

Análisis del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de un particular con el  
Estado colombiano en el sector salud

Diana Milena Alvarado Pinilla

Universidad La Gran Colombia  
Facultad de Postgrados y Formación continuada  
Especialización en Gerencia  
Bogotá  
2016

Análisis del Principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de un particular con el  
Estado Colombiano en el sector salud

Diana Milena Alvarado Pinilla

Director Arianne Illera Correal

Proyecto Especialización Gerencia

Universidad La Gran Colombia  
Facultad de Postgrados y Formación Continuada  
Especialización en Gerencia  
Bogotá  
2016

## CONTENIDO

<b><i>Titulo</i></b> -----	<b>8</b>
<b><i>Resumen</i></b> -----	<b>9</b>
<b><i>Palabras Clave</i></b> -----	<b>10</b>
<b><i>Introducción</i></b> -----	<b>11</b>
<b><i>Línea de Investigación</i></b> -----	<b>13</b>
<b><i>Planteamiento del Problema</i></b> -----	<b>14</b>
<b><i>Pregunta de Investigación</i></b> -----	<b>17</b>
<b><i>Justificación.</i></b> -----	<b>18</b>
<b><i>Objetivos</i></b> -----	<b>20</b>
<b>Objetivo general</b> -----	<b>20</b>
<b>Objetivos específicos</b> -----	<b>20</b>
<b><i>Marcos de Investigación.</i></b> -----	<b>21</b>
<b>Marco temporal.</b> -----	<b>21</b>
<b>Marco legal.</b> -----	<b>21</b>
<b>Marco Teórico.</b> -----	<b>21</b>
<b><i>Diseño Metodológico.</i></b> -----	<b>30</b>
<b><i>Resultados</i></b> -----	<b>32</b>
<b><i>Discusión de Resultados</i></b> -----	<b>36</b>
<b><i>Conclusiones</i></b> -----	<b>42</b>
<b><i>Bibliografía</i></b> -----	<b>44</b>

**Lista de tablas**

<i>Instrumentos de investigación Tabla 1</i>	_____	30
<i>Análisis de resultados Tabla 2</i>	_____	32

## Cesión de derechos

Bogotá D.C. Abril 30 de 2016

Señores:

**Universidad La Gran Colombia**

Ciudad

Estimados señores:

Yo Diana Milena Alvarado Pinilla, con C.C. No 52.966.782

Autor (es) exclusivo(s) del trabajo de grado titulado:

Análisis del Principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de un particular con el Estado Colombiano en el sector salud

Para optar el título como Especialista en Gerencia presentado y aprobado en el año 2016 autorizo (amos) a la Universidad La Gran Colombia obra las atribuciones que se indican a continuación, teniendo en cuenta que en cualquier caso, la finalidad perseguida será facilitar, difundir y promover el aprendizaje, la enseñanza y la investigación; conforme al art. 2, 12, 30 (modificado por el art 5 de la ley 1520/2012), y 72 de la ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, art. 4 y 11 Decisión Andina 351 de 1993 art. 11, Decreto 460 de 1995, Circular No 06/2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor para las Instituciones de Educación Superior, art. 15 Ley 1520 de 2012 y demás normas generales en la materia.

AUTORIZO	SI	NO
1. La conservación de los ejemplares necesarios en la Biblioteca.	X	
2. La consulta física o electrónica según corresponda.	X	
3. La reproducción por cualquier formato conocido o por conocer	X	

AUTORIZO	SI	NO
4. La comunicación pública por cualquier procedimiento o medio físico o electrónico, así como su puesta a disposición en Internet.	X	
5. La inclusión en bases de datos y en sitios web sean éstos onerosos o gratuitos, existiendo con ellos previo convenio perfeccionado con la Universidad para efectos de satisfacer los fines previstos. En este evento, tales sitios y sus usuarios tendrán las mismas Facultades que las aquí concedidas con las mismas limitaciones y condiciones.	X	
6. La inclusión en el repositorio Biblioteca Digital de la Universidad La Gran Colombia.	X	

De acuerdo con la naturaleza del uso concedido, el presente consentimiento parcial se otorga a título gratuito por el máximo tiempo legal colombiano, con el propósito de que en dicho lapso mi (nuestra) obra sea explotada en las condiciones aquí estipuladas y para los fines indicados, respetando siempre la titularidad de los derechos patrimoniales y morales correspondientes, de acuerdo con los usos honrados, de manera proporcional y justificada a la finalidad perseguida, sin ánimo de lucro ni de comercialización.

*“son propiedad de los autores los derechos morales sobre el trabajo”*, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables; la Universidad La Gran Colombia está obligada a RESPETARLOS Y HACERLOS RESPETAR, para lo cual tomará las medidas convenientes para garantizar su cumplimiento.

NOTA: Información Confidencial:

Esta Monografía o Trabajo de Grado contiene información privilegiada, estratégica, confidencial y demás similar, o hace parte de una investigación que se adelanta y cuyos resultados finales no se han publicado. SI  NO

En caso afirmativo expresamente indicaré (indicaremos), en carta adjunta, tal situación con el fin de que se mantenga la restricción de acceso.

Firma.....

Nombre Diana Milena Alvarado Pinilla

C.C. No 52.966.782 de Bogotá

RAE

**(Resumen Analítico en Investigación)****1. TITULO**

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS  
CONTRATOS DE UN PARTICULAR CON EL ESTADO COLOMBIANO EN EL  
SECTOR SALUD

**2. TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE:**

Especialista en Gerencia

**3. AUTOR (ES) (en mayúscula inicial)**

Diana Milena Alvarado Pinilla

**4. DIRECTOR, ASESOR, CODIRECTOR O TUTOR**

Arianne Illera

**5. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

Desarrollo económico y calidad de vida

**6. PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES**

. Autonomía	. Contratación
. Principio	. Estado
. Autonomía de la voluntad	. Negocio Jurídico

## 7. RESUMEN

En la Ley 80 de 1993 se introdujo el principio de la autonomía de la voluntad en su artículo 32, esto permite entonces leer que para los contratos sostenidos entre el Estado Colombiano y los particulares se puede dar aplicabilidad a los beneficios que este principio tiene inmersos como que las voluntades de las partes contractuales sean ley para ellas y que el mismo contrato sea dirigido por esas voluntades. Partiendo de la aplicabilidad que este tiene en el derecho privado muchos de los gerentes de empresas privadas en el sector de la salud tienden a confundir el manejo de los contratos con el Estado dándoles el mismo tratamiento que a los contratos con los particulares y es ahí donde estos fallan al momento de asesorar, guiar y tomar decisiones en este tipo de contratación, por la falta de un análisis profundo de la ley.

Pero al analizar los momentos propios de la contratación estatal se puede evidenciar que este principio posee límites y más que esto no es posible ejecutarlo a cabalidad en la contratación estatal como si se hace en la privada.

Esto debido a los requisitos, la procedibilidad y las necesidades que el mismo contrato Estatal poseen, como por ejemplo la iniciativa de realizar el contrato esta es netamente una necesidad del Estado y está sujeto a requisitos que el contratista debe tener para poder acceder al privilegio de ser contratado. Seguido por la modalidad de ejecutar la contratación, luego la de no poder modificarse a voluntad de las partes y por último la terminación de la obligación, que también está sujeta a marcos legales para proceder y no a la autonomía de la voluntad de las partes.

De acá se puede analizar los límites que poseen los contratos del Estado con los particulares para la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes, la desventaja que las empresas privadas tienen al momento de acceder a un contrato con el Estado.

## **Agradecimientos**

Primero que todo agradezco a Dios por la oportunidad que me brinda al continuar con mi formación en la academia.

Me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del presente, en especial a la Dra. Arianne Illera Correal, directora de esta investigación, por la orientación, el seguimiento y la supervisión continúa de la misma, pero sobre todo por la motivación y el apoyo recibido durante esta especialización. También me gustaría agradecer la ayuda recibida de mi esposo José Manuel Cruz, su incondicional apoyo en mi crecimiento profesional y personal.

Especial reconocimiento merece el interés mostrado por mi trabajo y las sugerencias recibidas de mis compañeros de especialización en Gerencia de la Universidad la Gran Colombia y por su colaboración en el suministro de los datos necesarios para la realización de la parte empírica de esta investigación. Un agradecimiento muy especial merece la comprensión, paciencia y el ánimo recibidos de mi familia y amigos.

A todos ellos, muchas gracias.

## **Dedicatoria**

Dedico este proyecto de grado de mi especialización a mi esposo e hija por el apoyo y el ánimo que siempre presentan a todos mis proyectos impulsándome a continuar y hacer lo mejor posible para lograr nuestras metas.

**Título**

Análisis del Principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de un particular con el Estado Colombiano en el sector salud

## Resumen

En la Ley 80 de 1993 se introdujo el principio de la autonomía de la voluntad en su artículo 32, esto permite entonces leer que para los contratos sostenidos entre el Estado Colombiano y los particulares se puede dar aplicabilidad a los beneficios que este principio tiene inmersos como que las voluntades de las partes contractuales sean ley para ellas y que el mismo contrato sea dirigido por esas voluntades. Partiendo de la aplicabilidad que este tiene en el derecho privado vemos que muchos gerentes de empresas privadas tienen en su saber que el manejo de los contratos con el Estado es igual que los contratos entre particulares y es ahí donde los estos fallan al momento de asesorar, guiar y tomar decisiones en este tipo de contratación, por la falta de un análisis profundo de la ley.

Pero al analizar los momentos propios de la contratación estatal se puede evidenciar que este principio posee límites y más que esto no es posible ejecutarlo a calidad en la contratación estatal como si se hace en la privada.

Esto debido a los requisitos, la procedibilidad y las necesidades que el mismo contrato Estatal poseen, como por ejemplo la iniciativa de realizar el contrato esta es netamente una necesidad del Estado y está sujeto a requisitos que el contratista debe tener para poder acceder al privilegio de ser contratado. Seguido por la modalidad de ejecutar la contratación, luego la de no poder modificarse a voluntad de las partes y por último la terminación de la obligación, que también está sujeta a marcos legales para proceder y no a la autonomía de la voluntad de las partes.

De acá se puede analizar los límites que poseen los contratos del estado con los particulares para la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes, la desventaja de las empresas privadas al momento de acceder a un contrato con el Estado.

## Palabras Clave

Autonomía, principio, autonomía de la voluntad, negocio jurídico, contratación, Estado

## Introducción

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad varios autores se han referido citando la importancia que tiene sobre los contratos privados por ejemplo, en el escrito Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea de Adriana Taborda publicado en el año 2012, se hace una referencia sobre la buena fe como componente inmerso en la autonomía privada de la voluntad al realizar una contratación privada, aborda el tema como principal fuente de ley entre las partes y demuestra la buena fe como principio garante de la autonomía de la voluntad, lo hace desde un ámbito privado.

En la misma línea, vemos la autonomía de la voluntad en el Derecho Mercantil, sus escritores refieren el tema desde un punto de vista privado, la injerencia de la autonomía de la voluntad frente al derecho mercantil es decir en relación con los contratos comerciales entre privados.

Del tema grandes autores se han pronunciado haciendo referencia sobre contratación estatal, el autor Osorio Moreno, Néstor David , con el escrito Autonomía de la voluntad y *joint venture*<sup>1</sup> en la contratación estatal, donde hace una síntesis de cómo hay presencia de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal y de como si se puede realizar contratos bajo la modalidad de *joint venture* en la administración pública. En este escrito se hace un análisis de que es la autonomía y como es su presencia en la contratación estatal.

---

<sup>1</sup> Las Joint Venture Empresarial se definen como una empresa, corporación o sociedad, formada por dos o más compañías, individuos u organizaciones donde al menos uno de ellos es una entidad en actividad que desea ampliar sus actividades con el propósito de conducir un negocio nuevo, rentable con una duración permanente. En los últimos años a éstos se les consideran como contractuales o no solitarios.

En el 2007 en la revista de estudios socio jurídicos de la Universidad del Rosario en su volumen número volumen 9, se plantea la pregunta ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de la legalidad en los contratos estatales?, vemos acá una reflexión sobre la incidencia de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, sosteniendo que la figura de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales es puramente simbólica.

Partiendo de los últimos relatos citados, surge la incógnita de chequear, verificar y sustentar si, ¿Existen límites a la autonomía de la voluntad en los contratos estatales?, partiendo de que la autonomía de la voluntad es un principio que tiene como eje la libertad de las partes en celebrar el contrato, pero la inquietud es confirmar hasta donde llega esta libertad para no llegar al atropello entre las mismas partes y un atropello al mismo ser del contrato.

### **Línea de Investigación**

La línea de investigación planteada por la Universidad la Gran Colombia y usada en este trabajo de grado es el desarrollo económico y calidad de vida, desde la perspectiva del sector salud y sus relaciones comerciales con el Estado Colombiano. Esta línea de investigación adecua perfectamente la necesidad de mostrar como el principio de la autonomía de la voluntad es transgredido y no aplicado en la contratación de los particulares con el Estado siendo esto una manera de coartar el desarrollo económico del mismo, vulnerando no solo al comerciante privado si no a la población en general.

### **Planteamiento del Problema**

La autonomía de la voluntad es un principio circunscrito y reconocido en el derecho mercantil, que se ha ido transformando de acorde a la realidad actual, y que ha tenido incursión en el derecho público en materia de contratación Estatal, es decir en los contratos realizados por comerciantes privados y el Estado; en la actualidad la autonomía de la voluntad como principio de la contratación estatal es ejecutado bajo un reconocimiento de legalidad, queriendo cumplir con la misma diligencia practica y recursiva que en el derecho privado mercantil. La Ley 80 de 1993 introdujo el principio de la autonomía de la voluntad, propio del derecho privado, en el contexto de la contratación estatal mencionándolo principalmente en su artículo número 32.

Por lo tanto, la autonomía de la voluntad es fuente generadora de obligaciones y derechos lo que produce su eficacia jurídica, considerada, también como la denominada ley entre las partes. La fundamentación jurídica de la autonomía de la voluntad se ve en el Código Civil en los (Artículos 16 y 1602) entre otros, estableciendo que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y así mismo para poderlo disolver debe ser por voluntad de las partes o por las disposiciones establecidas por la ley, también establece que la autonomía de la voluntad para obligarse debe estar en cabeza de una persona legalmente capaz, esto generado para particulares es decir inmerso en el derecho privado.

Gracias a esta conceptualización de autonomía privada de la voluntad se puede involucrar este principio con la contratación estatal, partiendo de que un contrato en materia civil es vinculo jurídico en el cual una persona determinada llamada acreedor tiene la facultad en virtud de ese vínculo de exigir una prestación de dar, hacer, o no hacer a otra persona determinada llamada

deudor, en materia administrativa , podemos decir que el contrato público o el negocio jurídico en derecho público se caracteriza por:

- a) el objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines del Estado, para un beneficio general del pueblo.
- b) la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, para tener una vinculación comercial de un particular con el Estado.
- c) las prerrogativas especiales de la Administración pública, las cuales permiten y dan la facultad de modificar, crear o extinguir las condiciones del contrato de manera unilateral y siempre conveniente a la parte predominante del contrato y en este caso de estudio se habla entonces del Estado.

Esta materialización de la autonomía de la voluntad permite cuestionar sobre los límites que puede tener un contrato estatal frente a la autonomía de la voluntad, es decir, si la autonomía de la voluntad aplicada a los contratos estatales está inmersa en las prerrogativas donde las partes pueden modificar crear o extinguir las condiciones del contrato y que esto sea aplicado no por una parte predominante en el contrato si no por ambas partes.

Si la autonomía de la voluntad inmersa como principio en un contrato estatal, es generadora de libertades contractuales, entonces en aras de la transparencia, la equidad y la legalidad de un contrato estatal ¿hasta dónde puede llegar esta autonomía?, hay límites para este principio establecidos normativamente o simplemente son someros de este. Esto, partiendo de los

parámetros consagrados en la ley 1150 de 2007 y su antecesora la ley marco de la contratación estatal ley 80 de 1993.

Partiendo de lo anterior, se buscará identificar cómo opera la autonomía de la voluntad en la elección del contratista, escogencia del tipo contractual, configuración del contenido, forma, modificación y extinción del contrato estatal, partiendo de que hay experiencia en este sector frente a los contratos comerciales de una entidad privada con una perteneciente al Estado. De manera tal que el gerente de una empresa privada pueda determinar que requiere y a que se expone cuando esta frente a un contrato con el Estado y pueda identificar y tener claro las diferencias que tiene estos contratos con los de carácter privado.

### **Pregunta de Investigación**

¿Cómo se aplica el principio de autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal? ¿Hay límites entonces en el principio de la autonomía de la Voluntad en la contratación estatal?

### **Justificación.**

Una de las funciones principales de un gerente en una empresa es la de revisar, realizar, aceptar y llevar a cabo los contratos de estas con otras compañías y en ocasiones con el Estado.

En especial en el sector salud , las empresas privadas ven en el Estado una gran oportunidad de negocio, esto conlleva a que apliquen a licitaciones con el firme propósito de iniciar un contrato con el Estado; muchas veces los gerentes desconocen la diferencia que existe entre contratación privada y contratación estatal , cayendo en el grave error de considerarlas iguales y de no tener en cuenta las implicaciones que tiene no conocer las particularidades de la contratación estatal , es por esto que se requiere precisar y analizar de una manera detallada y profunda las particularidades que tiene la Ley 80 de 1993 , que es la que regula este tipo de contratos .

Partiendo de esto , vemos que la autonomía de la voluntad es un principio de magna relevancia en los contratos privados y que por su gran ímpetu es quien marca a estos y le da el carácter de ley para las partes al contrato, porque parte de un acuerdo de dichas voluntades, de la autonomía que tiene cada parte es decir el contratante y el contratista para acordar y pactar un negocio, pero este mismo principio a pesar de que está estipulado en la ley de contratación estatal, los contratos no operan de la misma manera con el Estado , es decir que la autonomía de la voluntad que entre privados es relevante y caracteriza al contrato , en materia de contrato estatal no opera igual y es esa diferencia, esa falta de aplicación real y legítima de este principio que no podemos asumir que las negociaciones contractuales con el Estado operan de la misma manera que las privadas y por ende no podemos como gerentes esperar llevar a cabo un negocio con el Estado en las mismas condiciones y bajo los mismos parámetros que con los privados. Este tipo de análisis legal y conceptual debe saberlo hacer un buen gerente para no incurrir en malas interpretaciones y por ende malos negocios, es bueno destacar que ignorar la Ley no exime de responsabilidades.

La contratación estatal tiene una especial relevancia ya que por medio de los contratos administrativos las entidades públicas desarrollan los fines del Estado y protegen el interés colectivo y general de los ciudadanos, toda vez que la contratación con el Estado en Colombia es la mayor no sólo frente a los servidores públicos sino también del particular contratista, pues sus normas no sólo tienen como destinatarias las entidades públicas, sino también las personas naturales o jurídicas que participan en los procesos de selección y que celebran contratos con el Estado.

La contratación estatal siempre se ha caracterizado por lo rígida y saturada en procedimientos y controles, que impedían una ágil y eficiente celebración de contratos; rigurosidad que fue aminorada por la Ley 80 de 1993 con la eliminación de procesos innecesarios y la introducción de nuevos postulados, entre ellos, el principio de la autonomía de la voluntad, la cual, a pesar de estar consagrada expresamente en dicha ley, no puede ser tratada de igual manera a como se aplica en el derecho privado, por cuanto en materia de contratación estatal prima el cumplimiento de los fines del estado sobre los intereses particulares de los contratantes.

Por esto el estudio y análisis que se pretende realizar es para determinar cómo se aplica la autonomía de la voluntad frente a los contratos que se presentan entre el Estado y una entidad comercial privada o un particular, para lo cual necesariamente deben identificarse los límites que le imponen la Constitución y la Ley al momento de ser aplicada o de cumplirse este principio como en derecho privado se cumple.

## Objetivos

### Objetivo general

- Determinar la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal en contratos con el sector salud.

### Objetivos específicos

- Revisar el marco legal que rige la contratación estatal y el principio de la autonomía de la voluntad.
- Comprobar cuáles son los límites del principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la contraparte, elección del tipo contractual, configuración del contenido del contrato, forma, modificación y extinción del contrato estatal en contratos con particulares.
- Evaluar el impacto que genera la autonomía de la voluntad en los contratos sostenidos entre los particulares con entidades Estatales.

## **Marcos de Investigación.**

### **Marco temporal.**

El marco temporal de la presente investigación va desde el día 28 de octubre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, hasta la actualidad.

### **Marco legal.**

El marco legal se ubicará en el estudio de la Constitución Política, Código Civil, Código de Comercio, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, todos éstos en cuanto estén relacionados con la autonomía de la voluntad.

### **Marco Teórico.**

La autonomía de la voluntad es, ante todo, un principio jurídico del derecho privado. Como dicen Diez-Picazo y Gullón, la autonomía de la voluntad “reviste el carácter de principio general del Derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado” Diez-Picazo, Luís y Gullón, Antonio., (1985).

En este ámbito, el principio de autonomía de la voluntad faculta a los particulares para autorregular sus propios intereses patrimoniales mediante la celebración de contratos.

Existen varias teorías que explican la autonomía de la voluntad. Por un lado, la teoría subjetiva del negocio jurídico, más conocida como teoría de la voluntad. Por otro lado, las tres teorías objetivas: la teoría de la declaración, la teoría preceptiva y la teoría normativa.

Para la teoría de la voluntad, la voluntad interna prevalece sobre el dato objetivo de la declaración, razón por la cual “una declaración desprovista de voluntad sería, entonces, inidónea para formar el contrato, por cuanto faltando la voluntad faltaría el primer elemento constitutivo del negocio” (Escobar Gil, 1999, p.39). La eficacia de los actos jurídicos o contratos privados emana

directamente de la voluntad de los sujetos, de manera que, está sujeto el contrato a esa autonomía de la voluntad que ambas partes poseen.

Para ilustrar mejor esta posición, Benjamín Moisés sostiene que la esencia del negocio es la voluntad y que la declaración es tan solo un medio de manifestación, lo que implica que “en caso de discordancia entre la voluntad y la declaración, la sola apariencia de un negocio normal no basta para generar el correspondiente vínculo jurídico, sino que además es necesario que se haya debido al obrar culpable del declarante y que haya dado lugar a una razonable confianza por parte del destinatario de la declaración”( Moisa,2005,p.97).

En oposición a la teoría de la voluntad, encontramos la teoría objetiva de la declaración, que considera que el contrato se constituye por las declaraciones de la voluntad de los sujetos, toda vez que “es la declaración, tal y como puede ser entendida de acuerdo a las circunstancias, la que importa para el derecho, no la voluntad síquica del declarante” (BIANCA, 2007 p. 40).

Al respecto conviene decir que los exponentes de esta teoría consideran indispensable que el individuo dé vida a la voluntad negocial mediante un acto de exteriorización que sería entonces una declaración de esa voluntad, ya que dicha voluntad sólo tiene valor cuando se manifiesta concretamente y sale a la vida jurídica exterior. En palabras de Carriota- Ferrara (1956) “para que se tenga manifestación es preciso que la voluntad se haya exteriorizado, es decir, haya sido llevada desde dentro al mundo exterior; el sujeto debe hacerla evadir del propio yo y ponerla en la vida social de modo aprehensible, perceptible para los demás”. (p. 327)

Según Betti Emilio (2000), el negocio jurídico no se determina por la facultad de “querer”, sino por el intercambio de las respectivas declaraciones -oferta y aceptación- y su consenso, es decir, consiste en una “autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación que el

individuo no debe militar al “querer”, a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente”

La tesis normativa, otra de las teorías objetivas de la autonomía privada, señala que el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas concretas, que opera dentro de los límites establecidos a la autonomía de la voluntad por el ordenamiento jurídico (Bigliuzzi Geri, 1992). Uno de los más importantes exponentes de esta posición, Luigi Ferri, manifiesta que la autonomía de la voluntad “se convierte en el poder atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas” (Ferri, Luigi, 2000).

Descritas estas teorías se deduce que existe entre ellas algunos puntos de encuentro, toda vez que todas admiten que debe existir una voluntad de las partes la cual debe ser exteriorizada, e igualmente coinciden en afirmar que esa autonomía privada permite que los particulares autorregulen sus intereses mediante esa libertad dada por el ordenamiento jurídico y que permite que el contrato sea la exteriorización de las voluntades y conveniencias de los contratantes.

De todos estos planteamientos y teorías se desprende la necesidad de la autonomía de la voluntad en los contratos, en tanto ésta se convierte en un instrumento para que los particulares creen, modifiquen o extingan relaciones entre ellos por medio de los negocios jurídicos.

Esta facultad de autorregulación es bastante amplia, en la medida en que incluye, dentro de ciertos límites jurídicos y fácticos, la libertad de contratar o no contratar (libertad de conclusión del contrato), la de elegir con quién se contrata (libertad de elección de la contraparte), la de escoger la figura contractual más apropiada para la clase de negocio (libertad de elección del tipo contractual), la de definir los derechos y deberes de las partes (libertad de configuración del contenido del contrato), la de utilizar determinado mecanismo de perfeccionamiento del contrato

(libertad de forma), la de variar el contenido del contrato (libertad de modificación), la de regular las causales de terminación del acuerdo (libertad de extinción del contrato).

Pero el principio de autonomía de la voluntad no se circunscribe al ámbito de la contratación estatal, toda vez que, en razón de este principio, toda persona con capacidad y que posea el ánimo de obligarse para recibir una utilidad, concurre libremente a las invitaciones, convocatorias o licitaciones que la administración le haga con fines de obtener una vinculación contractual.

En otras palabras, este principio también ocupa un lugar importante en el contexto de la contratación estatal, teniendo en cuenta que “la Administración se vale de la autonomía negocial del derecho común y que el acto se perfecciona mediante el acuerdo de conformidad con el principio contractual fundamental” (Bianca Massimo, 2007, p.66).

Dicho reconocimiento se encuentra claramente establecido en los artículos 13, 32 y 40-2 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Al definir la normativa aplicable a los contratos estatales, el artículo 13 dispone que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere al artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. De esta manera, el legislador establece que la regulación de la contratación privada se aplica supletoriamente a la contratación estatal, incorporando una remisión normativa expresa que obviamente incluye la autonomía de la voluntad. Luego, el artículo 32 define los contratos estatales en los siguientes términos: “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”. En esta norma, el legislador hace la primera mención expresa al principio de autonomía de la

voluntad. Por último, el artículo 40, referido al contenido de los contratos estatales, reitera expresamente la aplicación de dicho principio, al señalar en su inciso segundo que “las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”.

De acuerdo con lo anterior, es indiscutible que el legislador reconoce la autonomía de la voluntad como uno de los principios jurídicos de la contratación estatal. Sin embargo, la aplicación de este principio en el ámbito de los contratos estatales plantea una serie de dificultades que obedecen al carácter preferentemente imperativo, indisponible y heterónomo del derecho público. En este sentido, Rico Puerta (2009) afirma que “la autonomía de la voluntad en las relaciones negociales estatales, está incidida por reglas de supra ordinación, por potestades excepcionales, por el interés general y por el principio de la administración reglada, que demandan un marco regulatorio más imperativo, en perjuicio del poder de autodeterminación de los sujetos intervinientes”. Si a todo esto se suma que la contratación estatal tiene que cumplir los fines del estado, establecidos en el artículo 2° de la Constitución Política, resulta claro que el principio de autonomía de la voluntad tiene mucho menos alcance en materia de contratación estatal que en materia de contratación privada.

Bajo este panorama, se le dio la facultad al Congreso de la República de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, el legislador en la Ley 80 de 1993 introdujo una gran novedad a la actividad contractual del Estado, consistente en el ejercicio de la autonomía privada, imprimiéndole una función social, “porque al mismo tiempo que la declara derecho irrenunciable del individuo, la subordina enteramente al orden jurídico y al interés general” (Lamprea Rodríguez, ,2.007,p.36).

Ante esta situación, surge la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál es el verdadero alcance de la autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal? Para responder este interrogante es necesario desarrollar un estudio detenido de la regulación jurídica de los contratos estatales, con el objetivo de precisar los diversos tipos y grados de libertad contractual que admite el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

El derecho privado reconoce ampliamente la libertad de conclusión del contrato, la de elección de la contraparte, la de escogencia del tipo contractual, la de configuración del contenido del contrato, la de forma, la de modificación, la de extinción. Pero ¿ocurre lo mismo en el derecho público en el ámbito de la contratación estatal? A continuación, se describen de manera puntual y sucinta cada uno de los tipos de libertad contractual en este ámbito.

Debe advertirse que, si bien los contratos de la Administración Pública son acuerdos que celebran las entidades públicas con particulares, valiéndose de la autonomía negocial del derecho común para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, éstos también cumplen una función pública, cuyo objetivo es velar por el interés general, el bien común y la eficiente y continúa prestación del servicio público.

En materia de contratación estatal, la administración tiene libertad de conclusión del contrato hasta el acto de apertura del proceso de selección respectivo (artículos 5 y 77 del Decreto 2474 de 2008). A partir de dicho acto administrativo, la entidad estatal está obligada a celebrar el contrato determinado en el pliego de condiciones, salvo que se configure alguno de los motivos que permiten declarar desierto el proceso de selección (numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993).

La libertad de elección de la contraparte también se encuentra muy limitada por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Esta limitación obedece principalmente a tres

factores: 1) El principio de selección objetiva, que excluye “cualquier clase de motivación subjetiva” en el respectivo proceso de selección del contratista (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007); 2) La inscripción del contratista en el Registro Único de Proponentes (RUP), exigida para celebrar todos los contratos estatales, sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley (artículo 6 de la Ley 1150 de 2007); y 3) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con la administración, que excluye a los oferentes y contratistas incurso en las causales tipificadas por el ordenamiento jurídico (artículos 8-10 de la Ley 80 de 1993).

El carácter restringido de las libertades de conclusión y de elección de la contraparte contrasta con la amplitud de la libertad de elección del tipo de contrato. En este punto, la administración, atendiendo las necesidades que motivan la celebración del contrato, puede escoger libremente la figura contractual más apropiada, contando para ello con tres tipos de contratos como los son los contratos típicos, los tipificados en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y los contratos atípicos.

Y para esta facilidad de contratación vemos que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se establece que “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”.

Por su parte, la libertad de configuración del contenido del contrato también se encuentra ampliamente restringida, pues la administración no puede definir arbitrariamente el contenido del contrato, ya que el pliego de condiciones debe tener en cuenta los derechos y deberes de las partes, expresamente establecidos en la ley (artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993). Además, el contratista

no tiene mayor incidencia sobre el contenido final del contrato, toda vez que el pliego de condiciones es unilateralmente elaborado por la entidad estatal, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el oferente de presentar observaciones en las oportunidades establecidas en la ley (numeral 12 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008). En tercer lugar, la ley regula una serie de cláusulas exorbitantes o excepcionales que en algunos casos se incorporan automáticamente en el contenido del contrato estatal, sin necesidad de pacto expreso al respecto (artículo 14-19 de la Ley 80 de 1993).

Si las libertades de conclusión, de elección de la contraparte y de configuración del contenido del contrato son muy limitadas, la libertad de forma es sencillamente inexistente, en la medida en que todos los contratos estatales están sometidos a *solemnidad ad substantiam*. Al respecto, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”. Aún en los casos de urgencia manifiesta, regulados en el artículo 42 de la citada ley, se requiere “constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante”, lo que excluye toda posibilidad de consensualidad en la contratación estatal.

El Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública también establece una serie de restricciones a la libertad de modificación del contrato estatal. Por un lado, la adición del contrato estatal no puede superar el “cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales” (parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993). Por otro lado, la cesión del contrato estatal por parte del contratista presupone “previa autorización escrita de la entidad contratante” (inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993). Además, debe tenerse en cuenta que, en ciertos casos, la administración cuenta con la potestad excepcional de

modificación unilateral del contrato, siempre que se cumplan los requisitos regulados en la ley (artículo 16 de la Ley 80 de 1993).

Así mismo, la libertad de extinción del contrato tiene una regulación sui generis en materia de contratación estatal. En este ámbito, ciertos contratos incluyen las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, liquidación unilateral y caducidad del contrato, aplicables cuando se cumplan las exigencias legales correspondientes (artículos 17, 18 y 61 de la Ley 80 de 1993).

Partiendo de este análisis somero de los diversos tipos de libertad contractual en derecho público, resulta claro que la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos estatales plantea varios obstáculos. Los límites, las restricciones y las cargas establecidas por la ley, dificultan el normal desenvolvimiento de este principio en la discusión, celebración, ejecución y extinción de los contratos entre los particulares y el Estado. Todo esto ratifica la necesidad y la pertinencia de la pregunta de investigación anteriormente planteada.

### Diseño Metodológico.

Método instrumental, toda vez que lo que se pretende determinar es el grado de aplicación y los límites del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación Estatal. Esto partiendo de los parámetros consagrados en la ley, las posiciones jurisprudenciales y doctrinales.

Instrumentos de investigación Tabla 1

<b>DIMENSIONES DE ANÁLISIS</b>	<b>DATOS A OBTENER</b>	<b>OPERACIONALIZACIÓN</b>	<b>DÓNDE ENCONTRAR LA INFORMACIÓN</b>
<b>Objetivos Específicos</b>	<b>Indicadores</b>	<b>Instrumentos a utilizar</b>	<b>Fuentes de Información</b>
1. Revisar el marco legal que rige la contratación estatal y el principio de la autonomía de la voluntad.	Reglamentación de la autonomía de la voluntad	Documental,	la Constitución Política,
	Regulación de la contratación estatal	Documental,	Código Civil, Código de Comercio, Ley 80 de 1993
	Análisis de los diversos tipos de libertad contractual en derecho público	Documental,	Bianca, C. Massimo. (2007) Derecho civil, 3 el contrato
			BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004
2. Identificar cómo opera el principio de la autonomía de	Concepto de autonomía de la voluntad	Documental	Ley 80 de 1993

la voluntad en la elección de la contraparte, elección del tipo contractual, configuración del contenido del contrato, forma, modificación y extinción del contrato estatal.	Planteamientos, doctrinales sobre el principio de la autonomía de la voluntad	Documental	Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, todos estos en cuanto estén relacionados con la autonomía de la voluntad.
	Modos de licitación, pliegos de licitación, escogencia de contratistas con aras de establecer la participación del principio de la autonomía de la voluntad en este proceso	Documental	Hinestrosa, Édgar Cortés, segunda edición, Universidad Externado de Colombia
Determinar cuáles son los límites del principio de la autonomía de la voluntad elección de la contraparte, elección del tipo contractual, configuración del contenido del contrato, forma, modificación y extinción del contrato estatal	Los límites, las restricciones y las cargas establecidas por la normativa imperativa, dificultan el normal desenvolvimiento de este principio en la discusión, celebración, ejecución y extinción de los contratos de la administración pública	Documental, Doctrina	Ley 80 de 1993
		Datos agregados	Bianca, C. Massimo. (2007) Derecho civil, 3 el contrato

## Resultados

El método instrumental realizado para esta investigación fue el análisis documental, toda vez que lo que se pretende determinar es el grado de aplicación y los límites del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal. Esto, partiendo de los parámetros consagrados en la ley, las posiciones jurisprudenciales y doctrinales.

### Análisis de resultados Tabla 2

AUTOR LIBRO Y AÑO	PG	ANALISIS
<p>Bianca, C. Massimo. (2007) Derecho civil, 3 el contrato</p>	<p>39</p>	<p>Para la teoría de la voluntad, la voluntad interna es primordial y fundamental se antepone sobre el dato objetivo de la declaración, claro está que esa voluntad importante y requerida debe ser declarada y expuesta al exterior razón por la cual “una declaración desprovista de voluntad sería, entonces, inidónea para formar el contrato, por cuanto faltando la voluntad faltaría el primer elemento constitutivo del negocio”</p>
		<p>Es decir que la voluntad en sí misma es parte fundamental del negocio jurídico o contrato, porque el principio de la voluntad manifiesta y declara la disposición de ejecutar una relación jurídica comercial.</p>

	40	<p>Este principio también ocupa un lugar importante en el contexto de la contratación estatal, teniendo en cuenta que la Administración se vale de la autonomía negocial del derecho común y que el acto se perfecciona mediante el acuerdo de conformidad con las partes intervinientes, siendo el principio de la autonomía de la voluntad básico en dicha relación, si este fuera respetado, porque de lo contrario estaríamos imponiendo una sola voluntad en el contrato</p>
<p>Hinestrosa, Édgar Cortés, segunda edición, Universidad Externado de Colombia</p>	40	<p>Señala que la autonomía privada es un fenómeno no social que “es identificado en la disposición con la cual el sujeto regula por sí mismo sus propios intereses en la relación con los otros, o sea cabalmente en la autorregulación” Vemos entonces como el principio de la autonomía de la voluntad genera autorresponsabilidades al momento de iniciar la contratación porque posibilita la autorregulación de intereses en este contrato. Si bien es cierto que la misma voluntad de las partes generan ley para ellas entonces se puede decir que es necesario que exista autonomía de la voluntad en todo contrato.</p>
<p>Benavides, José Luis. (2004). El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. Colombia, Bogotá Segunda Edición</p>	90	<p>En la elección del contratista , se debe tener en cuenta que, tal como lo señala la doctrina tradicional colombiana es potestad del Estado establecer los requisitos para aplicar , el derecho privado es un derecho de autonomía, mientras que el derecho público es un derecho de mandato, esto permite analizar la implicación que puede tener el principio de la autonomía de la voluntad en una relación de un particular con el Estado, partiendo de esta premisa donde el Estado es quien manda y el tercero o contratante quien obedece y se somete a la única voluntad que respeta este contrato y es la voluntad del Estado.</p>

	95	<p>En resumidas cuentas, tanto las entidades estatales como los funcionarios públicos tienen una competencia legal a la cual deben atenerse sin extralimitación alguna, ya que ésta se identifica con la restricción y la asignación expresa de funciones a los servidores públicos, mientras que la capacidad consiste en un amplio margen de libertad que sólo resulta limitado por los casos excepcionales de incapacidad</p>
	288	<p>Las entidades estatales carecen de una libertad total para determinar lo que les es más favorable, al menos desde el punto de vista del contenido, en tanto que dicha decisión está sometida a los parámetros preestablecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y porque además, la actividad contractual está direccionada a satisfacer los intereses generales, sin tener en consideración aspectos exclusivamente económicos, contrario a lo que sucede en el derecho privado, donde las limitaciones a la voluntad de escogencia del contratista se concentran en la protección de la parte débil y del sistema económico</p>
<p>Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de diciembre de 2007, radicado: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715).</p>		<p>Para el Consejo de Estado, la ausencia de forma escrita configura la inexistencia del contrato estatal, por lo que el supuesto acuerdo de voluntades no puede tener carácter vinculante ni cumplimiento, pues de dicha formalidad depende la manifestación de voluntad de las partes, es decir que la declaración de las voluntades es efectiva solo por escrito.</p>

La limitación de la libertad de elección de la contraparte se deriva del principio de selección objetiva, establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que consiste en la elección del ofrecimiento más favorable a la entidad, sin tener en cuenta consideraciones subjetivas. En palabras del Consejo de Estado, “es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un proceso que orienta los procesos de selección tanto de la licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación”. Esta pronunciación refiere claramente que la autonomía de la voluntad es solo en contratos estatales a una de las partes no a las dos.

## Discusión de Resultados

El tema en general de la contratación estatal está revestido de importantes razones en su ser como son que los fines del Estado protegen el interés colectivo y general de los ciudadanos y además son fuente de responsabilidades jurídicas disciplinares, civiles y contractuales con los servidores y funcionarios públicos los contratistas y demás participantes en el régimen contractual y es ahí en donde encaja el sector privado como licitante en este tipo de contratación.

Cabe destacar y para efectos de explicar el tema debo enfatizar en que el Estado siempre se ha caracterizado por realizar procedimientos de contratación rígidos con tramitología extensa y de difícil acceso , es decir que no todos los particulares que desearan contratar con el estado estarían en la capacidad de cumplir dichas exigencias, por esta razón y dada la necesidad de ampliar la posibilidad de contratar con el Estado y de que este proceso fuera más ágil y de mayor acceso fue implementada la Ley 80 de 1993, donde se ve un gran avance en la eliminación de procesos innecesarios y la introducción de nuevos postulados, y es entonces donde vemos también por primera vez el postulado del principio de la autonomía de la voluntad, sin que esto nos indique que es aplicado a cabalidad , ya que tenemos que volver a recordar que en la contratación estatal prima el bien general sobre el particular.

Entrando así pues en la discusión sobre el principio de la autonomía de la voluntad en contratación estatal se requiere sumergirnos en la explicación dada por las diversas teorías del tema. Conocidas estas teorías bajo los postulados de:

Teoría de la voluntad: Explicada así “una declaración desprovista de voluntad sería, entonces, inidónea para formar el contrato, por cuanto faltando la voluntad faltaría el primer elemento constitutivo del negocio” (BIANCA, 2007,39). Puedo analizar que la voluntad es entonces la

esencia del negocio ya que por medio de esta manifestación de voluntad de las partes es la fuerza creadora y motivadora del acto.

Teoría de la declaración: Esta refiere la necesidad de exteriorizar esa voluntad de las partes. Esto quiere decir que bajo esta teoría podemos ver la autonomía de la voluntad como la manera en que los sujetos participantes del acto expresan su intención o mejor declaran sus manifestaciones de interés al participar en el contrato. De esta manera las partes crean y transforman el negocio jurídico bajo un fuero interno y a voluntad de las partes, donde dicha voluntad sea exteriorizada y declarada para formalizar el acto en sí. En palabras de Carriota- Ferrara, “para que se tenga manifestación es preciso que la voluntad se haya exteriorizado, es decir, haya sido llevada desde dentro al mundo exterior; el sujeto debe hacerla evadir del propio yo y ponerla en la vida social de modo aprehensible, perceptible para los demás (CARIOTA-FERRARA, 1956, 327 y 328).

Teoría preceptiva: Considera la autonomía de la voluntad como un fenómeno social, no solo basta con desear o querer hacer si no que hay que actuar objetivamente con el propósito del negocio jurídico. Manifiesta que las autorregulaciones de los intereses propios deben ir encaminados a los mismos intereses del contrato es decir de la relación contractual mutua.

Teoría normativa: Parte del postulado del negocio jurídico dice que es fuente de normas jurídicas concretas, tacita y expresadas de manera escrita y visible es decir que goza de publicidad. Esta teoría se atreve a dar al principio de la autonomía de la voluntad la facultad de crear derecho porque es capaz de establecer normas jurídicas entre las partes, de ser ley para el contratante y contratista porque de esa voluntad manifiesta depende el mismo contrato.

De estas teorías vemos reflejado claramente el planteamiento de que la autonomía de la voluntad es la herramienta de autorregulación por medio del cual los particulares crean, modifican o extinguen sus relaciones jurídicas por medio de la celebración de negocios jurídicos.

Poder autorregularse en un contrato puede ser una medida bastante efímera y causal de extralimitación de intereses particulares, pero si vemos en materia privada este principio reviste de gran limpieza, ya que son las partes involucradas a las que les interesa llegar a un resultado satisfactorio y por eso sus voluntades son encaminadas al bien común y esta autorregulación permite esa satisfacción final. Esas libertades de contratar, de elegir con quien se contrata que fin tiene o que objeto tiene el contrato, cláusulas del mismo, obligaciones y deberes, así como las causales de terminación hacen que el contrato revista de un carácter propio y que la autonomía de la voluntad tenga prevalencia y sea parte importante del negocio jurídico.

Este principio ya hablando en materia estatal lo vemos planteado en los artículos 13, 32 y 40-2 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Al definir la normativa aplicable a los contratos estatales, el artículo 13 por ejemplo trata de que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere al artículo 2° del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. Así pues, da cabida a que la regulación de la contratación privada sea aplicada en contratos con el Estado indubitablemente envuelve la autonomía de la voluntad.

En el artículo 32 conceptualiza los contratos diciendo que “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 en este artículo número 32 de la Ley 80 de 1993 por primera vez el legislador menciona el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal, luego es mencionada en el artículo 40 en el inciso segundo que “las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”.

Del anterior párrafo podemos ver la intención del legislador en inmiscuir el principio de la autonomía de la voluntad en los negocios o contratos jurídicos con el Estado y los particulares, pero no basta con mencionar el principio en dos o tres artículos de la Ley sino en que en la aplicabilidad real de la misma este principio surta efecto en las relaciones de los particulares frente al Estado.

Si recordamos en el inicio de esta discusión de resultados se vio como en el derecho privado la autonomía de la voluntad permite libertades en todos los tiempos del contrato es decir en el antes durante y después de su celebración, para efectos de determinar la aplicabilidad o mejor los límites a los que se ve inmerso el principio de la voluntad en derecho público tenemos que ver las limitantes propias del mismo contrato estatal es decir los grados de libertad contractual permitidos. Si bien es cierta la relación de la terminología autonomía de la voluntad con el significado de libertad, en contratación estatal también son sinónimos y deben verse correlacionadas por eso debemos discutir o mejor analizar las propias limitantes de las libertades en el momento de contratar.

Por lo anterior entonces vemos que:

Existe la libertad de parte del contratante de iniciar con un proceso de selección, el acto administrativo que contiene la manifestación de la voluntad de la entidad para establecer un contrato con un particular. Esta libertad se ve afectada cuando por razones de ilegalidad de nulidad

de este mismo acto, la administración pública no tiene plena libertad para decidir si celebra o no el contrato, pues existen casos excepcionales en los cuales la entidad contratante puede abstenerse de celebrar el contrato estatal, de tal manera que debe sujetarse a la revisión y control de este acto y proceso.

Siguiendo con el orden contractual Estatal pasamos a la elección del contratante, esta es la parte más afectada en la voluntad del participante ya que obliga al particular poseer ciertas capacidades como seguir las normas y reglas del derecho público, ser inscrito y renovado permanente mente en el RUP, no poseer inhabilidades e incompatibilidades, esto hace que se limite la voluntad de poder participar en la selección.

Una vez realizado el proceso de selección y ya escogido el contratante se pasa a efectuar el contrato, en la Ley se estipulan los siguientes tipos de contrato: Contrato de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión y fiducia pública; y contratos atípicos. En este paso vemos que la libertad es plena para la para la entidad Estatal, ya que es la oferente del contrato y es la que requiere un servicio o producto y la que escoge el tipo de contrato, la entidad privada o persona natural debe acogerse al tipo de contrato que se le ajuste a la entidad estatal.

Pasamos luego al contenido de contrato, las clausulas deben ceñirse estrictamente a las condiciones del pliego inicial de condiciones, y si nos acordamos este es realizado plenamente por la entidad estatal.

Si se requiere una modificación al contrato, solo está en poder de la entidad Estatal realizar por medio de acto administrativo una modificación, no puede la entidad privada realizar ningún cambio.

En cuanto a la extinción del contrato puede darse de mutuo acuerdo, motivado, o simplemente por parte de la entidad Estatal emitirá un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, motivado y notificándole al contratista.

## Conclusiones

Teniendo presente y habiendo estudiado los límites de libertades contractuales manifestadas en los contratos con el Estado, como se indicó en la discusión de resultados vemos que los límites del principio de la voluntad en dichos contratos son absolutos más que límites no existe su aplicación, presenta este principio muchos obstáculos en esta rama para ser ejecutado el principio a cabalidad. Esos límites y restricciones que norma la ley no permiten que el principio de la autonomía de la voluntad, mencionado además literalmente en la misma Ley, se vea coartado y no pueda ser aplicado en los contratos del Estado con los particulares.

Es evidente que la autonomía de la voluntad en la contratación estatal es coartada, esto por la importancia del interés público y de los fines de la contratación que asume el Estatuto Contractual, tales como potestades excepcionales, reglas de selección objetiva, causales de inhabilidades, incompatibilidad, validez o exigibilidad del RUP, caducidad de acciones, circunstancias de mutabilidad del contrato, vías procedimentales, régimen de publicidad, competencia contractual, delegación y causales de anulación y demás requisitos preponderantes necesarios y de obligatoriedad para poder celebrar un negocio jurídico con el Estado, esto configura claramente unos límites al principio de la voluntad en contratación Estatal.

Si bien a partir de la Ley 80 de 1993 se nombra en varios artículos el principio de la autonomía de la voluntad, no significa que este principio este realmente aplicado en una realidad contractual, porque en la misma ley faculta limitantes que no permiten la aplicabilidad del mismo.

Se concluye que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad no es igualmente aplicada en las relaciones comerciales privadas que en las Estatales esto debido simplemente a que los entes públicos están obligados a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y la protección del interés colectivo y general de los ciudadanos impidiendo dar cabalidad a la autonomía de la voluntad.

Esto permite establecer que bajo ningún punto de vista o circunstancia los gerentes de las compañías privadas podemos ver, exigir y tratar a un contrato con el Estado de la misma manera que un contrato con otro privado, no es posible esperar que el Estado avale la autonomía de nuestra voluntad en negocio con él, como gerentes debemos tener claro que al licitar estamos expuestos a la voluntad expresa y única del Estado y que no tenemos mayor posibilidad de exigir una voluntad como contratista.

## Bibliografía

1. Alessandri, A. (1997). *De los contratos*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
2. Aparisi, A. (1992). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
3. Benavides, J. (2004). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Colombia, Bogotá Segunda edición, Universidad Externado de Colombia,
4. Betti, E. (200). *Teoría general del negocio jurídico*. Traductor A. Martín Pérez. Granada: Comares.
5. Bianca, C. Massimo. (2007) *Derecho civil, 3 el contrato*, traductores Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés, segunda edición, Universidad Externado de Colombia.
6. Bigliuzzi Geri, L, (1992) *ET AL Derecho civil, hechos y actos jurídicos*, tomo I volumen 2, traductor Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia.
7. Castrillo Santos, J. (1949). *Anuario de Derecho Civil*. La Habana
8. Carriota-Ferrara, Luigi, (1956) *El negocio jurídico*, traductor M. Albaladejo. Madrid: Aguilar.
9. Díez-Picazo, L y Gullón, A. (1985) *Sistema de derecho civil*. Vol. I. 5ª ed. Madrid: Tecnos.
10. De Castro y Bravo, F. (1949). *Derecho Civil de España*. Madrid. Editorial del Instituto de Estudios Políticos.
11. De Casso y Romero, I. *Diccionario de Derecho Privado*. Madrid. Editorial Labor S.A.
12. De Castro y Bravo, F. (1991). *El negocio jurídico*. Madrid. Editorial Civitas S.A.
13. De Castro y Bravo, F. (1982). *Anuario de Derecho Civil*. La Habana.
14. Escobar Gil, Rodrigo. (1999) *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis. Bogotá.
15. Fernández Bulté, J. (2004). *Teoría del Estado y el Derecho*. La Habana. Editorial Félix Varela.
16. Ferri, L, (2010) *La autonomía privada*, traductor Luis Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
17. Legaz y Lacambra, L. (1962). *Revista del Instituto de Derecho Comparado*.
18. López Santa María, J. (1998). *Los Contratos*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

19. Lezcano Calcines, J. (2002). *Estudios de Derecho Administrativo cubano*. La Habana. Editorial
20. Moisés, B. (2005) *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, editorial Zavalia, Buenos Aires Argentina.
21. Ospina Fernández, G. (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, sexta edición, editorial Temis S.A.
22. Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
23. Valdés Días. C. (2004). *Compendio de Derecho Civil*. La Habana. Editorial Félix Varela