigir sus objetivos a la obtención de utilidades, sino también en el logro de los fines sociales del estado, los cuales implican obligaciones que van mas allá de una simple contratación.

d. La sujeción de entidades que deben estar regidas por dicha ley, resaltando instituciones tales como la nación, los departamentos, los distritos, las regiones, los municipios, las provincias , areas metropolitanas, departamentos y demás entes territoriales que de uno u otro modo se encuentren directamente ligados a las actividades de la administración.

e. Aplicación verdadera y eficaz de los principios generales de la contratación estatal, tales como la economía que busca reducir los costos de la contratación y el evitar tramites innecesarios, la legalidad que otorga facultades especiales al administrador para desarrollar sus fines y objetivos sociales, y la autonomía de la voluntad, creada en desarrollo de los efectos libertarios, sociales y hasta igualitarios de fondo que persigue la contratación.

LEY 1150 de 2007:

En el desarrollo de los principios de legalidad, igualdad y autonomía de la voluntad para contratar y a partir de la interpretación de artículos como el 13, 15 y subsiguientes, le otorgo a las entidades de la administración la facultad de imponer multas y sanciones, limitando además dicha facultad de manera exclusiva a las entidades que se encontrasen sometidas a los mandatos de la ley estatutaria de la contratación

OTRAS LEYES:

Contenidas en normas adicionales que han sustentado la ley estatutaria de la contratación y que han modificado algunas de las condiciones y etapas de la misma, como es el caso del decreto 734 de 13 de Abril de 2012, derogado por el Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública y se dictan disposiciones referentes a las modalidades de

#### **f. MARCO JURISPRUDENCIAL**

##### **SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

Sentencia de fecha 04 de abril de 1998 “...en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la Administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal”

Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Magistrado ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ: “...en los casos de contratación administrativa, como en el presente, si el particular realiza una tarea material, y en esa ejecución contractual, verbigracia, infringe pautas normativas como obviar requisitos legales en la celebración de los mismos, en connivencia con el sujeto activo determinado, no es legal, jurídico, ni justo, condenar a uno y absolver al otro, en tanto, los dos, transitaron de cara a la estructura del delito para su consumación. Actuar así, traería consigo, además, una inseguridad jurídica vertiginosa a la desestabilización del estado de derecho en el que se funda la organización social colombiana.”

**SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL:**

Sentencia de 05 de septiembre de 2001. Magistrada ponente: CLARA INES VARGAS: ...” El mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, para que el Congreso dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.”

Sentencia de 25 de Abril de 2012. Magistrada ponente: Jorge Ignacio Pretelt, señala los principios de la contratación: “ ... En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales.”

## CONCEPTOS Y SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO:

Sentencia de 29 de Noviembre de 2010, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, sobre la extensión del principio de legalidad: “La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. 2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto”

Sentencia de 13 de Agosto de 2009. Consejero ponente: Enrique José Arboledo, respecto a la autonomía de la voluntad: “ ... Es claro que los particulares pueden disponer con gran libertad de todos sus derechos y pactar todo aquello que no esté prohibido, aún si los perjudica. Siendo la modificación de un contrato convenido por particulares un contrato más, por regla general a ella se le aplica el principio de la autonomía de la voluntad y sus efectos, al punto que, al modificarlo, pueden acordar uno totalmente diferente del inicial.”

## 20 METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

### a. MÉTODO

La presente investigación sigue el método cualitativo de corte Deductivo, en el que se tiene en cuenta toda a información aportada en el enfoque del problema de investigación y, con base a la observación y deducción se busca dar respuesta efectiva al problema jurídico principal y obtener conclusiones de tipo cualitativo. (Sanz, 1994)

Así, una vez se lleve a cabo la recolección de los datos aportados en las entrevistas, más la unificación total de los criterios doctrinales, jurisprudenciales y legales en torno al objeto de

investigación, se realizarán dos ciclos de decantación de la información para que se incluya dentro de la tesis únicamente aquel tipo de documentación relevante para dar respuesta al planteamiento realizado en el problema jurídico con miras a la obtención de hallazgos, conclusiones y respuestas que permitan al investigador realizar un aporte propio y de calidad al respecto de lo que se ha observado y extraído de las fuentes.

Este método como bien lo ha señalado el profesor Sanz, puede ir acompañado de herramientas de comunicación que guíen al investigador por el camino de lo cualitativo (Sanz. 1994).

De lo anterior se desprende que se hará uso de la herramienta de la entrevista a llevarse a cabo con el fin de que pueda llevarse a cabo una elaboración y posterior sustentación de la tesis con base en algunos elementos que permitan concluir que el problema jurídico intentó solucionarse no sólo desde la academia, sino a través de una breve indagación en torno a aquellos juristas que día a día lidian con el enfrentamiento de los principios de la legalidad y la autonomía de la voluntad en la contratación estatal.

#### **b. TIPO**

Se considera en base a los objetivos perseguidos en el presente trabajo de investigación que debe seguirse el tipo cualitativo para estudiar las cualidades de la información presentada y obtener una tesis basada en las cualidades de la misma.

Se sigue la línea de pensamiento del autor Raymundo Abello Llanos, quien establece que : “El método cualitativo implica acercamientos inductivos y diseños cualitativos, participativos, de casos, entre otros. Por ello, en la preparación del proyecto se requiere que la información que se presente tenga la especificidad necesaria para responder directamente a la investigación que se está formulando, y evitar que, por su vaguedad y superficialidad, sea tan genérica y estereotipada que sirva para cualquier problema de investigación que se presente. (Abello. 2009. P 224)

## ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Con el fin de otorgar al presente trabajo de investigación una perspectiva más amplia y cercana a la aplicación real de los principios mencionados en torno al problema jurídico que se plantea, se realizarán entrevistas a un número no inferior de diez (10) juristas que tengan su campo de acción laboral dentro del derecho administrativo y la contratación estatal y que de una u otra manera hayan tenido contacto con la problemática jurídica que se pretende discernir en el presente trabajo, Realizándoles un número total de nueve (09) preguntas directas que tentativamente se han planteado de la siguiente manera:

1. ¿En que campos del derecho se desempeña usted actualmente?
2. ¿Cuál es su concepto de la contratación estatal en Colombia?
3. ¿Cuanto conocimiento tiene usted de la contratación estatal?
4. ¿Reconoce y podría explicar el principio de la legalidad en la contratación estatal?
5. ¿Reconoce y podría explicar el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal?
6. Sabe usted que existe actualmente un enfrentamiento entre los principios de la autonomía de la voluntad y la legalidad respecto a su aplicación en la celebración de un contrato estatal?
7. En caso de respuesta positiva. ¿A que considera usted que se debe tal enfrentamiento o dicotomía entre los dos principios?
8. ¿Cual es su posición personal como Jurista al respecto?
9. ¿ Desea realizar algún aporte adicional desde su experiencia profesional?

## ANÁLISIS DEL RELATO

Una vez se hayan realizado las entrevistas a los juristas se llevará a cabo un relato etnográfico de interpretación con el fin de analizar cada una de las respuestas dadas por los entrevistados para integrar dichas opiniones al cuerpo general del trabajo y plantear conclusiones respecto a los hallazgos que se hayan efectuado.

## ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS

Si una vez realizada una primera ronda de entrevistas, quedara algún tipo de duda o inquietud por resolver por parte de los entrevistados se señalará nuevo horario para llevar a cabo una segunda ronda de preguntas con el fin de aclarar posiciones personales y realizar un entero informe respecto a lo anterior.

### **c. FUENTES**

Se emplearán fuentes primarias y secundarias constituidas por doctrina, artículos de revistas indexadas, obras de fuentes conocidas y que se citarán a lo largo de las fuentes de la bibliografía así como la utilización de elementos contenidos en las principales normas constitutivas de la pirámide legislativa colombiana.

Se hace necesario recordar que las fuentes han sido reiteradas anteriormente en la fase hermenéutica del presente anteproyecto de investigación.

## **21 CONTENIDO PROVISIONAL DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

- 1.1 Planteamiento del problema
- 1.2 Justificación
- 1.3 Antecedentes de la investigación
- 1.4 Objetivos

2. CARACTERIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
3. EXPOSICIÓN DE LA DICOTOMÍA ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA DOCTRINA
4. ETAPAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LAS QUE SE CORROBORA LA DICOTOMÍA ENTRE LA LEGALIDAD Y LA AUTONOMÍA DE LA VOUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
5. EXPOSICIÓN DE LA DICOTOMÍA ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA JURISPRUDENCIA
6. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE ENTREVISTAS A REALIZAR A JURISTAS RESPECTO AL TEMA DE INVESTIGACIÓN
7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
8. ANEXOS DE LA INVESTIGACION

## 22 CRONOGRAMA

Objetivos específicos	Actividades	Meses				
		1	2	3	4	5
Establecer las principales posturas del Consejo de Estado y Corte Constitucional al respecto de tal confrontación.	Resumir los conceptos de los contratos estatales					
	Estudiar los puntos de vista de autores y Juristas					

	Estudiar la jurisprudencia relacionada con el tema					
Exponer conceptos de los principios mencionados y las razones por las cuales los más relevantes doctrinantes han afirmado que los principios de la legalidad y la autonomía presentan una confrontación directa en torno a su aplicación simultánea en la contratación estatal.	Identificar los conceptos de los principios					
	Identificar los efectos de la comparación de los principios de legalidad y autonomía					
	Estudiar los puntos de vista de autores que han analizado el tema					
Presentar un análisis con base en entrevistas a realizar a algunos juristas sobre los principios de la legalidad y la autonomía de la voluntad.	Realizar 2 entrevistas a Juristas					
	Analizar y clasificar la información obtenida a partir de las entrevistas					
	Realizar análisis etnográfico y del discurso					
	Redactar hallazgos y Conclusiones					
Elaboración del informe final del trabajo	Presentar avances al director para sus observaciones					

### 23 PRESUPUESTO

Para el presente proyecto de investigación se destinarán los siguientes rubros que serán plenamente asumidos por el autor del mismo:

<b>RUBROS</b>		Efectivo	Especie	<b>TOTAL</b>
PERSONAL			\$ 2.000.000	\$ 2.000.000
MATERIALES E INSUMOS		\$ 500.000		\$ 500.000
SERVICIOS TÉCNICOS		\$ 700.000		\$ 700.000
DOCUMENTACIÓN	LIBROS	\$ 1.000.000		\$ 1.000.000
	REDES	\$ 350.000		\$ 350.000
<b>TOTAL</b>		\$ 2.550.000	\$ 2.000.000	\$ 4.550.000

### 24 CONFORMACIÓN Y TRAYECTORIA DEL GRUPO INVESTIGADOR Y PRESENTACIÓN DE INVESTIGADORES

## 10. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Concepto emitido y publicado mediante la sentencia C- 1194 de 04 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
2. Auditoría General de la República. Cartilla sobre novedades en la contratación pública. Recuperado el 20 de Febrero de 2013 en: [http://www.intep.edu.co/Es/Usuarios/Institucional/file/Finanzas/2012/Novedades\\_contratacion\\_publica.pdf](http://www.intep.edu.co/Es/Usuarios/Institucional/file/Finanzas/2012/Novedades_contratacion_publica.pdf)
3. AYALA, J.E. Aplicación del derecho administrativo en Colombia. Editorial doctrina y ley. Bogotá. 2002
4. BENAVIDES, J.L. La contratación estatal. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2009.
5. BENAVIDES, J.L. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002
6. CAMPILLO, C.E. Celebración y ejecución de contratos estatales. Ediciones Ecoe. 2006
7. CARBONIER, J. Derecho Civil. Editorial Bosch. España.1971. Tomo II
8. CARO Y CUERVO Instituto. Manual de Contratación. Editorial SGC- MECI. Bogotá. 2011
9. CASTRO, C.G y otros. Teoría General de la Contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.Paginas 21-37.
10. Código Civil Colombiano y Código de Procedimiento Civil
11. Código General del Proceso Colombiano
12. CONSEJO DE ESTADO. Providencias y Conceptos de contratación estatal.
13. Constitución política de Colombia.

14. Contraloría general de la república. Concepto 65949 de 22 de Noviembre de 2005.
15. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Cartillas de Administración Pública. Contratación Estatal. Recuperado el 12 de Febrero de 2013 en: [http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home\\_1/rec/arc\\_6894.pdf](http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_6894.pdf)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias de Constitucionalidad
17. DAVILA, G.L. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis. Bogotá. 2003
18. Diccionario de la Real academia de la lengua
19. ESCOBAR, R. Teoría general de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Bogotá. 1999.
20. Escuela Superior de Administración Pública. Contratación Estatal. Enlace [www.hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home\\_1/rec/arc\\_12728.pdf](http://www.hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_12728.pdf)
21. FLÓREZ, J. Autonomía de la Voluntad y la Libertad Contractual. Artículo Revista Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Volumen 31, Número 303
22. FRANCO, O. La contratación administrativa. Casa editorial Ibáñez. Bogotá. 2000
23. GARCÍA, E. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa, México 2002
24. GARCÍA DE ENTERRIA, E. Curso de derecho administrativo. Editorial Civitas. España, 1974
25. Gobernación de Antioquia. Manual de Contratación Pública. Recuperado el 30 de Enero de 2013 en: [http://antioquia.gov.co/antioquia-v1/PDF/Manual\\_de\\_Contratacion\\_Agosto\\_2012.pdf](http://antioquia.gov.co/antioquia-v1/PDF/Manual_de_Contratacion_Agosto_2012.pdf)
26. HERNANDEZ, K. El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. Recuperado el 18 de Enero de 2013 en:

<http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>

27. HINESTROSA, F. Derecho civil. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 1990.
28. LAMPREA, P. Contratos estatales. Editorial Temis. Bogotá. 2007
29. LARROUMET, C. Teoría general del contrato. Editorial Temis. Bogotá. 2009
30. Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y demás actos legislativos concordantes
31. MATAALLANA, E. Manual de contratación de la administración pública. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2005
32. MORALES, D. Estatuto de la contratación administrativa. Editorial Leyer. Bogotá. 2003
33. OSPINA, G. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis. Bogotá. Sexta Edición. 2000
34. PALACIO, J. A. La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez. Bogotá. 2005
35. REBOLLO, M. Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública. V congreso luso-español de Profesores de Derecho Administrativo. España. Universidad de Huelva. 2012
36. RODRÍGUEZ, L. Derecho administrativo general y colombiano. Editorial Temis. Bogotá. 2008
37. PALACIO, J.A. La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez. Medellín. 2010
38. Portal único de Contratación Colombiano. Enlace Web [www.contratación.gov.co](http://www.contratación.gov.co)
39. RAMOS, A. Contratación estatal: teoría general y especial. Ediciones Ibañez. Bogotá. 2009

40. REYES, L. Ley de contratación administrativa, reforma a la contratación estatal. Universidad del Rosario. Bogotá. 2007
41. RICO, L.A. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Editorial Leyer. Bogotá. 2009
42. RODRIGUEZ, G. Contratos administrativos y derecho privado. Editorial Wilches. 1988.
43. RODRIGUEZ, L. Derecho administrativo general y colombiano. Editorial Temis. Bogotá. 2002
44. SANTOFIMIO, J. Tratado de derecho administrativo. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2003.
45. SILVA, M. Artículo: contratación estatal y legalidad. Periódico el Tiempo. Recuperado el 2 de febrero de 2013 en: <http://m.eltiempo.com/opinion/columnistas/otroscolumnistas/un-estatuto-nico/10943450>
46. SOLANO, J.E. Procedimiento contractual estatal aplicado. Editorial Doctrina y ley. Bogotá. 2000
47. SUAREZ, D. Los principios de legalidad y de proporcionalidad en el ejercicio del poder sancionatorio del estado en la contratación estatal. Universidad de la Sabana. Bogotá, 2011
48. SUARES, G. La nueva contratación pública en Colombia. Editorial Legis. Bogotá. 2009
49. TAFUR, A. Derecho administrativo general. Editorial Ciencia y derecho. Bogotá. 1995
50. TAPIAS, C. Aspectos prácticos de la contratación pública. Editorial grupo Ecomedios. Bogotá. 2000
51. VIDAL, J. Derecho Administrativo. Editorial Legis. Bogotá. 2008.
52. VIDAL, J. Temas de derecho administrativo contemporáneo. Universidad de Rosario. Bogotá. 2005