EL "EQUILIBRIO ECONÓMICO" DEL CONTRATO ESTATAL COMO DERECHO NO COMO PRINCIPIO

IVETT LORENA SANABRIA GAITAN

Universidad del Rosario

Maestría en Derecho Administrativo

Facultad de Jurisprudencia

Bogotá D.C. 2017

EL "EQUILIBRIO ECONÓMICO" DEL CONTRATO ESTATAL COMO DERECHO NO COMO PRINCIPIO

Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario para obtener el título de Magíster en Derecho Administrativo

Directora de tesis: Doctora Claudia Barrantes

2017

Dedicatoria

Felipe, mi hijo

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN **6**

CAPITULO I **19**

LA CONSTITUCIÓN COMO ACUERDO POLÍTICO Y COMO SISTEMA **19**

CAPITULO II **29**

LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS **29**

El derecho por reglas y por principios de acuerdo con Gustavo Zagrebelsky 30

El carácter de las reglas y de los principios de acuerdo con Ronald Dworkin: **33**

La división entre reglas y principios según Robert Alexy 36

La noción de principio y su distinción con las reglas de acuerdo con Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza 38

Visión de los principios y las reglas en la estructura de la ley 80 de 1993 43

Los principios y las reglas de la contratación estatal en el marco de la constitución política de 1991 50

CAPITULO III **59**

EL CONTRATO ESTATAL EN EL MARCO DE LOS **59**

PRINCIPIOS Y LAS REGLAS **59**

Marco Constitucional y Legal 59

El Contrato Estatal de acuerdo con la Jurisprudencia, la Ley y la Doctrina: 61

Características del Contrato Estatal desde la Jurisprudencia 63

A. Es bilateral 64

B. Es oneroso 64

C. Es conmutativo 65

D. Es solemne 67

La existencia y la validez en relación con el equilibrio económico del contrato estatal 68

La existencia 68

1. La Voluntad: 68
2. El Objeto: 69
3. La Causa 69

La validez 71

1. La Capacidad 72
2. La observancia de los procedimientos 72
3. La licitud del objeto 74

4. La licitud de la causa 75
5. Ausencia de vicios del consentimiento 75
El contrato de obra en el contexto de los principios y las reglas 76
El equilibrio económico del contrato ¿Un principio, una regla, un derecho? 78
A. El Ius Variandi 83
B. El hecho del príncipe 84
C. La teoría de la imprevisión 85
D. Las dificultades materiales imprevistas 85
La celebración incompleta del contrato estatal como circunstancia generadora de desequilibrio ... 105
Conclusiones 123
Referencias: 128

INTRODUCCIÓN

La idea de derecho que orienta el presente trabajo se enmarca en el ámbito político de los Estados constitucionales democráticos que aparecieron con posterioridad a aquellos regidos por el imperio de la ley; es decir, en un contexto que nos sólo supone la reformulación de la norma como único criterio de validez, sino que implica la aceptación e inclusión de principios necesarios para garantizar y desarrollar sociedades más justas. Políticamente, se trata de una ruptura que ocurre como resultado de la crisis de un modelo de Estado que había dejado de responder a la realidad, olvidando que las comunidades son fenómenos esencialmente volátiles, dinámicos y cambiantes, cuya organización requiere de estructuras complejas. Jurídicamente, supone la superación del modelo positivista que entiende el derecho como un conjunto de normas y se basa en la subsunción mecánica de los hechos a las leyes, para dar paso a una concepción más cercana a la idea de sistema jurídico.

Por su puesto, esta noción de sistema es muy abierta y plural; pues de acuerdo con la teoría contemporánea del derecho, es muy difícil referirse a una única definición, por lo que aquí se preferirá una concepción que atienda más a los rasgos comunes de las definiciones de sistema jurídico, que pueden deducirse de la forma en que se manifiesta el derecho en la facticidad, que una idea totalizante que, aunque pueda resultar muy "abarcadora", no describa con precisión la forma en que se comporta un sistema en un contexto particular.

De momento puede afirmarse que lo que caracteriza al derecho como un sistema en contraposición a un simple conjunto de normas, es su referencia a principios y valores como criterios de optimización de los derechos y de aplicación o desarrollo del contenido de las normas. Aunque su propósito fundamental es resolver problemas, un sistema también se refiere a actividades de ponderación, discernimiento, valoración y otras consideraciones relacionadas con la justicia que no necesariamente se encuentran en el ámbito de los litigios privados o públicos de carácter económico, político o social. Esta por supuesto, es una concepción mucho más amplia de lo que es el derecho, comparada con las definiciones que lo asocian exclusivamente con la ley, como expresión de la voluntad soberana, por ejemplo o que lo entienden como un conjunto de normas cuyo objeto es regular la conducta de los individuos.

Es indudable que la escuela positivista ha dejado un legado que aún persiste en muchos entornos típicos del derecho, desde la academia, pasando por los sistemas judiciales, hasta la estructura política del país. La educación misma ha recibido el fundamento de una teoría que quizás ha resultado 'seductora' por su proceder pragmático, que ofrece soluciones bastante poco reflexivas, pero que favorece la imposición de consecuencias positivas o negativas para regular el comportamiento de las personas en forma inmediata. Sin embargo, también es incuestionable que los sistemas jurídicos evolucionan de acuerdo con su capacidad para desarrollar y garantizar entornos justos en los que los ideales (en este caso, los democráticos) puedan realizarse de la mejor manera posible, por lo que puede decirse que ha sido la incapacidad del positivismo para dar cuenta de la realidad cambiante, el factor que ha desencadenado la búsqueda y la puesta en práctica de nuevos modelos que den cuenta del carácter amplio del derecho y respondan al hecho plural y diverso de la naturaleza humana.

Es precisamente este conflicto entre lo restringido y lo abierto, entre lo mecánico y lo reflexivo, lo que ha dado lugar a los cambios sociales, culturales y políticos, y en particular a la evolución de los modelos de Estado sugerida al principio: el modelo legalista de Estado se anula en su contrario porque en su afán de garantizar la seguridad jurídica de las decisiones legales refiere todas las soluciones al ámbito de las consecuencias normativas. Es lo que en su momento fue denominado "principio de legalidad", y fue perfecto en su contexto porque significó el fin de la tiranía de la religión y las monarquías absolutas, y el comienzo de una era dominada por el imperio de la ley, que garantizara a todos los individuos la posibilidad de ser tratados y sobre todo juzgados de una manera "justa". Aún hasta hoy se le debe a esta coyuntura histórica la herencia de la legalidad como pilar del derecho, pues este ha sido incorporado a las nuevas constituciones, que aunque distintas, reconocen la importancia y necesidad de que el ámbito político, social y jurídico sea regulado por principios como criterios orientadores de la justicia. Al respecto, (Güechá, 2016) recuerda que el modelo de Estado en el que la administración estaba por encima de la ley cedió paso a las formas de organización estatal en las que las administración debe obediencia al derecho y a la legalidad en sentido estricto, lo que determinó que cualquier procedimiento administrativo debiera ajustarse a criterios de legalidad para evitar la arbitrariedad y anarquía administrativas.

Sin embargo, como se ha expresado, la idea que orienta este trabajo va más allá del momento histórico del Estado de Derecho: se basa en la noción de Estado Social de Derecho, caracterizada, como bien se sabe, por el hecho de garantizar a todos los individuos sin distinción, un ámbito de bienestar que les permita su realización respetando el hecho de su diferencia y su carácter plural. Incluye además un aspecto fundamental porque se refiere a un modelo de Estado constitucional inspirado en el contractualismo, pero no ya en el modelo clásico del pacto como vehículo de creación del Estado, mediante el cual los individuos celebran un acuerdo para constituir una organización sociopolítica, sino en el contrato como un hecho político en el que los individuos, organizados ya como un cuerpo social, eligen los principios que habrán de regularlos como cuerpo político estatal organizado. Esto es, en el contexto del contractualismo moderno o neo contractualismo.

Esta última distinción es fundamental en varios sentidos: primero, porque el ámbito de aplicación de los principios está determinado por la elección que los individuos hacen en el momento en que deciden organizarse políticamente y actuar de acuerdo con criterios que ellos mismos han elegido y que consideran los más adecuados para regir la sociedad. Segundo, porque al analizar los pormenores que implica el hecho de valorar el funcionamiento del sistema, la aplicación de las normas y la función de los principios, debe tenerse en cuenta que estos últimos contienen o se refieren a la expresión de la voluntad de miles de individuos que han decidido libremente orientar su conducta de acuerdo con ciertos pilares, no para constituir el Estado, como ya se advirtió, sino para que la justicia sea posible, y tercero, porque este último hecho confiere a la producción de la ley el carácter de proceso que es propio de un sistema jurídico, llevándola de la simple manifestación de la voluntad popular, al ámbito de validez que supone la coherencia con principios. Al ubicar en el contexto del contractualismo moderno las circunstancias particulares que serán analizadas en el desarrollo de este trabajo, será inevitable aceptar que un examen sensato y coherente de estas supone la contemplación de soluciones basadas en principios, pero exige además una distinción entre el carácter orientador de estos últimos y el rasgo condicional de las normas; así como una reflexión sobre el efecto que unos y otros implican en el ejercicio de la democracia y por su puesto en el funcionamiento del Estado Social de Derecho como ha sido concebido en Colombia.

Para ilustrar lo anterior, será analizado un fenómeno muy común en la contratación estatal en Colombia que permitirá evidenciar el carácter propio de las normas y los principios en el contexto del Estado Social de Derecho: se trata del carácter incompleto del contrato estatal en relación con el equilibrio económico del mismo.

HIPÓTESIS, de acuerdo con lo anterior la hipótesis es que la celebración (o el hecho de que se permita la celebración) del contrato en forma incompleta conlleva en sí misma la consecuencia jurídica de la indemnización o compensación porque se deriva de una norma orientada a garantizar un derecho y no es la aplicación de un principio como se le denomina. Dado que los contratos se celebran de manera incompleta, los contratistas, no sólo no se oponen a que el contrato sea celebrado de esta manera, sino que además usan esta circunstancia para aplicar la norma sobre el desequilibrio y exigir la indemnización o compensación.

Así, la circunstancia fáctica en que es celebrado el contrato favorece la aparición del ámbito propicio para que los contratistas demanden al Estado por el incumplimiento con fundamento en el desequilibrio de la ecuación económica del contrato. Esta práctica promueve el oportunismo del contratista porque al derivarse de una disposición imperativa y no de un principio, como equivocadamente se ha interpretado; la indemnización o compensación aparece como una consecuencia lógica del antecedente descrito en la ley. Mediante esta circunstancia se mostrará que lo que en muchos casos se denomina principio consiste en realidad en una regla y que en consecuencia; tanto la ecuación financiera del contrato como su celebración incompleta requieren ser reinterpretadas y analizadas en el contexto del Estado Social de Derecho Colombiano, si se parte del hecho de que, a partir de 1991, fue concebido como un sistema jurídico basado en principios, en el que las normas se suponen orientadas por aquellos.

Justificación. En este contexto, el presente trabajo se justifica en la necesidad de interpretar adecuadamente un fenómeno contractual explorando el contexto circunstancial en el que ocurre y el marco legal que le sirve de base para resolver los problemas derivados de la correcta o incorrecta aplicación o inaplicación de los principios y reglas como criterios orientadores del

derecho concebido como sistema normativo, cuyo fin es regular los acontecimientos fácticos que trascienden el ámbito de lo permitido y que en consecuencia, pueden generar perjuicios a quienes hacen parte de las relaciones convencionales, a terceros o materializarse en situaciones injustas que alteran el equilibrio político, jurídico y social.

Más allá de las circunstancias fácticas en que ocurren los problemas típicos de la contratación estatal, existen factores que sin ser específicamente jurídicos, políticos ni sociales (entendiendo este último factor como un aspecto colectivo), afectan el funcionamiento de la estructura estatal porque vulneran principios que se suponen reguladores de la función pública, además de la evidente carencia de técnica jurídica que puede inferirse de errores comunes en la ejecución de los contratos estatales, la actividad de los operadores jurídicos mediante la cual se realiza la moralidad administrativa y se ejecutan las normas para cumplir con los fines esenciales del Estado (si se tiene en cuenta que es uno de los propósitos de la contratación estatal) es el ámbito en el que confluyen diferentes factores (como la incorrecta interpretación y aplicación de la ley, y las prácticas corruptas o clientelistas, entre otros aspectos) que exigen un análisis del fenómeno de la contratación estatal que permita inferir formas diferentes, más eficaces y correctas de comprender y aplicar la ley en beneficio de la sociedad, y que sean coherentes con los principios y reglas constitucionales y legales.

Lo anterior requiere modificar el punto de vista desde el cual se analiza el problema de la contratación estatal que ocupa esta investigación, porque exige considerar su dimensión fáctica, que es la propia de la cotidianidad del servidor público, de los contratistas y de quienes se encuentran vinculados contractualmente en forma directa o indirectamente con el Estado, su dimensión normativa, que se refiere a la forma en que se ha regulado esta facticidad, (que es más cercanas a la idea de *la ley* como manifestación de la voluntad soberana), y por supuesto, su dimensión política, porque muchas de los problemas fácticos y normativos tienen origen en la concepción de Estado que subyace a la cultura jurídico-legal colombiana y pueden explicar las consecuencias que han supuesto las ideas en que se inspiran estas dimensiones comparadas con la noción de sistema normativo que se propone con la presente investigación. Lo que sugiere en el fondo el problema planteado es que el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho instaurado con la Constitución de 1991 aún no se ha consolidado del todo, al menos no

en todos los ámbitos relativos al derecho y a la justicia, por esto es necesario analizar los aspectos de la celebración del contrato estatal directamente relacionados con la hipótesis para explicar adecuadamente las razones por las que ocurre el fenómeno planteado y proponer una solución jurídica adecuada al modelo político-normativo vigente o en su defecto, una "nueva interpretación" del problema.

Problema. Por lo anterior, el problema consiste en determinar en qué medida la incorrecta interpretación del derecho como un fenómeno complejo (político, jurídico, normativo) impide, entorpece o dificulta la solución de los problemas propios de la ejecución de las normas y de qué manera una concepción de este coherente con la idea de sistema normativo (que se supone en armonía con lo político y lo jurídico), que sea consecuente con las circunstancias fácticas en que se originan sus supuestos de hecho, puede ayudar a resolver conflictos derivados de la aplicación de la ley. La posible solución se debate entre la concepción y aplicación del equilibrio de la ecuación financiera del contrato como principio o como regla. Si se trata de un principio, debe entenderse como un criterio optimizador de la relación contractual que permita reorientar el acuerdo con el fin de cumplir los fines del Estado y permitir al particular la obtención de sus beneficios. Si por el contrario, se interpreta como ha sido contemplado en la ley 80, debe referirse necesariamente al principio de igualdad, con el fin de que las circunstancias fácticas no se conviertan en causales para exigir la indemnización por incumplimiento (como lo supone la norma), sino en factores que muestren a las partes de qué manera reorientar la relación con base en la equidad contractual para que ambas puedan obtener el beneficio o fin que persiguen con la celebración del contrato sin que esto signifique un perjuicio económico. Es por esta misma razón por la que los principios trascienden la simple concepción de la voluntad soberana como único fundamento de la ley, porque al modificarse el modelo político se convierten a su vez en origen y fin de la voluntad popular orientando de esta manera la producción normativa hacia el desarrollo de las garantías establecidas en la constitución y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Esto por supuesto, requiere cumplir con unos objetivos, así:

Objetivo General Examinar el fenómeno de la celebración incompleta del contrato estatal como generador del desequilibrio económico.

Objetivo Específico. Analizar el equilibrio económico en el contexto del Estado Social de Derecho como sistema basado en principios y reglas, para valorar los efectos que produce esta circunstancia fáctica en el ámbito jurídico, social y político del Estado.

Para lograr lo anterior se enfatizará en el estudio de casos (contrato de obra) en los que es evidente la ocurrencia de las circunstancias descritas con el fin de ilustrar de qué manera, una interpretación adecuada del derecho como sistema jurídico puede ayudar a resolver los conflictos surgidos como resultado de la aplicación de las normas garantizando la vigencia del orden político y fundamentalmente, del acuerdo originario por el que fue constituido el Estado en 1991.

Marco Teórico. Como ya se mencionó en las primeras líneas de este trabajo, la presente indagación tiene su marco teórico en la génesis del Estado de derecho, que si bien supone una primera etapa fundada en el principio de legalidad, evidencia también, en su propia evolución, las razones por las que este paradigma se torna obsoleto para dar cuenta del derecho y de la justicia como manifestaciones fundamentales del Estado, exigiendo repensar la forma en que ha sido concebido el orden jurídico. Esta crisis del Estado de Derecho sugerida al principio, es la que da paso a la incorporación de principios como criterios orientadores de las reglas en que hasta el momento se había fundado el Estado, relativizando de esta manera el carácter absoluto del principio de legalidad, tanto en el sentido lato, como en el estricto. Debe recordarse que en débil (o lato), el principio de legalidad supone la subordinación del Derecho a la ley, y en este sentido estricto, exige también que ley sea producida por una autoridad reconocida y constituida legalmente. En este sentido, se trata de un principio autorreferencial que implica la sujeción del derecho y de la autoridad que lo produce a la norma legal, y por supuesto tiene incidencia en lo político porque supone un poder reglado por el contenido inequívoco de la ley, o al menos por la presunción que supone el hecho de ser regulado normativo. La Legitimidad así, es casi una manifestación de la legalidad; especialmente cuando esta ha sido la idea totalizante de la voluntad soberana que por alguna razón se ha supuesto "buena".

Como puede notarse y como también se mencionó en los primeros párrafos de la introducción, esta descripción es lo más cercano a un modelo positivista del derecho en el que la validez se identifica con la ley; es decir, con el derecho "puesto" por el hombre mediante la ley; sin embargo,

y esto es un hecho histórico notorio además de constituyente, con la Segunda Guerra Mundial, y en particular, con sus efectos devastadores para la humanidad, la preocupación política de los Estados se orientó hacia la búsqueda de razones que trascendieran lo puramente normativo, principalmente porque los conflictos bélicos habían develado el carácter restringido y limitado de la ley para dar cuenta de todo el fenómeno jurídico y político relacionado fundamentalmente con lo humano. Muchas de las circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hecho entorno a la guerra eran legales, pero abiertamente injustas; por lo que la preocupación por hallar un límite a la autoridad y poder absoluto de la ley era no sólo evidente, sino necesaria.

Fue por ello que las preocupaciones de los Estados se orientaron más hacia el carácter constitucional que hacia el estrictamente legal, encontrando que los principios una luz fundante, orientadora y a la vez limitante que incorporaría definitivamente a la estructura del Estado lo que los positivistas rechazaron por mucho tiempo por considerarlo una falacia naturalista: se trató de los pilares fundamentales relacionados con la dignidad humana que una vez incluidos en la estructura constitucional, exigieron una reformulación y reinterpretación del Estado como entidad política. Consistía en determinar en qué podría consistir un "derecho constitucional auténtico" y cómo podría depurarse al Estado de las concepciones relativistas que habían desembocado en cuestiones tan "legales" como las de holocausto judío. Aunque para los positivista los principios expresan formulas vagas referidas a aspiraciones ético-políticas etéreas que sólo aumentan la incertidumbre e inseguridad jurídicas, dichos principios tendrían la importancia política fundamental de limitar la legalidad como única fuente de la autoridad legislativa y de la ley misma (Zagrebeksky, 2006).

Es en este ámbito en donde comienza a establecerse las distinciones entre principios y reglas en razón a los contenidos fundamentales expresados por los primeros y en vista de la ya probada contingencia de las normas para dar cuenta de la totalidad de lo jurídico-político. De este modo, la organización del Estado deja de estar jerarquizada en torno a la ley para girar hacia la armonización y sincronía que exige un orden constitucional regido por principios. Aunque la validez se siga predicando de las normas, ya no se refiere únicamente a ellas, sino que exige la ponderación de sus contenidos de acuerdo con los criterios señalados por los principios constitucionales. Como se evidenciará en el esquema No1, que sintetiza la estructura general de

un sistema jurídico, el fundamento político del Estado, que está basado fundamentalmente en principios, no puede desarrollarse sino mediante reglas, pero esta deben estar direccionadas por los criterios que suponen los pilares fundamentales. La facticidad así entendida, que no es otra cosa que el ámbito en el que son celebrados los contratos estatales como objeto práctico de esta investigación, sólo podrá ser regulada mediante la armonización de las reglas con los principios constitucionales.

Esta idea de sistema jurídico estructurado mediante reglas y principios que desarrollan lo político y lo jurídico se acerca hoy a lo que se conoce como Estado Constitucional de Derecho. Particularmente porque al incorporar los principios a la constitución se realiza un acto muy similar al que suponía la "puesta" de los derechos a través de normas típicas del positivismo. Al "poner" los principios en la constitución política se incorporan de manera positiva los valores, que antes fueron simples abstracciones sin aplicación práctica, al ámbito político de la constitución, la cual por su propio carácter orientará la existencia misma del Estado y la dinámica del sistema jurídico. Aunque Colombia no es un Estado Constitucional de Derecho en el completo sentido del término, desde su constitución, en 1991, hasta el presente ha ido evolucionando cada vez más hacia esta figura, pues ha trascendido del ámbito político del Estado de Derecho típico de la Constitución de 1886, en donde incluso se imponían las modificaciones políticas por vía de leyes, hacia un Estado más acorde con la idea del constitucionalismo contemporáneo; aun cuando en sus prácticas subsistan algunos rezagos de ideas democráticas obsoletas como la voluntad popular, la estricta sujeción a la ley y el principio de la mayoría, que son expresiones típicas de estructuras constitucionales ancladas a tradiciones que ya no responde a la realidad porque no hacen posible el desarrollo pleno o al menos más amplios, de la democracia entendida como una cuestión de principios.

La consideración estricta de la diferencia estructural entre los principios y las reglas evidencia la imposibilidad de subordinar los primeros a las segundas sin caer en el absurdo, ya que los principios suponen un *ethos o* "deber ser" que jamás estatuyen las reglas. En este sentido, son más abarcadores y universales en circunstancias particulares y por lo mismo requieren ejercicios de ponderación y deliberación tendientes a establecer el carácter justo o injusto de una conducta. Las reglas por su parte, sólo imponen una acción de acuerdo con un supuesto normativo y se

agotan con esta imposición, sin exigir de sus destinatarios más que una toma de posición prohibida, permitida u obligatoria de acuerdo con el asunto al que se refiere la norma (Zagrebelsky, 2006). Es por esta razón que los principios confieren a las prácticas (que son básicamente acciones o conductas orientadas a realizar las reglas) un valor normativo propio, no porque lo incorporen directamente en las decisiones que toman los individuos, sino porque confieren un valor a las decisiones que toman los individuos, sino porque confieren un valor a las descripciones generales que las reglas estatuyen para las personas.

Con la inclusión de las garantías expresadas por los principios al sistema jurídico ocurre un cambio que no sólo afecta el aparato normativo, sino que modifica la estructura política. La democracia así entendida debe trascender el carácter puramente forma basada en las estructuras tradicionales ya mencionadas para regularse por lo que Alexy llama "criterios de optimización", con lo que se supera la pura legalidad de las reglas, y se amplía el ámbito de validez de lo jurídico mediante los principios. El derecho así, queda supeditado, no sólo a la legalidad que impone a sí mismo, sino a la legitimidad que le exigen los principios que son síntesis y expresión de lo político.

Luigi Ferrajoli, quien es uno de los teórico (no tratadista, ni dogmático) de la democracia principalista, expresa la síntesis sugerida por la incorporación de los principios describiendo cuatro formulaciones que él denomina "Postulados del Modelo Garantista del Estado Constitucional de Derecho"; dos de ellos se refieren al principio de legalidad ya descrito (en sentido lato y estricto), que es el característico del Estado de Derecho, y los otros dos son los que evidencias específicamente los rasgos propios del Estado Constitucional de Derecho. El primero de estos dos últimos se refiere al carácter jurisdiccional, que por supuesto también está regido por la legalidad y el segundo principio de "accionabilidad" que según Ferrajoli, supone la posibilidad de que los titulares de las garantías contenidas en o supuestas por los principios tengan la posibilidad de que los titulares de las garantías contenidas en o supuestas por los principios tengan la posibilidad de mover la estructura del sistema jurídico y la jurisdicción misma cuando han sido afectados en sus derechos (especialmente en los referidos a los principios). Esto significa que en el modelo constitucional de derecho, el juez no basta. El carácter jurisdiccional del Estado de Derecho en Colombia es una clara muestra de esto, ya que la garantía de los principios

establecidos en la constitución política no se agota en el ejercicio del poder propio de los jueces, quienes de acuerdo con el principio de jurisdiccionalidad descrito por Ferrajoli también son garantes de la legalidad y legitimidad del Estado, sino que se traslada incluso al ejercicio de las acciones constitucionales fundamentales como "garantías de acción" frente a las vulneraciones de los derechos directamente relacionados con los principios.

Lo anterior es lo que Ferrajoli denomina "principio de completitud deóntica", que parte del supuesto de que las normas, como lo explican teóricos como Juan Luís Manero, Manuel Atienza, Robero Alexy, Ronald Dowkin o Gustavo Zagrebelsky, entre otros, pueden expresarse mediante tres valores deónticos fundamentales que son: "facultativo", "prohibido" y "obligatorio". Estos valores deónticos son todos deducibles de un solo contenido deóntico denominado "permisión", por lo que las obligaciones y prohibiciones pueden ser entendidas como "no –permisiones" y las facultades como estrictas permisiones. Como se verá al explicar en detalle las teorías de estos autores en relación con los principios y las reglas, cada uno asigna algún matiz diferenciador a estos conceptos al desarrollar sus teorías, pero en esencia, todos ellos parten de la inter definición de los contenidos normativos como reglas o principios (Ferrajoli, 2014).

Dado que lo permitido son esencialmente las facultades, estas son expresadas mediante las garantías constitucionales que aseguran el ejercicio de la liberta y dignidad humana como rasgos fundamentales del individuo con contenido político. Es decir, el carácter político del sistema está contenido en las garantías constitucionales fundamentales como permisiones, pero ello exige que estas garantías sean respetadas y protegidas para que la funcionalidad del Estado Constitucional de Derecho sea posible. Para ello deben prohibirse las conductas que lesionen o pongan en peligro las garantías fundamentales y establecer obligaciones de respetar y tutelar los derechos a los que se refieren estas de manera incluso coercitiva. Estas prohibiciones y obligaciones se expresan mediante reglas; lo que significa que el contenido político expresado por los principios en los que se fundamentan las garantías, será posible en la medida en que las normas (que son las que prohíben y obligan) del sistema jurídico (no permisiones) regulen el ejercicio de los derechos y deberes para garantizar la vigencia de los político.

Cuando se logra “armonizar” lo legítimo (político) con lo legal (jurídico) mediante las inter definiciones y conexiones de lo permitido y no permitido, se puede afirmar que un sistema jurídico está completo, lo que significa que no puede presentar lagunas, vacío normativos o circunstancias que bien podrían ser, en palabras de Atienza y Manero “ilícitos atípico” como quizá lo evidencia el hecho de la celebración incompleta del contrato estatal. La completitud deóntica, así entendida, no es garantía de un sistema justo por si misma (y así lo expresa Ferrajoli), pero si expresa y explica la necesidad de que los poderes sean a su vez armónicos y separados; es decir, de que el juez, es su sujeción a la ley tenga en cuenta los principios políticos y de que lo que denominamos justicia sea el resultado del ejercicio de poderes estatales separados. En este esquema, como se anotó, y como es evidente en el contexto jurídico-político colombiano, es fundamental la posibilidad de que el individuo pueda ejercer el amparo o la tutela de sus garantías incluso por fuera de lo estrictamente jurisdiccional. (Guechá, 2016) muestra un ejemplo de lo anterior al referirse a la acción popular como mecanismo de control de legalidad:

> El control de legalidad que se surte por intermedio de la acción popular es de carácter preventivo, para evitar vulneraciones de derechos colectivos, lo que implica que exista un interés general de protección, dando lugar a una legitimación general para instaurar la acción, es decir, que cualquier persona puede instaurarla, adquiriendo con ello un carácter público, lo cual es obvio por los intereses generales que se busca proteger. (Güechá, 2016, p. 281).

Así pues, el contexto del presente trabajo supone un análisis político relacionado con los principios y uno jurídico relacionado con las normas, sin excluir por ello la consideración de los aspectos deónticos del contenido normativo de las reglas, ni la importancia que suponen factores como la moralidad administrativa en la ejecución de los contratos. Se trata pues de una cuestión compleja porque la solución del problema quizá va más allá del ámbito de lo político y lo normativo de los principios y las reglas; lo que no significa que las soluciones propuestas contemplen fórmulas definitivas sobre cómo debería o podría resolverse el problema que se analiza con este trabajo. Por esta razón, la metodología elegida se basa en un modelo exploratorio general, que analiza una circunstancia particular al interior de la contratación estatal, como es la celebración incompleta del contrato estatal, para deducir de premisas generales basadas en las teorías expuestas, una posible explicación al problema planteado. En este sentido, más que una solución definitiva, lo que se propone es una explicación del fenómeno en estudio que puede dar

luces para comprender las razones por las que ocurre y sirve para explorar posibles soluciones más allá de lo puramente normativo. Es claro que la solución no es estrictamente legal porque la circunstancia –problema a la que se refiere el presente trabajo es en esencia una cuestión normativa, por lo que debe analizarse el fenómeno de la contratación estatal y en particular el rompimiento de la ecuación contractual, mediante categorías que permitan reinterpretar y resolver el problema desde otras perspectivas.

Un estudio exploratorio define un problema para orientar el sentido de la indagación y el objeto de la hipótesis. En este caso, la realidad sobre la que se investiga es el desequilibrio contractual por una posible celebración incompleta del contrato estatal, y lo que se pretende mediante el estudio es generar una interpretación del problema que sea útil para posteriores investigaciones; lo cual no es fácil si se tiene en cuenta que este movimiento supone una ruptura de la inercia; es decir, del estatismo que ha caracterizado la circunstancia en estudio y por supuesto, la ausencia de investigaciones que evidencia el problema y motiven soluciones. La investigación es de carácter deductivo porque pretende la verificación de las formulaciones generales que serán descritas en el acápite sobre la distinción entre reglas y principios (sin excluir la explicación del contexto político-constitucional) mediante casos concretos tomados de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el caso en estudio y de algunos tratadista que coinciden en la visión del equilibrio del contrato estatal como un principio (y no como un derecho), todo ello con el fin de evidenciar la forma en la que en efecto se manifiesta el problema formulado en el contexto fáctico de la contratación estatal (Lamprea, 1982).

Dado que el criterio de análisis que determina la coherencia interna de una investigación de este tipo, se basa en la argumentación y en la validez del discurso en relación con las premisas propuestas (hipótesis – problema), la verificación del mismo se expresa desde el principio de no-contradicción; por lo que debe atenderse al carácter lógico-formal de las proposiciones y el hecho de que las conclusiones de la exploración deductiva que sugiere este trabajo evidencia una inferencia coherente con el razonamiento formulado al plantear el problema.

CAPITULO I

LA CONSTITUCIÓN COMO ACUERDO POLÍTICO Y COMO SISTEMA

Como acuerdo político, la Constitución de Colombia se ubica en el marco teórico del contractualismo moderno; se basa en la idea de que la sociedad como estructura fundamental, está regida por una serie de principios que los individuos han elegido en una circunstancia particular. Estos principios son elegidos con el fin de organizar, orientar y dirimir los acuerdos o desacuerdos que surgen en la facticidad en relación con la justicia, con independencia de que se trate de los establecidos en una circunstancia originaria o de aquellos que puedan deducirse de las relaciones entre los individuos de la comunidad, que por su puesto sugieren diferentes discursos de contenido normativo relacionados con formas de regulación social, económica o política. Básicamente, se está sugiriendo la distinción primordial entre el contractualismo propuesto por John Rawls en la "*Teoría de la justicia*" y el que pude deducirse de la obra de Jürgen Habremas, en particular de "*Facticidad y validez*".

En la *Teoría de la justicia*, Rawls parte de la idea del contractualismo clásico (Rousseau, Hobbes, Locke o Kant) pero para él, el propósito del pacto social no se enfoca en la constitución del Estado como cuerpo político organizado, sino en la selección de los criterios adecuados para desarrollar una sociedad bien ordenada. Intenta lograr un equilibrio que haga posible el ejercicio de la libertad y la igualdad en condiciones equitativas; no iguales, porque la igualdad es un criterio ambiguo (al menos desde el punto de vista de Rawls) que supone que todos los individuos "nacen libres e iguales ante la ley" (igualdad formal), sino en equidad: que se refiere a la idea de que aún en condiciones de desigualdad, se puede lograr un ámbito en el que sea posible que todas las personas accedan de la misma manera a un régimen de derechos y libertades básicas.

Rawls (1979) considera que *"el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social",* esto supone que las relaciones entre los individuos suceden en un contexto disímil, en donde, como ya se afirmó, no todos acceden a los derechos de la misma manera. Por esta razón, es necesario establecer pautas que regulen la convivencia y garanticen a todos el

acceso a los derechos en igualdad de condiciones y que superen la concepción de la ley como manifestación de la voluntad soberana. Estas pautas son los principios formulados en la *Teoría de la justicia*, y su objetivo es hacer posible la realización de denominar la justicia como imparcialidad, así:

> [E]l problema de la elección de principios es extremadamente difícil. No espero que la respuesta que voy a sugerir convenza a todo el mundo. Es, por tanto, digno de hacerse notar desde el comienzo que la justicia como imparcialidad, igual que otras ideas contractuales, consiste en dos partes: *1)* una interpretación de la situación inicial y del problema de elección que se plantea en ella, y *2)* un conjunto de principios en los cuales, se dice, habrá acuerdo. Se puede entonces aceptar la primera parte de la teoría (o una variante de la misma) pero no aceptar la otra, y viceversa. Puede parecer que el concepto de la situación contractual inicial es razonable, aunque se rechacen los principios particulares que se proponen. En verdad, lo que quiero sostener es que la concepción más apropiada de esta situación conduce a principios de justicia contrarios al utilitarismo y al perfeccionismo y que, por tanto, la doctrina del contrato proporciona una alternativa a estos puntos de vista: se puede incluso discutir esta pretensión aun concediendo que el método contractualista sea un modo útil de estudiar teorías éticas y de exponer sus suposiciones subyacentes. (Rawls, 1979, p. 33).

Como es evidente, Rawls aclara que una concepción de la justicia apropiada debe alejarse de posiciones utilitaristas o perfeccionistas, fundamentalmente porque las posturas extremas sostenidas por estas doctrinas en relación con el objeto de la justicia no favorecen la generación de un ámbito adecuado para desarrollar los principios de la justicia: el utilitarismo pretende maximizar la utilidad sobre el bien, y el perfeccionismo intenta procurar el bienestar social a toda costa, como si se tratara de un ideal de vida. La alternativa entonces, consiste en una postura intermedia, que es lo que Rawls (1979) ha denominado "posición original": un ámbito sociopolítico que evita (al menos en teoría) los excesos en que incurren las doctrinas reseñadas porque parte de la base de que los individuos se encuentran en una circunstancia en la que no sería posible inclinar la balanza hacia un lado específico; no por lo menos, en la posición original, así:

> En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. (p. 29).

En la posición original, Rawls supone la idea de un "velo de ignorancia", que es clave para comprender la justicia como imparcialidad porque es un estado hipotético en el que ningún individuo sabe nada que le permita ponerse en posición de superioridad, ni tiene el deseo de hacerlo. El objetivo primordial es establecer los principios de la justicia que orientarán las formas de cooperación entre los individuos, así como la manera de administrar el poder para regular la organización y estructura de la sociedad. Para Rawls (1979), "*una sociedad está bien ordenada no sólo cuando ha sido organizada para promover el bien de sus miembros, sino cuando es regulada en forma eficaz por una concepción de justicia conocida por todos".* Esto significa que:

> *1)* cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y *2)* las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen. En este caso, aun cuando los hombres puedan hacer demandas excesivas entre ellos, reconocerán, sin embargo, un punto de vista común conforme al cual sus pretensiones pueden resolverse. Si la propensión de los hombres al propio interés hace necesaria una mutua vigilancia, su sentido público de la justicia hace posible que se asocien conjuntamente. Entre individuos con objetivos y propósitos diferentes, una concepción compartida de la justicia establece los vínculos de la amistad cívica; el deseo general de justicia limita la búsqueda de otros fines. Puede pensarse que una concepción pública de la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada. (p. 21).

Así, Rawls considera que la justicia como imparcialidad es realizable en el supuesto de la posición original y bajo el velo de ignorancia. Es en este contexto en el que es posible la formulación de los principios de la justicia como pilares fundamentales de la organización social o de lo que él denomina "estructura básica de la sociedad". Al referir estos supuestos al ámbito social, es necesario suponer que tanto los derechos de los individuos como la regulación de sus conductas estarán orientados por los principios elegidos en la posición original. Nótese que Rawls no se refiere del pacto social como una condición para ingresar al sistema social, ni para constituir el Estado, sino de la posición original como el ámbito propicio para elegir y formular los criterios que regirán la organización sociopolítica, lo que obviamente también supera la concepción legalista del Estado de Derecho porque involucra el criterio individual y exige la participación de los ciudadanos en la selección de los criterios orientadores de la estructura social superando la idea de la ley como reducto de la voluntad soberana, especialmente si se tiene en cuenta que en el contexto del Estado de Derecho, esta "soberanía" no va más allá de la representación propia de las democracias del siglo XVIII.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 es el mejor ejemplo del momento político en el que se eligen los principios de la justicia. Rawls (1979) los formula de la siguiente manera en la *Teoría de la justicia:*

> *Primero:* Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
>
> *Segundo:* Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. (p. 82).

En el caso de la Constitución Política de Colombia, entendida desde esta estructura teórica, los principios son los contemplados entre el artículo 1º y 10º de la carta fundamental y la posición original equivale a la Asamblea Nacional Constituyente, con la diferencia de que allí no es posible hablar de un velo de ignorancia, pero sí de un acuerdo político en equidad que hizo posible el establecimiento de un nuevo modelo de Estado (una nueva estructura básica de la sociedad).

En Habermas, la facticidad también deriva su validez de acuerdos, pero se trata de un consenso que tiene origen en elementos discursivos y que supone que los individuos, quizá orientados por la necesidad de regular el ámbito social, establecen principios de comportamiento que favorecen no a uno, sino a todo un grupo o comunidad. Por esto se trata, al igual que en Rawls, de un modelo de contractualismo moderno, que no pretende el establecimiento del Estado, sino la regulación de lo ya existente desde el punto de vista de los principios. Habermas lo explica mediante una descripción de lo que él denomina "principio de discurso" que consiste en hacer depender la validez de lo fáctico; es decir, del sin número de relaciones que surgen de la interacción de los individuos en la sociedad, del consenso de sus actores. Así, las acciones son reguladas por normas de comportamiento establecidas como resultado del diálogo y consenso de las personas en relación con lo moral, político o socialmente "conveniente" para la sociedad. Es por esto que las ideas de Habermas también han sido enmarcadas en el neo contractualismo; porque se mantienen en la idea general de que las organizaciones sociales son resultado del acuerdo entre los individuos y de que estos acuerdos son orientados mediante principios elegidos en un dialogo consensuado. Un fragmento de "*Facticidad y validez*" de Habermas (2005) describe esta concepción de la siguiente manera:

> Un colectivo se ve confrontado con la cuestión de ¿Qué debemos hacer? Cuando se ve ante determinados problemas que han de ser resueltos en términos cooperativos, o cuando se plantea

> conflictos de acción que han de resolverse en términos consensuales. El tratamiento racional de estas cuestiones exige una formación de la opinión y de la voluntad que conduzca a resoluciones fundadas concernientes a la persecución de fines colectivos y a resoluciones fundadas acerca de la regulación normativa de la convivencia. En el primer caso el colectivo se entiende como un cuasi-sujeto capaz de actuar enderezándose a un fin, en el segundo como una comunidad de individuos que se entienden acerca de qué comportamiento pueden legítimamente esperar de otros. Pues bien, en cuanto se erigen códigos como son el […] jurídico o el código que representa el poder [,] las deliberaciones y decisiones toman la forma diferenciada que representa la formación política de la opinión y la voluntad comunes.

Para el caso de la Constitución Colombiana, es claro que estos acuerdos se refieren a la asamblea constituyente, y el principio de discurso sería el criterio que orienta, ya no la selección de los principios que regularan la estructura básica de la sociedad, como en Rawls, sino la solución de conflictos que aparecen en la facticidad propia de las relaciones sociales entre individuos. Evidentemente, estas relaciones suponen la intervención de las reglas (el derecho) como formas de establecer la validez de los acuerdos celebrados entre los individuos como resultado del diálogo y el consenso. Así, las consecuencias normativas se derivan directamente de los efectos establecidos mediante el consenso y no simplemente de normas objetivas decididas por individuos ajenos a la facticidad o que simplemente representan una voluntad soberana, al modo de las comunidades sugeridas por los contractualistas clásicos.

Uno de los aspectos que serán analizados más adelante se refiere precisamente a esta relación sugerida por Habermas entre el principio de discurso como criterio de validez y las reglas como formas de regular la facticidad. En el caso de Rawls, se supone que los principios son los criterios que orientan las normas en relación con las relaciones propias de la estructura básica de la sociedad, y que en este sentido, la equidad como principio propio de la constitución de 1991, debe ser el criterio que oriente no sólo la celebración, sino la ejecución y el desarrollo de los contratos estatales para que los fines de los extremos, y en especial los del Estado como garante del bienestar social, no se vean perjudicados por los intereses particulares o entorpecidos por disposiciones normativas que no desarrollan a cabalidad los ideales constitucionales. La celebración incompleta del contrato, el fenómeno de la corrupción, la coyuntura económica y política que rodea la contratación estatal y la moralidad administrativa, son factores adicionales que también son analizables bajo la lógica de los principios como criterios orientadores de las reglas, y sobre todo como pautas de optimización de los sistemas jurídicos necesarias para que los Estados puedan cumplir sus fines.

Ahora bien, para comprender el acuerdo político que da origen a la constitución de 1991, en el contexto descrito, no basta con explicar la forma en que las teorías sobre el contractualismo moderno están implícitas en muchos de los aspectos del ordenamiento, también es necesario abordar los elementos propios del contractualismo clásico que permanecen en la Constitución de 1991. Con el fin de evidenciar la relación entre el poder político, la soberanía, los principios y el catálogo de derechos de primera segunda y tercera generación, ya que es esta estructura la que se relaciona directamente con las normas que regulan las relaciones entre los individuos en todos los órdenes y que caracterizan la Constitución como sistema.

Como ya se anotó, el tránsito de Colombia de Estado de Derecho a Estado Social y Democrático de Derecho ocurre mediante la Asamblea Nacional Constituyente. Se trata de un hecho político y no de una norma porque tiene como propósito la administración del poder (o re administración) y porque es el momento que favorece la constitución de un nuevo modelo de Estado. Es importante insistir en esta concepción de la Asamblea Constituyente como hecho político por diversas razones: 1) porque como ya se advirtió: se trata de un acto constituyente del Estado que es diferente de una norma y no tiene su origen en un contenido normativo, sino que se refiere a la voluntad de los individuos que decidieron modificar su acuerdo político libremente; 2) porque significó la primera constitución política Colombiana nacida de un acuerdo y no de la guerra; 3) porque hizo posible el tránsito de un Estado de Derecho fundado en Dios y en la ley, a un Estado Social de Derecho "laico" orientado por principios, valores y derechos basados en la idea de dignidad humana. En este sentido, este momento político reúne elementos del contractualismo clásico en lo que se refiere al ejercicio legítimo de la soberanía popular como ejecutora del poder político e incluye, como ya se vio, aspectos del neocontractualismo que son evidentes en la inclusión de principios que orientan la organización social y Estatal, el ejercicio de los derechos y la aplicación de las normas.

Si se comparan los preámbulos de la constitución de 1886 y de 1991, pueden notarse varias diferencias de las que aquí se sugieren:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1886

(Agosto 5)

En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad,
Los Delegatarios de los Estados Colombianos de Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Consejo Nacional Constituyente;

Vista la aprobación que impartieron las Municipalidades de Colombia a las bases de Constitución expedidas el día 1° de diciembre de 1885;
Y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

TÍTULO I. DE LA NACIÓN Y EL TERRITORIO.

Sumario.- *I. La Nación*. *II. Soberanía*. *III. Límites*. *IV. División Territorial General*. *V. Modo de variarla*. *VI. Otras Divisiones*.

Artículo 1.- La Nación Colombiana se reconstituye en forma de República unitaria.

Artículo 2.- La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.

El primer aspecto evidente es que a la soberanía reside en una entidad abstracta: *la nación*. Se observa una idea general que totaliza a las personas pero no las reconoce como tales; es decir, no hay un reconocimiento del individuo como pieza fundamental (y constituyente) del Estado, con derechos y libertades. Finalmente, la fuente suprema de toda autoridad es *Dios*. El preámbulo de la Constitución de 1991, por su parte establece lo siguiente:

EL PUEBLO DE COLOMBIA

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

TITULO I

De los Principios Fundamentales

Artículo 1º.

> Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Por el contrario, en este preámbulo se evidencian varias diferencias con respecto a la constitución política de 1886: lo primero que resalta es que aparece "*el pueblo*" por encima de la nación, se incluyen valores como fines (*la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz);* se agrega por su puesto, el carácter participativo, pluralista y democrático en relación con lo social, que es uno de los rasgos fundamentales del Estado Social de Derecho; aunque se le reconoce y se le invoca, el Estado no se funda en Dios, sino en la idea de dignidad humana, tal y como había ocurrido en la ilustración, en la revolución francesa y en el ámbito jurídico con la aparición del garantismo y finalmente, se aclara que el carácter prevalente del interés general. Se trata, a todas luces, de una Constitución que va delineando la estructura de un sistema jurídico porque conecta lo establecido en este preámbulo con una serie de principios, de los cuales quizás el más importante es el de la soberanía (artículo 3º), y por su puesto con un catálogo de derechos de primera, segunda y tercera generación estableciendo así un aparato jurídico complejo que se convierte en el parámetro para legislar, ejecutar las leyes, administrar justicia y dinamizar el derecho.

Es en este contexto en el que adquiere especial relevancia la distinción entre principios y reglas porque supone la comprensión del carácter propio de cada uno, y porque exige que las leyes sean interpretadas bajo criterios de optimización que por estar ligados al aspecto político, convierten las decisiones normativas en ejercicios de soberanía que tienen como fin el desarrollo y la garantía de valores supremos como el bienestar general y la justicia en condiciones de equidad. La constitución así concebida es, como lo afirma Sáchica (1996), "*la expresión de la fuerza dominante que se ha apoderado de [la] normatividad, fijando su dirección política, su sentido, e incorporando en ella una valoración, una jerarquía de valores, para hacer prevalecer en sus aplicaciones los intereses que a aquella fuerza importan, marcándolos con un signo positivo y estableciendo prohibiciones que los garanticen".*

Una concepción de constitución como sistema implica que las decisiones que se toman en desarrollo de lo establecido en el acuerdo político originario deben estar orientadas

fundamentalmente por principios, no se trata ya de la fuerza pura de la ley, sino de una estructura articulada que debe ponderar criterios diferentes para expresar decisiones. La sentencia T – 406 de 1992, una de las sentencias hito sobre este aspecto en Colombia, describe lo anterior así:

> La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

En relación con lo anterior, los principios no sólo actúan como criterios para la aplicación de las normas, sino que son la base constitucional en la que se fundamenta el ejercicio de los derechos; que según Karel Vasak (1979) se clasifican en generaciones de acuerdo con su cercanía a la idea de dignidad humana. Es una división quizás arbitraria pero útil para determinar la relevancia que tienen unos sobre otros o la prevalencia que adquieren en contextos diferentes según pertenezcan a una u otra categoría. Así, es claro que la libertad contiene una carga valorativa mayor en relación con el derecho a la salud o que este último es más "importante" que el derecho de locomoción porque de su garantía o vulneración pueden derivarse mayores o menores perjuicios para los individuos en cada caso concreto. En palabras de Vasak (citado por Rabossi, 1998) la clasificación se expresa de la siguiente manera:

> De modo general pueden dividirse en dos categorías. La primera abarca los derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de toda persona, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, el derecho a participar en el gobierno, la propiedad, el matrimonio, los derechos fundamentales de opinión, expresión, pensamiento, conciencia y religión, y la libertad de asociación y de reunión. La segunda categoría comprende los derechos sociales, económicos y culturales, relacionados con el trabajo, un nivel adecuado de vida, la educación y la libre participación en la vida cultural. Además, el primer artículo de la Declaración expresa la universalidad de los derechos en términos de igualdad de la dignidad humana, y en el Artículo 2 se proclama que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción alguna. Las prioridades en que se basan los derechos proclamados en la Declaración figuran en el Preámbulo, que comienza con el reconocimiento de la libertad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Posteriormente, en un texto denominado "*La larga lucha por los derechos humanos*", Vasak (1977) complementa lo anterior sugiriendo una tercera generación de derechos, así:

> Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a ambas categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues

> bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de las sociedades humanas no exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos, la de los que el Director General de la UNESCO ha calificado de derechos humanos de la tercera generación. Mientras los derechos de la primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de la tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad. Inspirándose como se inspiran en una cierta concepción de la vida humana en comunidad, tales derechos (derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a la paz, derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad) sólo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos: desde los individuos y los Estados hasta las entidades y órganos públicos y privados.

Como es claro, se trata de un proceder sistemático destinado a establecer, mediante una jerarquía, un criterio de análisis que permita resolver casos concretos en los que se presenten conflictos entre derechos de igual o diferente jerarquía o en los que sea evidente un conflicto entre una norma y las disposiciones constitucionales. Es lo que en el ámbito jurisprudencial se ha denominado "criterio de conexidad" y que en palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia T-571 de 1992, puede sintetizarse como "*el referido a los derechos fundamentales […] que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos".*

En relación con lo anterior, y siguiendo a Rawls, la aplicación del mal llamado principio del equilibrio económico en el contexto de la contratación estatal, (del que se ocupará el presente trabajo en líneas posteriores) es un ejemplo de la conexión en que se encuentran los principios con respecto a los derechos y al ordenamiento jurídico que evidencia que no es suficiente con garantizar la igualdad en el acceso a los derechos para todos en forma equitativa, porque las desigualdades sociales que surgen de los conflictos entre normas, entre principios y normas o entre derechos, principios y normas no se refieren de manera necesaria al mismo rango constitucional o normativo, ni excluyen por ello la ponderación necesaria para evitar, como lo platea Rawls, que no favorezca a los menos favorecidos. Si se analiza el efecto de las sentencias en las que lo fáctico entra en conflicto con lo normativo y se traslada al ámbito de los individuos, explorando la forma en que la actividad de la administración puede afectar o no los derechos

fundamentales al transgredir u omitir la observancia de los principios deberá concluirse que un contrato estatal está en plena conexión con el desarrollo de los fines esenciales del Estado y en consecuencia se relaciona directamente con los derechos fundamentales.

CAPITULO II

LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Luego de desarrollar la idea de la constitución como acuerdo político y como sistema jurídico, esencial para contextualizar y conectar la estructura argumentativa, es necesario abordar la relación entre reglas y principios para explicar la forma en que unas y otros se relacionan con el aspecto político y jurídico en el ámbito del Estado Social de Derecho inspirado la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Ya se ha mencionado que la constitución surgida de este hecho político se acerca al positivismo en ciertos aspectos y se aleja en otros, sin embargo, durante el desarrollo del tema serán evidentes otros puntos en los que se manifiesta la relación con esta doctrina, principalmente porque un ejercicio de distinción de los rasgos propios de las reglas y los principios, es en esencia una exposición sobre el grado de vinculación de un sistema jurídico con el positivismo.

Lo anterior también será evidente a medida que se avance en el desarrollo del trabajo; en particular cuando se aborde lo relativo al equilibrio económico del contrato estatal y al fenómeno de la celebración incompleta del mismo, fundamentalmente porque ambos aspectos pueden ser considerados como factores que propician y exigen una mayor y mejor comprensión de la relación entre lo que lo fáctico y lo normativo. El control de la actividad de los funcionarios, la moralidad administrativa, el inicio y desarrollo de la relación contractual Estado-Particular y la indemnización o compensación por incumplimiento, son sólo algunas de las circunstancias fácticas que evidenciarán la compleja dinámica política, jurídica y socio-económica que gira entorno a la relación entre reglas y principios.

Por razones prácticas, se ha preferido la denominación de “reglas” en lugar de “normas”, debido a que las teorías que serán abordadas no se refieren a estas de la misma manera; aun

cuando pueda inferirse, como se verá más adelante, que su significación es similar en muchos de los puntos expresados por sus autores. No ocurre lo mismo con los principios, pues como se verá, no existe casi ninguna distinción nominal al respecto y sí bastantes coincidencias que trascienden lo semántico para evidenciar su conexión con los diferentes ámbitos implícitos en el presente análisis.

Las teorías sobre la relación entre reglas y principios en el ámbito del derecho son tan abundantes y extensas que difícilmente se podría realizar un examen sensato que las involucre a todas en forma sistemática y suficiente. Tampoco se considera que un análisis de esta relación (que consiste en una distinción) requiera ser omnicomprensivo, pues lo que se pretende es ilustrar de qué manera una distinción de estos aspectos es necesaria para explicar la hipótesis planteada, comprender su coyuntura y resolver sus problemas o al menos, formular algunas respuestas que evidencien la lógica de las soluciones que podrían plantearse. Por esta razón sólo serán abordadas algunas de las posiciones más destacadas, que son puntos de referencia comunes en relación con el tema. Al respecto se expondrán sucintamente las ideas de Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Robert Alexy y la postura expuesta en conjunto por Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza: todos ellos teóricos y juristas reconocidos en el ámbito del derecho.

El derecho por reglas y por principios de acuerdo con Gustavo Zagrebelsky:

Para Zagrebelsky la distinción entre el derecho, la ley y la justicia es fundamental. Él considera que existe una relación entre estos tres aspectos, pero aclara que la diferencia del derecho y la justicia con respecto a la ley, no sólo es evidente, sino que debe ser clara. Para explicar esta diferencia, luego de afirmar que la norma implica un deber de hacer o no hacer, Zagrebelsky divide las normas en legislativas y constitucionales: las primeras son básicamente leyes y las segundas son esencialmente principios que pueden referirse a derechos o a la justicia. Por esta razón, una distinción entre principios y reglas es a su vez una delimitación de los ámbitos de la constitución y la ley porque las disposiciones constitucionales establecen o declaran derechos y tienen como fin garantizar la justicia, mientras que el objeto de las leyes es desarrollar los contenidos constitucionales.

Zagrebelsky aclara que la constitución contiene enunciaciones que pueden ser consideradas normas o principios. Lo que significa que los principios y las normas en el ámbito de las constituciones no se encuentran en una sola sección, ni pertenecen a un solo tipo de descripciones o formulaciones, sino que se diferencias básicamente por el contenido o peso específico. Zagrebelsky (2008) lo ilustra mediante el siguiente ejemplo:

> Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. Las constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios. Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio. (p. 110).

Como es claro, del texto anterior se puede inferir que el rasgo fundamental de los principios para Zagrebelsky es el de ser descriptivos, mientras que el de las reglas se refiere a prescripciones o deberes. Los principios no sugieren que algo "deba hacerse", simplemente expresan una facultad, como en el caso de la huelga o una cualidad, como en el caso de la cualidad que se asigna aquí a la libertad. Acerca del derecho por principios expuesto por Zagrebelsky, (Alberti, 1996) afirma que los principios permiten reducir el universo de normas positivas a unidades más manejables que facilitan su comprensión lógica sin recurrir a las molestas contradicciones de la realidad. Agrega que no parece aventurado afirmar que el recurso a los principios crece de manera directamente proporcional a la complejidad del ordenamiento jurídico o en otras palabras, que la complejidad propicia el uso de los principios para tratar de evitar las dificultades a las que conduce la propia complejidad.

En la siguiente tabla se presenta un paralelo de la distinción entre reglas y principios expuesta por Zagrebelsky:

REGLAS	**PRINCIPIOS**
Se agotan en sí mismas	Desempeñan una función constitutiva del orden jurídico
Sólo a ellas se aplican los métodos de interpretación	Básicamente no se interpretan
Su valor es la obediencia	Su valor es la adhesión

Son el criterio para las acciones	Son pautas para adoptar posiciones en una situación
Responden o se aplican supuestos de hecho	Carecen de supuestos de hecho
Su significado va definido en su enunciación	Su significado depende de que sean "usados"
Pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente	Requieren ponderación

Creación propia

Es pertinente puntualizar con respecto al anterior paralelo, que para Zagrebelsky las normas se agotan en sí mismas aunque se encuentren en la constitución, lo que significa básicamente que este "agotamiento" les deviene por el simple hecho de ser normas y porque contienen un mandato que se deriva como un efecto de los enunciados descritos en las leyes y que se agota con la concreción o no concreción de su contenido deóntico; por esto mismo su valor es la obediencia, porque para su aplicación excluyen cualquier tipo de ejercicio deliberativo de parte de sus destinatarios, simplemente piden actuar de acuerdo con una descripción o prescripción normativa que se supone contenida en su cuerpo mismo. A los principios, por su parte, se les califica como constitutivos porque establecen los pilares o fundamentos de la constitución, al contrario de las reglas, no se interpretan, ni dicen nada sobre cómo actuar, pero sí son criterios para adoptar posiciones frente a casos concretos, por lo que su significado depende de que se apliquen a una circunstancia mediante un razonamiento.

Zagrebelsky (2008) puntualiza la distinción esencial entre reglas y principios afirmando que las reglas proporcionan un criterio para las acciones estableciendo una forma de actuar descrita por las leyes mismas. Los principios por su parte, no dicen nada al respecto pero proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones que *a priori* son indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o desfavorables, de adhesión o disenso hacia todo lo relacionado con su salvaguarda en cada caso específico: como carecen de supuestos de hecho, sólo permiten significados operativos o si se quiere "funcionales" que dependen de cómo se los haga reaccionar en cada caso. Sólo así es posible comprender su alcance.

A diferencia de las normas, los principios, como afirma Zagrebelsky, constituyen un "ethos" porque son los que aportan el peso específico para decidir en los casos concretos. Por eso resulta de vital importancia esta distinción con las reglas, porque de acuerdo con lo que se ha expuesto sobre el positivismo y sobre el tránsito del Estado de derecho al Estado Social de Derecho, los principios constituyeron uno de los principales factores para que, al menos jurídicamente, fuera posible la evolución de un modelo de Estado a otro. En el caso de Colombia, como ya se evidenció al copiar los preámbulos de cada constitución, la ineptitud de las reglas para resolver los asuntos por sí mismas requirió una reacción que dio paso a los principios, pues de otro modo se hubiese seguido aplicando la regla bajo la idea absoluta del imperio de la ley, sin que hubiera cabida para ningún tipo de reflexión, reacción o rechazo al sistema vigente. La constitución de 1886, en este sentido, entra en crisis por su profunda estructura y espíritu positivista de culto ciego a la ley.

El carácter de las reglas y de los principios de acuerdo con Ronald Dworkin:

La principal razón que lleva a Dworkin a desarrollar una teoría sobre las reglas y principios es su oposición al positivismo. Él considera que esta doctrina reduce el derecho a puras normas y la justicia a la realización de los efectos descritos en las normas, ya se trate de permisiones, prohibiciones u obligaciones. Ni las teorías de Hans Kelsen (1977), para quien el derecho es producto de un acto creador que deviene de una autoridad competente y que tiene efectos jurídicos; ni las de John Austin (1832), para quien las normas consisten básicamente en mandatos que ordenan cierta clase de actos y que son establecidos por entes inteligentes que tienen el poder sobre otros entes inteligentes, ni por último, la teoría de Herbert Hart, famoso por haber explicado el derecho a partir de la articulación entre las reglas primarias, las reglas secundarias y la regla de reconocimiento, ofrecen para Dworkin una explicación adecuada ni suficiente del derecho como sistema jurídico.

A pesar de lo anterior, Dworkin toma como punto de partida las tesis de Hart para explicar su teoría sobre las reglas y los principios por considerarla la más completa. Cómo se verá, esta discusión se extiende más allá de los autores que serán trabajados aquí, porque supone una contraposición de concepciones que aún hoy siguen vigentes en el ámbito jurídico: una de ellas es la referente a la separación entre moral y derecho, y la otra, por supuesto, la distinción entre

reglas y principios que se desarrolla con el presente apartado. Con esto claro, es evidente que la posición de Dworkin con respecto al tema procura sostener la idea de, llegado a un punto, el derecho exige otros criterios para resolver las circunstancias que ocurren en la facticidad.

Estas exigencias son los principios, y se refieren a la justicia o a la equidad. Aunque Dworkin aclara que también pueden referirse a aspectos morales, con lo que se remite a la eterna discusión sobre el carácter excluyente del derecho frente a la moral que sostiene el positivismo, en contraposición a posturas que, como la de Dworkin, consideran que al agotarse en sí mismas, las normas no ofrecen un criterio distinto al contenido en sus enunciaciones o descripciones legales (prohibiciones, permisiones u obligaciones) que permita interpretar las circunstancias fácticas o resolver los casos concretos en los que no hay solución legal aparente. En estos casos se recurre a criterios que van más allá de las normas, que son fundamentalmente los principios jurídicos y los criterios morales. Esta coyuntura es resuelta por Hart mediante la discrecionalidad judicial, bajo el supuesto de que los problemas de interpretación del derecho, que ocurren en el ámbito de lo que él denomina "la textura abierta", requieren un ejercicio judicial que permita establecer el sentido de una norma cuando esta se halla en la "zona de penumbra". Las normas que tienen "núcleo duro" no exigen este ejercicio de interpretación/discrecionalidad porque son claras en sí mismas, pero hay otras que por no ofrecer esta claridad, requieren ser interpretadas. Si se extrapola la circunstancia fáctica del equilibrio económico a esta consideración de Hart, tendrá que aceptarse que por tratarse de un derecho, el equilibrio económico es un buen ejemplo de una norma con núcleo duro, ya que no exige ningún ejercicio de discrecionalidad para su aplicación. El principio que orienta cualquier hipotética reflexión sobre el equilibrio económico, es el de la igualdad.

Lo que Hart resuelve mediante la discrecionalidad coincide con lo que para Dworkin es asunto de los principios, pues en el caso de este último, la "zona de penumbra" de las normas descrita por Hart exige una interpretación orientada por principios relativos a la equidad y a la justicia. Es una de las razones por las que Dworkin considera que el derecho necesita criterios que vayan más allá de las normas: porque su carácter restringido no es suficiente para resolver la complejidad de los problemas propios del derecho y la discrecionalidad puede resultar peligrosa o confusa sin criterios que orienten la decisión judicial. El mismo Hart (citado por Quinche, 2003) reevalúa y

reformula esta idea de la discrecionalidad aludiendo a criterios que actuarían como principios, así:

> Algo hay en la noción de que el Derecho consiste en reglas generales que nos impide tratar de él como si fuera un tema moralmente neutral, sin ninguna conexión necesaria con principios morales. La justicia procesal natural está, en consecuencia, constituida por los principios de objetividad e imparcialidad en la administración de justicia, que verifican precisamente este aspecto del Derecho y que se hallan destinados a asegurar que se apliquen las normas solamente a los supuestos específicos en ellas contemplados o que, al menos, se minimicen los riesgos de desigualdad en tal sentido.

Lo anterior evidencia que el reproche que se le hace al positivismo de Hart acerca de la separación radical entre derecho y moral, que se infiere de la omisión de los principios como criterios orientadores de las decisiones judiciales (al menos en lo que respecta al análisis de "El concepto de derecho"), es quizá algo injustificado y puede derivarse de lecturas que no hacen justicia a la obra de Hart. Sin embrago, esta aclaración, así como la descripción sucinta que se hace de las posturas de estos dos teóricos del derecho, son pertinentes para contextualizar la coyuntura en la que se enmarca la distinción de Dworkin sobre las reglas y los principios.

En el siguiente cuadro se sugiere una síntesis de la distinción entre reglas y principios de acuerdo con Dworkin.

REGLAS	**PRINCIPIOS**
Su aplicación exige un resultado	No implican resultados
Un conflicto de normas se refiere a su validez	Un conflicto de principios exige ponderación
Buscan un efecto o consecuencia	Son razones que orientan una decisión sin definir su contenido
Son producto de actos deliberados de creación	No se basan en una decisión particular de ningún de autoridad
Son disyuntivas: pueden aplicarse o no de acuerdo con una decisión judicial	Dependen del peso específico en relación con otros criterios

Creación propia

Aun cuando el esquema anterior muestra la distinción entre reglas y principios a manera de paralelo, Dworkin cree que ambos se refieren a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica, pero difieren en su orientación. Mientras los principios son patrones que se supone que "deben" ser observados por motivos económicos, sociales, políticos o incluso morales, las normas se aplican del modo "todo o nada" y dependen de un criterio de validez. Los principios se refieren a exigencias que van "más allá" del derecho concebido como un fenómeno puramente normativo, mientras que las normas son formuladas y aplicadas de una manera hipotética condicional; lo cual remite a la distinción de Zagrebelsky acerca del carácter legal de las normas y el rasgo constitucional de los principios, pues esto evidencia que las primeras son un producto directo del ejercicio legislativo, mientras que los segundos se refieren más al aspecto político constitutivo (constitucional) del Estado. Como se evidenció al comparar los preámbulos de las constituciones de 1886 y 1991; el tránsito de un modelo a otro no es otra cosa que la crisis del positivismo encarnada en el modelo legalista de Estado de Derecho como momento histórico-político que da paso a la aparición de los principios. Dicho de otra manera: los principios constitucionales de 1991 evidenciaron la incompetencia de la ley para resolver todas las implicaciones que ocurren en el ámbito fáctico del derecho. La interpretación legalista que se infiere del análisis de los casos que se refieren al equilibrio del contrato en los que el Estado es condenado, es un claro ejemplo de que la lectura que se hace del derecho está fundada de tal manera en la ley, que incluso se inventan principios en donde la norma declara derechos y se acepta la deliberación en un campo que la excluye (como es el de la ley). Esto evidencia que el modelo jurídico-político adoptado con la constitución de 1991, aún arrastra muchos rezagos de 1886 que no favorecen la evolución del derecho colombiano.

La división entre reglas y principios según Robert Alexy:

La primera diferencia que debe establecerse en relación con las teorías de Zagrebelsky y Dworkin, es que Alexy engloba los principios y las reglas en la categoría de normas bajo el argumento de que unas u otros pueden ser formulados como valores deónticos; es decir, como permisiones, prohibiciones u obligaciones. Esto significa que la diferencia entre principios y reglas es básicamente una distinción entre tipos de normas. Existen por ejemplo, reglas que "condicionan" la aplicación de los principios porque regulan la ocurrencia de situaciones en las

que estos podrían o no ser aplicados; lo que quiere decir que en ausencia de una circunstancia fáctica o normativa concreta, la aplicación de un principio puede sobrar. En el mismo sentido, si la aplicación del principio no debe darse en un contexto específico o su peso específico es tal que exige su aplicación inmediata, la necesidad de la regla que regula el uso o adecuación del principio es inocua. Ruíz (2012) describe de la siguiente manera la distinción desarrollada por Alexy:

> [U]n punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son «mandatos de optimización», caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. En cambio, las reglas serían «mandatos definitivos» o, lo que es lo mismo, normas que solo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Todo esto demostraría que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Citando a Alexy, la Corte constitucional, en la Sentencia C-1287 de 2001, afirma que "*las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas 'mandatos definitivos'*". Agrega que la forma de aplicación característica de las reglas es la subsunción, mientras que los principios ordenan la realización de algo de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Para la corte, "*las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios*".

De acuerdo con lo anterior, es claro que la norma que declara el restablecimiento del equilibrio contractual es un derecho, por lo que puede ser considerado un "mandato definitivo", que en efecto otorga una facultada a un apersona. Si esto no es así, no se comprende por qué razón se asigna a una regla, que no es otra cosa que un mandato, la categoría de principio si lo que se sigue es la obligación de reconocer una facultad establecida en la ley. Esto es lo que pasa en el ámbito fáctico de la contratación estatal y se evidencia en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, tal y como será expuesto en el acápite correspondiente.

Lo anterior permite sintetizar la división propuesta por Alexy de la siguiente manera:

PRINCIPIOS	REGLAS
Son normas con alto grado de generalidad	Normas con bajo grado de generalidad
Ordenan que algo sea realizado (en algún grado)	Sólo pueden cumplirse o no
Son mandatos de optimización	Contienen determinaciones que se refieren al ámbito de lo jurídico o fáctico como posible
Se refieren al peso específico	Se refieren a la validez

Creación propia

Para describir este esquema se puede citar lo que dice Alexy (1993) respecto de las reglas y principios:

> A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. (p. 85.).

Según esto, una de las principales diferencias de la teoría propuesta por Alexy es que en los casos de conflicto entre reglas se introduce lo que él denomina una "norma con alto grado de generalidad" y en el caso de colisión de principios se acude al peso específico que cada uno tiene en relación con la circunstancia fáctica o normativa y con respecto a la totalidad del sistema jurídico. En este punto, cabe precisar que en lo que se refiere a la ponderación como criterio "esclarecedor" de los principios, tanto Dworkin como Alexy recurren a ella, pero con la diferencia de que para Dworkin se trata de un ejercicio en el que se sopesa el peso específico de un principio frente a otro en una circunstancia concreta, mientras que para Alexy, la ponderación se refiere a un ejercicio normativo en el que se prefiere la norma de mayor o menor generalidad.

La noción de principio y su distinción con las reglas de acuerdo con Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza:

En su obra “Ilícitos atípicos”, Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza elaboran una distinción entre reglas y principios necesaria para desarrollar su teoría sobre ciertos actos que no son deducibles directamente de las normas o de los principios por separado, que pueden ser considerados ilícitos por el efecto que producen en la facticidad y básicamente, porque de acuerdo con ciertos criterios, resultan ilegales. Es quizá por ésta razón que los autores se refieren a ellos como atípicos, porque no se infieren directamente de una descripción legal, al modo, por ejemplo, de consecuencias normativas de actos prohibidos sino de actos permitidos. Si un acto ilícito es básicamente una conducta contraria a un mandato, de aquí no se infiere que si una conducta no es contraria a un mandato sea considerada lícita en forma necesaria, y aunque este razonamiento es coherente, no es clara la forma en que este acto no contemplado en una norma podría ser considerado ilícito. La respuesta para Atienza y Manero, se halla en los principios.

La ponderación de determinados principios por su peso específico es el criterio que permitiría establecer si una conducta es ilícita aunque no contravenga ninguna regla de mandato, por lo que se estaría frente a los que estos autores denominan “ilícito atípico”.

Es en el anterior contexto en el que Manero y Atienza describen los rasgos propios de las reglas y los principios; consideran, al igual que Alexy, que tanto los principios como las reglas son normas. Las reglas pueden dividirse en aquellas que se refieren a las acciones y las que se refieren a fines: las primeras se ordenan de acuerdo con los valores deónticos típicos (obligación, permisión y prohibición), con la característica de que lo descrito en el consecuente de la enunciación normativa es de carácter cerrado; es decir, que excluyen la deliberación del destinatario con respecto al cumplimiento de la conducta. El ejemplo que usan (Atienza y Manero, 2006) afirma que el juez debe aplicar una pena cuando se encuentra frente a un caso que cumple ciertas propiedades y los ciudadanos deben abstenerse de realizar un determinado tipo de acciones de acuerdo con las circunstancias. Por esta razón, se dice que este tipo de normas excluyen la deliberación de sus destinatarios, porque no sólo se refieren al ciudadano como quien está obligado a cumplir la norma, sino a los funcionarios encargados de aplicarla o de juzgar las conductas con base en ella.

Con respecto a las reglas que se refieren a fines, se caracterizan porque establecen el deber o la facultad, no de actuar, sino de dar lugar a estados de cosas. Es una caracterización que puede resultar confusa porque puede pensarse que si se da a alguien una orden de "dar lugar a un estado de cosas" se le está dictando una norma de acción; sin embargo, esto no es así si se tiene en cuenta que el contenido de la norma no es la conducta misma, sino la producción del "estado de cosas". La norma, en este sentido, se considera cumplida cuando ocurra el "estado de cosas" exigido, lo que quiere decir que aunque concurran varias acciones para producir el "estado de cosas", la regla no se considera cumplida por la realización de estas conductas, sino por la ocurrencia efectiva de ese "estado de cosas". Esto es lo que ocurre cuando el equilibrio económico resulta reestablecido luego de una deliberación innecesaria sobre si se rompió o no la ecuación contractual: se traslada el cumplimiento de una regla que expresa un estado de cosas y excluye la deliberación al momento post-litigio cuando la regla establece de manera inequívoca y vertical que su cumplimiento consiste en "dar lugar a ese estado de cosas".

En cuanto a los principios se refiere, también son considerados normas y se dividen en principios en sentido estricto, que son aquellos que expresan valores; como los propios de un ordenamiento jurídico o una constitución (artículos 1º al 10º de la Constitución Nacional C.N.), y directrices; que son normas que establecen la obligación de perseguir un fin específico. A diferencia de las reglas, los principios no excluyen la deliberación de sus destinatarios, como se describió en líneas anteriores, sino que la suponen o la exigen: (Atienza y Manero, 2000) consideran que "*cuando los destinatarios son los órganos legislativos o administrativos, estos deben determinar bajo qué condiciones un cierto principio (en sentido estricto) prevalece sobre otros (dando lugar a alguna regla como la de los ejemplos señalados) o bien trazar cursos de acción que aseguren la obtención, en la mayor medida posible, de diversos estados de cosas"*.

Otros rasgos definitorios de los principios además del anterior, se refieren a la regulación de las conductas consistentes en establecer o aplicar normas para resolver casos concretos, y adicionalmente, servir como justificación para la asignación de valores propios de las reglas; es decir, de las "razones para la acción" que fueron descritas en el párrafo anterior. Como razones para la acción, las normas contienen un elemento directivo (cumplen la función de regular la

conducta) y un elemento justificativo, que se refiere al contenido de la conducta (prohibida, permitida u obligatoria).

Para Atienza y Manero, las normas son autónomas cuando su aplicación no exige la orientación específica de un principio para lograr una acción o fin; de lo contrario se tratará de principios en sí o de directrices que requieren la orientación de un principio. Para el caso de la contratación estatal, si se está ante una decisión de algún órgano administrativo, puede que esta exija o no la deliberación de acuerdo con lo que describa la norma; si la norma es suficientemente clara por contener, por ejemplo, un valor deóntico que describe en forma precisa el contenido de la conducta a seguir, entonces los funcionarios públicos que se supone son sus ejecutores, están en la obligación de obedecer el mandato legal contenido en la norma, sin lugar a deliberar. Puede decirse que este argumento tiene un sentido similar al expuesto por Hart cuando explica la idea de "núcleo duro" y "zona de penumbra".

La distinción expuesta por Atienza y Manero en "Ilícitos atípicos", es una síntesis (y quizá reelaboración) de un trabajo anterior realizado en 1991 y publicado en la revista DOXA; titulado: "*Sobre principios y reglas*", en el cual ya describían muchos de los aspectos sintetizados en este apartado:

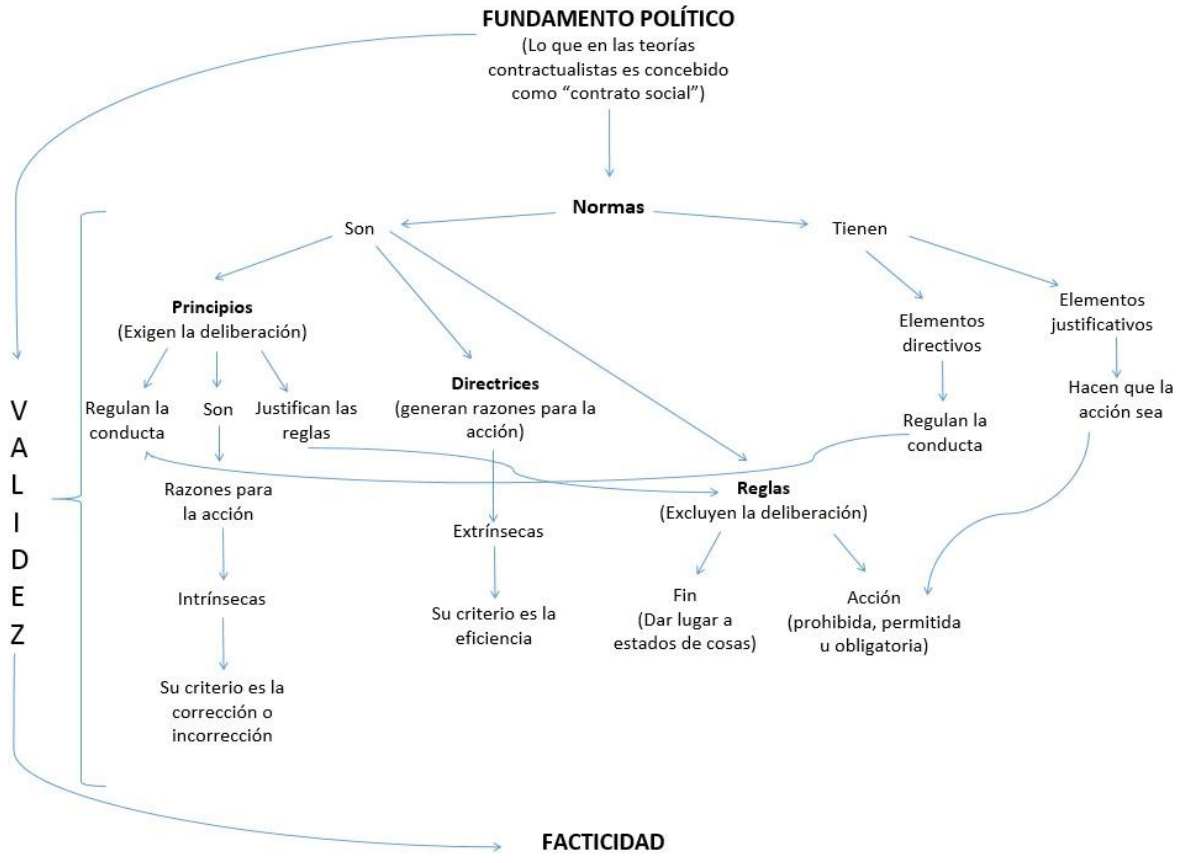
> Si de los principios en sentido estricto pasamos a las directrices o normas programáticas, las cosas parecen ser algo distintas. Una norma como, por ejemplo, el art. 51 de la Constitución antes recordado puede también expresarse siempre en forma de un enunciado condicional: «si x es un poder público y no se dan circunstancias normativas o fácticas que lo impidan, entonces x debe utilizar los procedimientos eficaces tendentes a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios». Pero si ahora nos planteamos la cuestión de en qué se diferencian estructuralmente el art. 51 y el art. 14 CE, resulta obvio que mientras el último de ellos sólo configura de forma abierta sus condiciones de aplicación, pero no el modelo de conducta calificado deónticamente, el primero configura de forma abierta tanto las condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. La diferencia, pues, entre un principio en sentido estricto y una directriz, desde la perspectiva desde la que estamos ahora contemplando las normas, parece ser la siguiente: de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados. Esto es lo que explica que, por ejemplo, el art. 14 de la Constitución cambiaría de sentido si se estableciera como una norma programática («los poderes

> públicos promoverán la igualdad de los españoles ante la ley, para que no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza...»). (p. 10).

En el mismo texto, (Atienza y Manero, 1991) desarrollan otras ideas sobre principios y reglas, como la que concibe los principios en sentido estricto o como normas programáticas, dependiendo de si se dirigen a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos o a guiar la creación o aplicación de normas de los entes de producción jurídica. Otra idea se refiere a los *principios explícitos,* como aquellos formulados expresamente en el ordenamiento jurídico y a los *principios implícitos* como los extraídos de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico.

Para sintetizar el funcionamiento de reglas y principios se presenta este breve esquema que puede ayudar a ilustrar la forma en que funcionaría la teoría expuesta por estos autores; guardando las proporciones, puede decirse que conserva el modelo piramidal de otras teorías sobre los sistemas jurídicos, pero incluye en el aparato deductivo la presencia de los principios como pilares fundamentales para hacer flexible el sistema del derecho:

Esquema Nº 1



Creación propia

A continuación, y con el fin de evidenciar las conexiones entre las teorías sintetizadas en este apartado, se mostrarán algunos fragmentos de la ley 80 que serán analizados de acuerdo con las categorías presentadas en el anterior esquema e incluyendo las que fueron trabajadas al explicar las tesis de los demás autores. De ésta manera será posible ver los puntos de encuentro, no sólo entre la ley y las teorías analizadas, sino entre las posturas de los diferentes autores en torno al tema de las reglas y principios, favoreciendo además una presentación más didáctica que sin perder la complejidad presentada hasta ahora, permita comprender mejor los aspectos desarrollados hasta aquí y favorezca el análisis de los que están por desarrollar.

Visión de los principios y las reglas en la estructura de la ley 80 de 1993:

Lo primero que debe decirse en relación con lo anterior es que tan sólo al leer el preámbulo de la ley 80 es posible ubicar el fundamento político de esta norma en relación con la Constitución de 1991, lo que evidencia el efecto político que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente sobre la normatividad posterior a la promulgación de la nueva constitución (que en el esquema presentado puede referirse a la validez) y por supuesto, sobre la facticidad entendida como el ámbito sociopolítico en el que se aplican las normas y tiene efecto la constitución. Si se retoma la idea del principio de discurso propuesto por Habermas que fue expuesta en el primer apartado, debe concluirse que el criterio de validez de la Constitución de 1991 y por supuesto de la Ley 80 de 1993 está dado por el hecho político de la Asamblea Nacional Constituyente como acuerdo político y como forma de regular la facticidad en donde además, tiene su origen. *"El principio de discurso, y esta es su nota más general, hace depender la validez de toda clase de normas de acción del asentimiento de aquellos que como afectado participan en discursos racionales"* (Habermas, 2005, p. 226).

Así se evidencia en el texto del preámbulo:

LEY 80 DE 1993

(Octubre 28)

Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010

Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
El Congreso de Colombia

Ver la exposición de motivos, Ley 80 de 1993 , Ver el Documento de Relatoría 160 de 2003 , Ver el Documento de Relatoría 173 de 2004, Ver el Decreto Nacional 4828 de 2008, Ver el Decreto Nacional 2430 de 2011, Ver el Decreto Nacional 2430 de 2011

DECRETA:

I. DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- *Del objeto.* La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Nótese que el objeto de la ley es "*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*", lo que por supuesto remite a los principios constitucionales que se relacionan directamente con esta disposición y que pueden inferirse, por ejemplo, del artículo 1º y 2º de la carta política:

TITULO I

DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Del artículo citado se infiere directamente la relación del primer artículo de la ley 80 con el fundamento del Estado Colombiano: se trata de un Estado Social de Derecho, que a diferencia del Estado anterior, inspirado en las tesis positivistas, se apegaba a la ley sin dejar espacio a los principios como (en palabras de Alexy) "criterios de optimización". En contraste, uno de los principios en los que se fundamenta la contratación estatal de acuerdo con esto, es el de la dignidad humana, y otro muy evidente, el de la prevalencia del interés general. Como lo evidencia Zagrebelsky en sus tesis al oponerse al positivismo, los principios cumplen una función constitutiva del orden jurídico, esto separa radicalmente el modelo constitucionalista de 1991, de las tesis positivistas.

Si se analiza el artículo 2º de la C.N., es innegable que aparecen aún más conexiones entre reglas y principios en relación con la contratación estatal, sobre todo si se tiene en cuenta que tanto la constitución como la ley se remiten de manera necesaria (como su sentido de ser) a lo

que Habermas, Alexy o Manero se refieren cuando hablan de facticidad (los contratos estatales): *"garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"* es uno de los fragmentos que mejor evidencia la conexión sugerida y que demuestra de nuevo la presencia de un nuevo modelo de Estado cuyo énfasis ya no es el culto a la ley, sino el servicio a la comunidad. Así, los principios constitucionales, en armonía con los establecidos en la ley 80 y con los que pueden deducirse de los conceptos jurisprudenciales, son los que en teoría deberían orientar el ejercicio de los derechos para que sea posible desarrollar el contenido normativo al que se refiere la contratación estatal, y en particular, el **derecho** de todo contratista al restablecimiento del equilibrio económico; sin embargo, en la práctica lo que ocurre es que el Estado es condenado con tanta frecuencia como frecuente es el manejo equivocado que se le ha dado a esta figura de la ecuación contractual (que no es otra cosa que una facultad de un particular correlativa a una obligación del Estado).

> **ARTICULO 2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La afirmación de Dworkin cuando sostiene que los principios se refieren a la justicia o a la equidad también está presente en los artículos citados y como se irá mostrando, es una constante en la relación de lo normativo con lo político y con lo fáctico. Lo mismo ocurre con la idea de "mandatos de optimización" propuesta por Alexy para referirse a los principios.

Más adelante, en el artículo 3º de la ley 80 se evidencian nuevas conexiones en relación con el tema de las reglas y los principios:

> **Artículo 3º.-** *De los Fines de la Contratación Estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el **cumplimiento de los fines estatales**, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
>
> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, **además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado**, **colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social** que, como tal, implica obligaciones**.**

Es clara la relación con los fines esenciales del Estado consignados en el artículo 2º de la C.N. y por supuesto, con la idea del bienestar general establecida en el artículo 1º de la Carta Política. También es claro, aunque quizá no muy evidente, el principio de solidaridad (artículo 1º C.N.) que supone el hecho de que los particulares deban colaborar con el logro de los fines del Estado, aunque en la práctica esto se traduzca en el oportunismo de los contratistas. Como puede verse, esta disposición no es una norma del tipo "todo o nada", ni contiene una condición que deba cumplirse como resultado de la imposición de una autoridad, pero si responde de manera acertada a la definición de reglas de fin descrita por Manero y Atienza, porque supone la realización de un "estado de cosas" y porque excluye la deliberación de sus destinatarios; en este caso, tanto del funcionario público como del particular. No hay en este artículo una relación de causalidad que exija la valoración de las acciones de uno u otro como consecuencias jurídicas, pero sí es claro un criterio de corrección intrínseco mediado por valores.

En el título segundo, artículo 23 de la ley 80 se establecen los principios de la contratación estatal, así:

II DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

> **Artículo 23º.-** *De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales*. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de **transparencia**, **economía** y **responsabilidad** y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Desde el punto de vista constitucional, este artículo coincide con los principios del interés general establecido en el artículo 1º de la C.N., así como con los fines esenciales del Estado descritos en el artículo 2º. Vale decir, además, que aunque no exista unidad de criterios en cuanto a si se trata de un principio o una regla, el criterio (para darle un nombre "neutral" en este contexto) de *selección objetiva* también evidencia una conexión con los principios mencionados, tanto en el ámbito constitucional, como en el legal.

Al respecto, en la Sentencia C-128 de 2003, la Corte Constitucional ha relacionado el principio del interés general con la selección objetiva, así:

> La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés.

Por supuesto, tanto el interés general como la selección objetiva tienen relación directa con el principio de transparencia y responsabilidad. Esto coincide con la idea de principios sostenida por varios de los autores trabajados; como el de "*pautas para adoptar posiciones en una situación*", al que se refiere Zagrebelsky o con la idea de "*peso específico*" sugerida por Dworkin y Alexy. En cuanto a la distinción propuesta por Manero y Atienza, el artículo 23 de la ley 80 evidencia varios aspectos de los propuestos por estos autores: 1) se refiere a actuaciones (actos) que exigen deliberación por parte de sus destinatarios; 2) contiene una descripción de una conducta que se espera de sus destinatarios sin que se trate de un mandato que debe cumplirse y 3) esta conducta esperada, por ser de carácter intrínseco se juzga como correcta o incorrecta, más no como una consecuencia jurídico-normativa.

Con respecto a la selección objetiva, establecida como criterio de procedimiento en relación con la participación de los oferentes (contratistas) en el artículo 21 de la ley en estudio, debe decirse que se trata de una "directriz" porque busca que las entidades estatales produzcan o garanticen la ocurrencia de un "fin" (garantizar la participación mediante la selección objetiva), como puede inferirse del texto del artículo: *"Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional".* Tal y como lo aclaran (Atienza y Manero, 1991), se trata de una regla que necesita la orientación de un principio:

> [L]as razones estratégicas que derivan de directrices pueden y deben ser evaluadas –y, en su caso, superadas– por razones de principio, mientras que lo contrario no puede ocurrir: si se tiene una razón de principio para hacer X, entonces el no hacer X sólo puede justificarse apelando a otras razones de corrección –basadas en principios– que tengan un mayor peso, pero no a razones finalistas –basadas en directrices– que muestren que la consecución de un cierto fin es incompatible con la acción X.

Así, la selección objetiva consiste en una directriz porque que exige la deliberación, pero no porque las directrices en sí la exijan, sino porque requiere la dirección de un principio orientado

a garantizar la participación en los términos en que la ley 80 lo establece. En este contexto, (de acuerdo con Manero y Atienza) el principio es entonces una norma que contiene elementos directivos que regulan la conducta (en este caso la de los funcionarios consiste en un deber). Este carácter regulador también coincide con la idea de principios como "mandatos de optimización" sostenida por Alexy o con la postura de Dworkin cuando afirma que los principios son razones que orientan una decisión (garantizar la participación) sin definir su contenido.

Algo similar ocurre con el principio de responsabilidad expuesto en la ley 80:

> Artículo 26º.- *Del Principio de Responsabilidad*. En virtud de este principio:
>
> 1o. Los servidores públicos están **obligados** a buscar el cumplimiento de los **fines** de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Al leer el texto del artículo, puede suponerse que se trata de una obligación; es decir, de una regla de acción que excluye la deliberación porque contiene un valor deóntico específico (obligatorio), lo que es contradictorio en relación con las tesis de Manero y Atienza porque para ellos, los principios exigen la deliberación, dado que son criterios orientadores de la acción y no normas formuladas causalmente del modo "todo o nada" (como en Dworkin). Esta aparente contradicción es un claro ejemplo de la diferencia entre "directriz" (norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines) y "principio en sentido estricto", que es resuelta por (Atienza y Manero, 1991) de la siguiente manera:

> En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Alexy (1993), al igual que Manero y Atienza, también considera que las normas, llámense principios o reglas, pueden ser formuladas en términos de operadores deónticos, pero como ya se anotó, él lo resuelve al concebir los principios como "mandatos de optimización"; es decir, como

enunciados que expresan normas y que pueden ser transformados en enunciados deónticos (prohibición, permisión, obligación). No todo enunciado normativo es un enunciado deóntico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado en un enunciado deóntico.

De acuerdo con lo anterior, el principio de economía contemplado en el artículo 23 de la ley en estudio, se ajusta en gran medida a la idea de directriz sugerida por Manero y Atienza, porque su pretensión fundamental es la de conseguir ciertos fines descritos en la norma y porque al analizar su estructura, es claro que este ejercicio requiere la deliberación propia de los principios y no una simple ejecución normativa. Como ya se vio al analizar el principio de responsabilidad, la inclusión de un valor deóntico (en tal caso "obligatorio") no convierte automáticamente una norma en regla de acción, pues se requiere además que este valor esté ligado de manera condicional a una consecuencia jurídica que excluye la deliberación de sus destinatarios. Cuando se leen los puntos 1 al 5 en los que se divide el principio de economía, es claro que describen una norma (principio como directriz) que tiene el objeto de lograr ciertos fines y no imponer una consecuencia jurídica a una descripción normativa.

Acerca del principio como directriz, (Atienza y Manero, 1991) sostienen que un "[p]rincipio en el sentido de norma programática o directriz, estipula la obligación de perseguir determinados fines, y citan el ejemplo, del artículo 51 de la Constitución española, en el que "*los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos".*

Para ilustrar algunos ejemplos de reglas de acción, como las que contienen valores deónticos (prohibición, permisión u obligación) o de enunciado normativos con contenido deóntico (como los concibe Alexy), puede citarse el artículo 40 de la ley 80, que se refiere al contenido del contrato estatal:

> Artículo 40º**.-** *Del Contenido del Contrato Estatal*. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.
>
> Las entidades [**podrán**] celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

> En los contratos que celebren las entidades estatales [**podrán**] incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.
>
> En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, [**podrán**] incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, [**que no sean**] contrarias a la Constitución o a la ley.
>
> Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se [**podrá**] pactar el pago anticipado y la entregada de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.
>
> Los contratos [**no podrán**] adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

Nótese que las palabras que han sido puestas en negrilla se aluden todas a un valor deóntico que se refiere a una conducta. Cuando la ley dice "**podrá**" está facultando (permisión) al destinatario a realizar una conducta; es decir que la norma contiene un elemento justificativo porque especifica cuál es el valor mediante el que debe ejecutarse la acción. Igual ocurre cuando prohíbe una conducta; al decir que "**no podrán**" porque asigna un contenido deóntico a la acción. Para relacionar este artículo con el tema de los principios, debe indagarse (y es aquí donde se incluye el elemento deliberativo) cuál es el elemento directivo de la conducta, el mandato de optimización (para Alexy) o la razón que orienta la decisión (según Dworkin) de elegir una u otra acción. Por su puesto, el contenido del contrato estatal debe orientarse mediante los principios ya analizados de transparencia, economía y responsabilidad, por citar los ejemplos nominales que describe la ley, ya que estos son los elementos directivos de las conductas relacionadas con el derecho al restablecimiento del equilibrio económico que pueden o no contrarrestar el efecto nocivo de las conductas que obtienen un beneficio de la celebración incompleta de los contratos y en particular, el principio de igualdad contenido en el artículo 209 de la Constitución Política.

Los principios y las reglas de la contratación estatal en el marco de la constitución política de 1991:

Como se mencionó al analizar el tránsito político que supuso la celebración de la Asamblea Nacional Constituyente, uno de los grandes logros (y cambios) de la Constitución de 1991 fue la inclusión de un catálogo de principios y derechos de primera, segunda y tercera generación: en el Título I, artículos 1º al 6º del nuevo texto, se establecen los principios fundamentales que

orientan la organización política, social y económica de Colombia como un Estado Social de Derecho. Como es lógico, estos pilares se refieren a todos los individuos, nativos o no, habitantes del territorio nacional y a todas las actividades en cabeza del Estado o los particulares, lo que incluye por supuesto la actividad de la administración o de las personas de derechos privado que sea necesaria para el cumplimiento de los fines estatales.

Así las cosas, debe entenderse que algunos de estos principios están relacionados directamente con la contratación estatal: tal es el caso del interés general contenido en el artículo 1º; de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2º; de la soberanía (artículo 3º), si se tiene en cuenta que el poder político es ejercido por el pueblo a través de sus representantes y que los funcionarios hacen parte de ese "cuerpo representativo", especialmente en los casos en los que el pueblo no participa directamente del poder político; del carácter de norma suprema descrito en el artículo 4º, que es un aspecto clave para el presente trabajo porque es uno de los factores que evidencia el sentido y fundamento de la estructura constitucional con respecto a las reglas y los principios, y porque establece el criterio para dirimir los conflictos entre unas y otros o entre sí mismos; y por último, el principio contenido en el artículo 6º, porque se refiere a la responsabilidad de los particulares y los servidores públicos, que son en síntesis los dos extremos de la relación contractual estatal.

Este primer acercamiento al contenido constitucional relacionado con la contratación estatal, evidencia de inmediato algunas relaciones entre principios y reglas. Si se analizan los principios contenidos expresamente en la ley 80, es claro que cada uno de ellos puede referirse inequívocamente a uno o más de los principios relacionados en el párrafo anterior: la transparencia se relaciona con el interés general, con los fines esenciales del Estado, con la soberanía por esta supone un valor muy apreciado para el ejercicio del poder político, y por supuesto con la responsabilidad (artículo 6º) porque está directamente vinculado con la actividad de los funcionarios públicos. Algo similar ocurre con la responsabilidad y la economía: su descripción legal (ley 80) está vinculada necesariamente con el interés general, los fines esenciales del Estado, la soberanía, la primacía de la constitución y la responsabilidad contemplada en el artículo 6º.

Lo anterior significa, por ejemplo, que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se encuentra relacionado con el principio del interés general y con los fines esenciales del Estado, tal y como puede inferirse del texto legal:

> Artículo 3º.- *De los Fines de la Contratación Estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.
>
> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones**.**

Como puede verse, se trata de una regla orientada por un principio o al revés, un principio orientador de la actividad regulada del Estado en cabeza de sus servidores, enfocado específicamente a la contratación estatal como una actividad tendiente a desarrollar y cumplir los fines de la administración. Es una muestra de cómo el aspecto político en el que se fundamenta en el Estado, es ejecutado mediante una regla (la Ley 80) que tiene por objeto desarrollar todas las actividades tendientes a hacer posible el ámbito fáctico de lo social (la razón por la que se celebra el acuerdo fundamental).

Para continuar evidenciando la forma en que las teorías de los autores trabajados se relacionan con el contenido constitucional y normativo, es pertinente destacar que este vínculo entre la constitución y la ley es sintetizado por Zagrebelsky (2008) cuando aclara que "*los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, «constitutivo» del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas significan"*.

Con respecto al mismo punto, Dworkin (2012) coincide "*al afirmar que los principios no son normas. Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven*

intactos aun cuando no prevalezcan". Alexy, por el contrario, se distancia un poco de los anteriores autores al considerar que los principios sí son normas, pero coincide con ellos en que la función de los "mandatos de optimización" (como él denomina a los principios) es orientar la resolución de casos concretos con base en el criterios específicos.

Otro ejemplo de la relación del texto legal con los principios contitucionales puede tomarse del Capítulo V de la Ley 80 en relación con el principio de responsabilidad contenido en el artículo 6º de la constitución política, pues ilustra la forma en que ciertos actos regulados legalmente deben orientarse mediante lo que Atienza y Manero denominan "*razones para la acción*", al referirse a los principios como criterios intrínsecos de corrección o incorrección de las conductas particulares. Así puede evidenciarse en un fragmento del Capítulo citado, que se refiere en su totalidad a la responsabilidad contractual:

V. DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

> Artículo 50º.- *De la Responsabilidad de las Entidades Estatales.* Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Continuando con la exposición de los principios orientadores de la contratación estatal que se derivan directamente de la constitución, debe citarse el artículo 209 de la carta política, ya que menciona expresamente cuáles son los pilares en los que debe basarse el ejercicio de la actividad de la administración:

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

Es claro según lo anterior, que la disposición copiada se refiere a una acción, que es la función administrativa, que debe orientarse mediante los principios citados. Estos actúan como

reguladores de la conducta, pero no prescriben ni condicionan ninguna conducta a la ejecución de otra, ni establecen sanciones de ningún tipo. Se trata en palabras de Alexy, de "mandatos de optimización" y de acuerdo con Atienza y Manero, de elementos directivos de la norma fundamental dirigidos a orientar la conducta de sus destinatarios (las autoridades administrativas). Es una disposición se encuentra en armonía con los principios desarrollados en el preámbulo de la constitución, y en particular (como se analizó en líneas anteriores) con el artículo 6º como criterio referido a la responsabilidad de los particulares y en este caso concreto, a los servidores públicos que son quienes cumplen la función administrativa.

Estos principios constituyen, para decirlo en términos lógicos; las variables de las premisas mediante las cuales se elaboran las inferencias normativas pertienentes para establecer relaciones de corrección o incorrección, de eficiencia, de fin o de acción, con respecto a circunstancias concretas. Son estas relaciones las que permiten establecer, por ejemplo, si una actuación administrativa es correcta o no, si la celebración de un contrato se tradujo o no en la prestación de un servicio eficiente por parte de la administración, si se han logrado o no los fines o estados de cosas establecidos en una regla o si las conductas realizadas por un particular o un servidor público responden a los valores deónticos descritos en una regla de acuerdo con los principios.

Las normas, por sí solas, solo permiten establecer consecuencias jurídicas derivadas de premisas o antecedentes normativos, pero son los principios los que "iluminan" o "esclarecen" la razón jurídica por la cual es deducible una consecuencia con respecto a una conducta o por la cual debe preferirse una solución a otra. La estructura lógica de cada razonamiento, en el caso de los referidos a normas y de los que se refieren a principios, es diferente: si se trata de una norma, la estructura suele ser condicional: "Si, entonces" ($Q \rightarrow P$) o puede contener un valor deóntico, como (P) o ($\neg$ P) dependiendo de que se trate de una obligación que tenga un carácter permisivo o una prohibición.

Ejemplo:

Si la Ley 80 dice que "*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista*", estamos ante un razonamiento del tipo ($Q \rightarrow \neg P$).

¿En qué principio puede fundamentarse esta regla?

En el principio de responsabilidad:

> Artículo 26º.- *Del Principio de Responsabilidad*. En virtud de este principio:
>
> 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
>
> 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.
>
> 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Si se analiza la estructura y el lenguaje en el que se describe el principio de responsabilidad, podrá notarse que no sólo da cuenta de la proposición condicional citada que describe el efecto de la caducidad, sino que además es un elemento justificativo de la regla, que exige de parte de quién la valora un ejercicio de deliberación. Este ejercicio se da con respecto a la conducta descrita en la regla (para establecer el sentido de la responsabilidad, más no la responsabilidad), pero una vez sopesado sólo queda la aplicación de la consecuencia normativa contenida en la ley. Así pues, este ejemplo ilustra muchas de las concepciones de las reglas y principios que han sido expuestas hasta acá (como la idea de regla de acción), evidenciando que estos últimos son sólo criterios de orientación de las primeras. En este sentido, la interpretación exige analizar también la relación que esta disposición normativa tiene con la constitución, ya que este es el fundamento político de las decisiones que encuentran sentido en las normas y acuerdos legítimos (de lo que Habermas denomina "validez"), y a su vez, es la razón de ser del acuerdo en el que se fundamenta el Estado y sobre el que tiene su efecto (la facticidad), si se tiene en cuenta que el origen y el destinatario del poder político en el Estado Social de Derecho, es el mismo. (Artículo 3º C.N.)

Esta "razón última" constitucional se encuentra en el artículo 6º y en consonancia con este, en los artículos 1º y 2º de la C.N. Lo que significa entonces que el razonamiento completo incluye un componente político (principio), un componente normativo (ley) y un efecto jurídico cuya

consecuencia se verifica en alguno de los órdenes de la sociedad. Para el caso concreto se trata de la caducidad (efecto legal) de un contrato (elemento fáctico) por una conducta (acción permitida, prohibida u obligatoria) que debió realizarse de cierta forma para cumplir (por ejemplo) uno de los fines esenciales del Estado (principio).

Un ejercicio similar puede hacerse al analizar los principios consagrados en el ya citado artículo 209 de la C.N. con otros principios constitucionales, con principios legales y con reglas; pues es claro que el principio de *igualdad* contemplado en este artículo se relaciona directamente con el *interés general* consagrado en el artículo 1º de la C.N. y con la disposición normativa establecida en el artículo 28 de la Ley 80 que se refiere a la interpretación de los contratos estatales. Si se parte del contrato estatal como un elemento fáctico que ocurre o se realiza en la sociedad, debe aceptarse que este hecho esta "regulado" en la ley, orientado en "principios" y que contiene elementos directivos y justificativos de la conducta de quienes lo celebran que al materializarse pueden referirse a fines, a acciones o a estado de cosas.

Para ilustrar un ejemplo de normas como principios y normas como reglas (como lo sugieren Atienza y Manero o Alexy), puede relacionarse el artículo 209 con el 210 de la C.N. En el primero hay una disposición constitucional (norma) que establece los principios de la función administrativa, y en el segundo hay otra disposición constitucional (misma norma) que establece una conducta como "obligatoria" y otra como "permitida" así:

> Artículo 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios **sólo pueden ser creadas por ley** o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.
>
> Los particulares **pueden** cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (Negrillas por fuera del texto)

Las expresión "sólo pueden ser creadas por ley" impone una 'obligación'. Se trata de lo que Atienza y Manero denominan una "directriz" porque es formulable en términos deónticos y porque supone la realización de un determinado fin (acerca de la forma de crear las entidades del orden nacional) o de lo que Alexy denomina "mandatos de optimización". Por su parte, la palabra "pueden" se refiere a una regla de acción porque contiene el valor deóntico 'permitido' con respecto a las funciones administrativas señaladas en la ley. Lo anterior es entonces un claro

ejemplo de que los principios y las normas pueden deducirse de una misma disposición, ya se trate de la Constitución Política o de una regla como la ley 80 de 1993; así, su rasgo definitorio no se refiere a dónde están escritas, sino a cuál es su sentido o contenido (político, jurídico, normativo…).

Un fragmento de la Sentencia C – 671 de 1999 ilustra en forma acertada lo anterior:

> De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad. La disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa.

Como en el ejemplo anterior, en este fragmento jurisprudencial se evidencia una clara relación entre los principios establecidos en el artículo 209, la directriz descrita en el artículo 210 (en la que no se hace mención de la facultad de los particulares) y otra regla (directriz) de carácter constitucional que se encuentra en la misma constitución: se refiere al artículo 150, que al describir las funciones del congreso no se limita únicamente a mencionarlas, sino que supone la realización de ciertos fines que pueden identificarse como verbos: como "*Determinar la estructura de la administración nacional, crear, suprimir o fusionar ministerios…*". Aparece así de nuevo, la estructura sugerida en el esquema Nº 1, en la que se plantea la relación de lo político (la Constitución Nacional) con lo normativo (reglas y principios) y lo fáctico (crear un ministerio en este caso) para expresar un todo sistemático en el que lo social y lo político adquiere sentido jurídico o al revés: en el que lo jurídico se materializa en la realidad (facticidad) sociopolítica. Este razonamiento será retomado más adelante para analizar la relación entre el derecho establecido a favor del contratista en el artículo 5º de la Ley 80 como una facultad cuya garantía está amparada u orientada en los principios constitucionales (artículos 1 al 20, 290); en especial en el de igualdad y para evidenciar que las consecuencias jurídicas derivadas de este razonamiento se materializan en fallos que condenan al Estado como responsable de romper el

equilibrio de la ecuación contractual por celebrar contratos de forma incompleta favoreciendo de esta manera el desequilibrio económico. Mediante este razonamiento también se realizara un examen de este desequilibrio en el contexto del Estado Social de Derecho (entendido como sistema basado en principios y reglas) que permita valorar los efectos que produce esta circunstancia en el ámbito jurídico, social y político del Estado.

Para finalizar este apartado, es importante añadir que mediante la Ley 1150 de 2007 se estableció otro principio en relación con la contratación estatal, que se refiere en particular al aspecto procesal. Se trata del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 17 de esta ley:

> Artículo 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.
>
> En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Como lo evidencia el artículo, se trata de un principio establecido por una norma que exige la deliberación porque supone un análisis del deber de control y vigilancia sobre los contratos para sopesar las decisiones que se tomen sobre esta materia; luego de lo cual se evidencian ciertas directrices (con contenidos deónticos "facultades" y "deberes" de quienes ejecutan estas decisiones en la entidades mencionadas en el artículo). Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente en la Sentencia T-1082 de 2012:

> El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

Hasta aquí se han ilustrado algunos ejemplos de reglas y principios contenidos en la ley 80 y en la Constitución de 1991 que sirven para evidenciar las conexiones con las teorías sugeridas y a su vez, para fundamentar el análisis que se realizará en relación con la celebración incompleta

del contrato y el desequilibrio económico. A continuación se abordará específicamente lo relacionado con el contrato estatal, la figura de la ecuación económica del contrato y su relación con lo que se ha denominado impropiamente "principio del equilibrio económico". Esto con el fin de evidenciar de qué manera se relacionan estos aspectos con el fenómeno de la celebración incompleta y cuál es el efecto que tiene esta circunstancia en el ámbito político, jurídico y socioeconómico.

CAPITULO III

EL CONTRATO ESTATAL EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS

Marco Constitucional y Legal:

Al igual que la totalidad de los actos y actividades del Estado, el contrato estatal está fundamentado en principios constitucionales. Algunos de ellos fueron expuestos al desarrollar la relación entre reglas y principios en el capítulo anterior; otros, serán abordados acá porque son los que se relacionan específicamente con el contrato estatal (y no únicamente con la contratación como actividad), especialmente si se parte del hecho de que el principal propósito de la contratación pública es el cumplimiento de los fines del Estado establecidos en el artículo 2º. Como ya se vio, este principio constitucional está en directa relación con los principios estatuidos en el artículo 1º y con todos aquellos, como el artículo 6º por ejemplo, que orientan la actividad administrativa del Estado. En Sentencia del 03 de diciembre de 2007, el Consejo de Estado se refiere con acierto el fundamento constitucional del contrato estatal, así:

> La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.)

Como puede notarse, en el texto de la jurisprudencia citada **no aparece el "principio del equilibrio económico"** del contrato al que se refieren de manera reiterada distintas sentencias y tratadistas, ni tampoco el de selección objetiva, sobre el cual se ha reconocido cierta falta de

unanimidad o uniformidad de criterios. Sin embargo, la propia jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce la selección objetiva como un principio argumentando que se trata de un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, que orienta los procesos de selección sin indicar la modalidad de selección que se use, y a la vez un fin porque apunta a escoger la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. (Parafraseo con énfasis en el texto: (Consejo de Estado, Sentencia Nº 11001-03-06-000-2013-00212-002148 de 23 de agosto de 2013).

De los textos de los ya citados artículos 209 y 210 de la C.N. también puede inferirse parte del régimen constitucional del contrato estatal, así como del artículo 122, según el cual *no "habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente"* y del artículo 127, que establece que los "*servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales*".

En cuanto al régimen legal, el contrato estatal está contenido fundamentalmente en la Ley 80 de 1993, fundamentado en los principios explícitos del artículo 23, en el artículo 20, que se refiere al principio de reciprocidad y en el principio de selección objetiva, que se encuentra referido a otros en varios apartados de la mencionada ley. De acuerdo con Benavides (2010):

> La Ley 80 se apoya sobre cinco principios generales que enuncia en el título II […]. No son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que esta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa. (p. 76).

De acuerdo con (Yong, 2012), el estatuto contractual incluye los principios generales del derecho como fuentes informadoras; por lo que deben ser tenidos en cuenta en las actuaciones administrativas. Algunos de estos pueden estar contenidos en forma expresa en una norma, como sucede con el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, que se encuentran consagrados en los artículos 830 y 831 del Código de Comercio.

Finalmente, mediante la Sentencia C – 892 de 2001, la Corte Constitucional acierta al describir los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales de la siguiente manera:

> Los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

Este concepto de la corte se considera muy acertado porque reduce la ambigüedad característica de la doctrina sobre los contratos estatales, especialmente en lo que tiene que ver con sus principios orientadores y con sus rasgos característicos. Al revisar la literatura que se ha escrito sobre el tema, así como muchas de las jurisprudencias del Consejo de Estado, es muy difícil inferir un patrón que exprese uniformidad o univocidad de criterios con respecto al tema, y más complejo aún, es el hecho notorio de que se evidencien confusiones e imprecisiones conceptuales que se han convertido en "doctrina" y "jurisprudencia" sobre el contrato estatal. Este aspecto será profundizado al desarrollar el tema del equilibrio económico del contrato.

El Contrato Estatal de acuerdo con la Jurisprudencia, la Ley y la Doctrina:

El aspecto definitorio del contrato estatal que además lo separa de cualquier otro tipo de contrato, radica en la presencia del Estado como uno de los extremos de la relación. Esto cambia radicalmente el sentido del contrato, en particular porque el "móvil" que lleva al Estado a contratar, difiere sustancialmente del que motiva al contratista particular a vincularse jurídicamente con el Estado. En el caso del Estado se trata en esencia del cumplimiento de sus fines, y en el caso del particular, lo que se persigue es un fin lucrativo que evidentemente puede estar ligado a otros aspectos, como el desarrollo profesional, empresarial o industrial de las compañías, de sus miembros o de contratistas como personas individuales, pero consiste principalmente en lograr una ganancia económica. En este sentido, la definición va más allá del

simple acuerdo de voluntades porque implica, si cabe el término, "una voluntad calificada" y una actividad (a la que se refiere el acuerdo) orientada por principios y reglas relativos a la función administrativa o pública.

Para el Consejo de Estado, la naturaleza del contrato estatal no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebran las entidades que participan en esa misma naturaleza; por lo que la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos estatales radica en el análisis particular de cada entidad y se infiere directamente del vínculo celebrado. Por esta razón, si cierto ente es estatal, debe concluirse que los contratos que celebre son de carácter estatal, sin importar el régimen legal que le sea aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que al definir el contrato estatal adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

En cuanto el ámbito legal, en el título III de la ley 80 de 1993 el contrato estatal se define así:

III. DEL CONTRATO ESTATAL

> Artículo 32. De los Contratos Estatales. 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

Al respecto, (Fandiño, 2009) considera que las notas que caracterizan a los contratos estatales son i) la participación del Estado; ii) el hecho de ser celebrados en ejercicio de funciones administrativas; iii) la búsqueda del interés general; iv) la aplicación de normas de derecho privado, especial o público de la que son objeto; v) la incorporación de prerrogativas especiales en ciertos eventos; y vi) el control jurisdiccional atribuido a la administración.

La definición legal de acuerdo con Yong (2012) "*no incluye aquellos contratos celebrados por los particulares en cumplimiento de funciones administrativas que les han sido entregadas*

formalmente". Lo que significa que estos contratos se rigen por las normas de las entidades estatales. Vale aclarar que esta circunstancia es una de las modificaciones introducidas por la Ley 80 en relación con el régimen que le precedió, pues anteriormente la posibilidad de presentar proyectos relacionados, por ejemplo, con obras públicas, era potestad exclusiva del Estado.

Para (Beltrán, 2015), el contrato estatal es un acto jurídico generador de obligaciones en el que mediando la voluntad de las partes, la administración pública desarrolla actividades dirigidas a realizar los objetivos y fines del Estado. En este acto concurren una o varias personas de derecho privado o público de diferentes características con el propósito de ejecutar un tipo de tarea específico de una forma determinada. Como fuente de obligaciones, el contrato estatal contiene prestaciones recíprocas que implican obligaciones para cada una de las partes: para una se trata de la prestación de un servicio, la transferencia de un bien o la realización de una obra, entre otras actividades; para la otra consiste en el pago de una remuneración como elemento esencial del contrato. Lo fundamental del acto jurídico contractual con el Estado, es el hecho de que se regule principalmente por normas de derecho público y en ocasiones por el derecho privado, aun cuando la idea fundamental de lo que es un contrato "acuerdo de voluntades" sea la que subyace en la esencia de este vínculo jurídico.

Características del Contrato Estatal desde la Jurisprudencia.

Para elaborar la caracterización del contrato estatal se recurrirá principalmente a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Esto tiene una razón práctica y otra estratégica: la primera consiste en evidenciar una línea conceptual coherente y la segunda en mostrar mediante esta caracterización (lo que ya se advirtió), que el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la figura del equilibrio económico del contrato estatal es confuso. Esta segunda razón se infiere del hecho de que el desequilibrio económico del contrato está íntimamente vinculado con una de sus características: la conmutatividad. Sin embargo, en muchos de los análisis y argumentaciones que se construyen para justificar el restablecimiento del **derecho** al equilibrio económico del contrato, no se alude a esta característica como vinculada, por ejemplo, al principio de igualdad establecido en la Constitución o a los demás contemplados en el artículo

209, y en muchas ocasiones, ni siquiera se acude a los principios del contrato estatal descritos por la Corte Constitucional (Sentencia C – 892 de 2001) enunciados con anterioridad.

Aunque este aspecto no será desarrollado en este apartado, para ilustrar el argumento anterior puede mostrarse este fragmento de una sentencia del Consejo de Estado:

> **El principio del equilibrio financiero del contrato**, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. (Negrillas por fuera del texto).

Con esto claro, se describen a continuación las características del contrato estatal:

A. Es bilateral:

Significa que se celebra entre dos partes o extremos y que las prestaciones son recíprocas. Se relaciona, obviamente con la autonomía de la voluntad propia de los negocios consensuales, con la diferencia de que el contrato estatal está regido de manera imperativa por disposiciones de derecho público que van más allá del mero consenso.

Un ejemplo de este carácter bilateral, se encuentra en el contrato de interventoría que describe el Consejo de Estado en Sentencia CE SIII E 24996 de 2013: "*Es un contrato bilateral, puesto que genera obligaciones mutuas o recíprocas entre la Entidad Estatal contratante y el contratista particular –persona natural o jurídica, singular o plural– que cumplirá atribuciones de consultor experto para coordinar, supervisar, controlar y en veces hasta dirigir la ejecución de uno o varios contratos por parte de un tercero*".

B. Es oneroso:

Implica que el precio del contrato debe estar estipulado con independencia del tipo de acuerdo del que se trate. Puede referirse a un servicio, a una obra, a una compraventa o a otro tipo de negocio, pero debe existir una estipulación con respecto al precio. Esta característica es muy importante en el contrato estatal porque dada la naturaleza pública del dinero mediante el cual el

Estado paga el precio acordado en los contratos que celebra, existe una restricción en cuanto a la manera de disponer del dinero que tiene como fin proteger el interés general o público, garantizando que el dinero sea destinado estrictamente al cumplimiento del objeto del contrato.

La onerosidad en un contrato bilateral como el estatal (y en particular el de obra) requiere que medie una contraprestación porque el precio es uno de sus elementos esenciales que en caso de faltar implica otro tipo de contrato, y porque uno de los extremos de este contrato es el Estado, que de acuerdo con la constitución (artículo 355) y con el Decreto 1402 de 1993, está imposibilitado para actuar en forma gratuita. De acuerdo con el artículo 1497 del Código Civil, un contrato es oneroso cuando ***"****cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".*

C. Es conmutativo:

El contrato es conmutativo cuando las prestaciones a cargo de cada uno de los extremos de la relación son determinables y están determinadas desde el momento de la celebración del negocio jurídico. En el caso del contrato estatal estas prestaciones se refieren a la cuantía, al provecho que puede derivarse del acuerdo, a las garantías y gravámenes ciertos que implique el vínculo, al registro presupuestal y en general, a los requisitos para formalizar el contrato:

Rodríguez R, 1994, citado por Rodríguez Tamayo (2015) considera que la formalización ocurre en tres etapas:

> Esas etapas son las de los actos preparatorios, los constitutivos y los confirmatorios [o actos de perfeccionamiento]. […] Entre los preparatorios se cuentan la autorización legal para contratar, los estudios de prefactibilidad, los conceptos jurídicos y técnicos que hagan posible la legalidad y conveniencia de la contratación, la elaboración del pliego de condiciones […]. Constitutivos son la adjudicación, la promesa de compra cuando hay lugar y la [redacción] del documento [del] contrato. De perfeccionamiento son el registro presupuestal del contrato celebrado y la aprobación de las garantías que debe prestar el contratista.

Acerca del perfeccionamiento, cabe agregar que de acuerdo con la ley 80 de 1993, *"los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito";* esto no excluye las cláusulas excepcionales al derecho común, mientras no sean ilegales, ni excedan del 50% del valor del contrato (multas, cláusula

penal pecuniaria, entre otras). Así, tanto los actos preparatorios, como los constitutivos y confirmatorios son imprescindibles en relación con el carácter conmutativo del contrato estatal porque se refieren a la determinación de las obligaciones entre las partes y porque esté rasgo se encuentra íntimamente ligado con la garantía del equilibrio de prestaciones contemplada en la ley. Nótese que esta garantía se deriva de un DERECHO de los contratistas que está vinculado al carácter conmutativo de las prestaciones porque supone que las partes previeron las circunstancias previsibles en el momento de la celebración del contrato y que el desequilibrio de la ecuación financiera ocurre por la alteración (inimputable a las partes) de lo pactado. Esta es la razón por la que las causales para que proceda la compensación por el rompimiento del equilibrio económico se refieren a hechos "ajenos" a las partes. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

> Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:
>
> a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -*ius variandi*-, sean éstas abusivas o no.
>
> b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.
>
> c) Factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.
>
> En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (Consejo de Estado, Sentencia Nº 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) de junio 28 de 2012)

De acuerdo con lo anterior, la obligación de compensar o indemnizar al contratista, surge como resultado de la aparición de un hecho que vulnera el **derecho** al equilibrio de la ecuación financiera del contrato establecido en la Ley 80. Se trata de una obligación para quienes contratan con el Estado que tiene su fundamento en el principio de igualdad contemplado en el artículo 209 de la C.N. y como se anotó antes, en el principio de la reciprocidad de prestaciones como criterio jurídico integrador, lo que de nuevo pone de presente que de acuerdo con las teorías que han sido descritas como fundamento teórico de este trabajo, los principios son criterios de optimización

(en palabras de Alexy), criterios para resolver problemas (Dworking, Zagrebelsky) o normas para la acción (para Atienzay Manero). Se trata de un aspecto profundamente ligado con el rasgo conmutativo del contrato estatal, que será profundizado al analizar la figura del equilibrio económico y que por su naturaleza, también se relaciona con el carácter oneroso del contrato, sin el cual sería imposible la pretensión de restablecimiento de la ecuación financiera.

D. Es solemne:

De acuerdo con (Beltrán, 2015), la solemnidad en el contrato estatal se refiere a una característica de obligatorio cumplimiento en la totalidad de los contratos estatales: alude al hecho de que son acuerdos que necesariamente deben constar por escrito luego de que se hayan realizado los trámites presupuestales que conforman el fondo del contrato. El documento escrito debe ser suscrito por el representante legal de la entidad pública, quien haga sus veces o quien sea delegatario de esta competencia, por lo que se debe verificar la competencia de quien suscribe el contrato en el momento de su celebración.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

> Recuérdese, por lo demás, que el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "…pues la solemnidad escrituraría hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas…". Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito ad substantiam actus, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman. (Consejo de Estado, Sentencia Nº 3001-23-31-000-1999-08483-01(16852) de septiembre 20 de 2007)

Aunque antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007 se distinguía entre contratos con y sin solemnidades plenas, luego de ser derogado el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 debe entenderse que el contrato estatal es esencialmente solemne, aun cuando existan excepciones en

las que el Estado pueda celebrar contratos en forma verbal para conjurar una circunstancia urgente. Esto significa que el contrato estatal puede celebrarse de acuerdo con las modalidades, condiciones, cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes para el desarrollo del objeto contractual, siempre que estas no estén en contra de la constitución, la ley o el orden público.

La existencia y la validez en relación con el equilibrio económico del contrato estatal:

La existencia:

Son requisitos de la existencia del contrato todos los que se requieren para que se de origen al negocio jurídico, para que subsista, genere un efecto y no degenere en un acto o acuerdo diferente. Sin estos elementos, el contrato no produce ningún efecto porque no ha nacido a la vida jurídica, no ha sido realizado mediante un acuerdo de voluntades, carece de objeto o de causa y en consecuencia es imposible de ejecutar porque no existe.

De acuerdo con lo anterior, los elementos de la existencia son:

1. **La Voluntad**:

De acuerdo con el Consejo de Estado, "*todos los acuerdos contractuales permitidos en el derecho privado pueden incorporarse en los contratos estatales, con una salvedad: siempre que la materia no se encuentre expresamente regulada en la Ley 80 de 1993 (Art. 13), y siempre que no contraríen la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de esa ley y los de la buena administración (art. 40)".* Estos acuerdos se refieren básicamente a la voluntad del contratista y del Estado para celebrar un negocio jurídico que tiene para el contratista una finalidad particularmente lucrativa y para el Estado, desarrollar los objetivos de la administración pública para cumplir, entre otros aspectos, con los fines esenciales del Estado.

En el caso del Estado, esta voluntad suele expresarse mediante un proceso licitatorio, concurso público, selección abreviada o a través de la contratación directa, en el caso del contratista la voluntad se manifiesta mediante la presentación de la oferta. Esta manifestación de voluntades,

como se vio al describir las características del contrato, debe hacerse de manera solemne, de acuerdo con las exigencias contempladas en el artículo 39 de la Ley 80.

Al respecto, (Fandiño, 2009) expresa que el consentimiento constituye la base del contrato estatal porque expresa la voluntad de la administración y del contratista de manera bilateral. Agrega que, al igual que en los contratos de derecho privado, la voluntad debe estar exenta de vicios; por lo que se aplican plenamente las teorías del derecho privado sobre el error, la fuerza, el dolo para referirse a la existencia y a la validez.

2. El Objeto:

Se refiere al fin que se persigue con el contrato, que se expresa mediante las prestaciones a las que se comprometen las partes; en el caso del Estado, se trata de la obligación de pagar el precio acordado, y en el caso del contratista, de acuerdo con el tipo de contrato, se refiere a desarrollar la tarea, obra, labor o actividad para la que fue contratado. El objeto también puede referirse al suministro de un bien o a la satisfacción de una necesidad. Debe ser cierto, posible determinable y por supuesto, lícito. Con respecto al objeto del contrato, la Corte Constitucional ha dicho en la Sentencia C – 300 de 2012 que:

> [E]l objeto del contrato estatal es un elemento de su esencia, de modo que cualquier variación, adición o complementación del objeto en realidad representa el establecimiento de un nuevo objeto y, por tanto, de un nuevo contrato estatal, lo que significa que las adiciones contractuales, si bien son posibles, no pueden versar sobre el objeto. Según esta posición, las adiciones y prórrogas únicamente pueden versar sobre el plazo y el precio del contrato. Adicionalmente, las adiciones que varíen el objeto, en tanto nuevos contratos, se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, no por las reglas del primer contrato.

(Fandiño, 2009) aclara que las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de contratos privados, pero sí de contratos de la administración; como ocurre por ejemplo, en el caso de un bien de dominio público que es objeto de un contrato de concesión.

3. La Causa:

Dada la naturaleza del contrato estatal, la causa que induce a contratar a cada extremo de la relación es diferente. Como se ha reiterado ya, para el contratista la razón que lo induce es el

lucro y para el Estado, su obligación de cumplir con los fines de la administración. En este aspecto, es importante destacar que aunque la motivación económica u intención de lucro del contratista difiere radicalmente del carácter fáctico circunstancial que motiva al Estado a contratar, la finalidad (que es diferente al objeto) del contrato se orienta por la causa estatal, en el sentido de que es esta la que determina la celebración del contrato, pues es el Estado el que motivado por el principio del interés general requiere y promueve la ocurrencia del vínculo con el particular para desarrollar sus fines esenciales (artículo 2º C.N.).

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

> [L]a causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual. (Consejo de Estado, Sentencia Nº 05001232600019940231801 (20615) del 29 de agosto de 2012).

Lo anterior supone que la prestación económica (precio) que recibe el contratista como pago por la actividad, servicio, obra o cualquiera que sea el objeto del contrato, se entiende como correlativo o equivalente a la contraprestación que recibe el Estado; lo que tiene relación directa con el carácter bilateral y conmutativo del contrato porque supone la reciprocidad del negocio jurídico. Es un aspecto que también se vincula con la idea del equilibrio económico del contrato, precisamente porque parte de la idea de que en la relación contractual Estado- Particular la parte "débil" es el contratista, por lo que es necesario mantener la equivalencia o proporción de las prestaciones, que exija al Estado que el valor que el contratista recibe en razón de los bienes, las obras o los servicios que proporciona corresponda a un precio justo. De este modo se modera del principio de la autonomía de la voluntad para regular la posición dominante del Estado, mantener

el equilibrio del contrato y garantizar los derechos del contratista. Esta es una de las razones que explica y demuestra que el equilibrio económico al que se refiere la Ley 80 en el artículo 5 esté consagrado como un derecho y no como equivocadamente se ha interpretado. Así la finalidad implícita en la causa del contrato estatal, se halla orientada y limitada a su vez por principios porque supone la búsqueda de los fines esenciales del estado (que son contemplados entre los principios constitucionales), como el "bienestar general" por ejemplo, pero exige que los derechos de los contratistas sean respetados y adopta medidas frente a su vulneración: en esto se fundamenta el equilibrio económico, en la necesidad de garantizar un derecho, y no de desarrollar un principio o de deliberar sobre este.

El carácter sinalagmático que se deriva del derecho francés, al que aluden muchas jurisprudencias del Consejo de Estado cuando tratan el tema de la causa y del equilibrio económico, se refiere precisamente a la reciprocidad entre las prestaciones, pero de acuerdo con la ley colombiana, este carácter del contrato no es un principio sino, como su nombre lo indica; una característica o propiedad que ha sido establecida por una regla (artículo 5 de la Ley 80) como un **derecho**, y que por lo mismo **faculta** (en términos deónticos) al contratista a exigir el restablecimiento de la ecuación financiera (que no es otra cosa que el equilibrio como derecho) con fundamento en el principio de **igualdad**. Infortunadamente, como se verá al analizar este aspecto, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria con respecto al tema, es confusa, imprecisa y poco uniforme; lo que denota problemas de técnica jurídica de origen diverso.

La validez:

Ahora bien, en cuanto a la validez del contrato se refiere, los requisitos se encuentran entre el derecho público y privado, ya sea porque se trata de aspectos que confluyen en la contratación estatal, porque existen normas incompletas o porque hay vacíos de interpretación que deben ser llenados acudiendo principalmente al régimen privado. Dado que el objeto de este trabajo no es aclarar las diferencias existentes entre uno u otro régimen, se adoptará para efectos prácticos la exposición que hace el Consejo de Estado sobre estos requisitos, de acuerdo con la Sentencia Nº 850012331000030901 (15324) del 29 de agosto de 2007:

> En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: i) la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos. ii) la observancia de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto; iv) la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y, iv) la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

1. La Capacidad:

Se refiere fundamentalmente a que los entes del Estado deben contratar de acuerdo con las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 siguiendo cierto parámetros y procedimientos, pero también incluye a los particulares como sujetos que deben ceñirse a las normas para contratar con el Estado. Por esta razón se aclaraba en líneas anteriores que los contratos estatales están determinados por ambos regímenes (privado y público), pues, por ejemplo en el caso de la capacidad, no basta con que las partes acuerden el contrato de manera consensual o que se haga siguiendo las solemnidades, sino que deben tenerse en cuenta los requisitos particulares sobre establecidos en la ley.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

> La capacidad legal o de ejercicio es la que interesa para el estudio del cargo, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico. La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapaces; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (Ley 27 de 1977), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; la capacidad de las personas jurídicas (art. 633 C.C.) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del principio de especialidad consagrado en la legislación mercantil (art. 99 C.Co.) En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) "[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes"; (ii) "[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"; y (iii) "[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más".

2. La observancia de los procedimientos:

De acuerdo con (Rodríguez, 2015), otro de los requisitos a satisfacer en relación con la validez, es el atinente al perfeccionamiento del contrato estatal. Así como la ley exige ciertos formalismos

para el perfeccionamiento de los contratos en el ámbito privado, también se exigen unos requisitos para la perfección del contrato estatal que se refieren a los actos preparatorios, constitutivos y confirmatorios que ya fueron mencionados al describir el carácter conmutativo del contrato estatal. Según la ley 80, los contratos se perfeccionan cuando se llegue a un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se consignen en escrito. Sin embargo, también existen los requisitos de ejecución del contrato; como la aprobación de las garantías, el registro presupuestal y en algunos casos la publicación (aunque este último no afecta la legalidad del contrato).

Para (Yong, 2012), la aprobación de las garantías tiene como fin asegurar a la administración en su calidad de contratante, el cumplimiento de las obligaciones del contratista derivadas de la celebración del contrato y de su liquidación; así como cubrir cualquier perjuicio derivado de algún tipo de responsabilidad extracontractual por hechos u omisiones de los contratistas o subcontratistas, además de otros riesgos a los que pueda estar expuesta la ejecución del contrato. Esta garantía debe renovarse antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones para la etapa siguiente. En este sentido, es obligación del contratista mantener siempre vigente la garantía durante la ejecución y liquidación del contrato.

En cuanto al requisito de la *disponibilidad presupuestal*, debe precisarse la expresión puntualizando que el artículo 20 del Decreto 568 de 1996 lo define como *registro presupuestal*, y se refiere a la operación que permite el perfeccionamiento del compromiso y su aprobación, garantizando que el presupuesto no será destinado o desviado hacia otro fin. Puede decirse, en este sentido, que es el *registro* el que permite *disponer* del presupuesto para desarrollar el objeto y cumplir el fin del contrato. Es el funcionario que controla la ejecución presupuestal quien acredita que la suma registrada está disponible para determinado contrato y que la partida en la cual fue asignada es suficiente para ejecutar el contrato en la vigencia fiscal del caso.

Con respecto a la observancia de los procedimientos, debe agregarse que la única razón en la que no es imperioso cumplir con sus requerimientos es en situaciones de urgencia manifiesta, a pesar de lo cual debe existir un registro de la autorización de la entidad para atender la urgencia.

3. La licitud del objeto:

Este requisito alude a que el objeto del contrato sea real, posible, lícito y determinable (o determinado) y debe referirse a bienes que se puedan negociar; es decir, a que la ley no prohíba su negociación o a que esta no vaya en contra de las buenas costumbres. Al respecto, es pertinente citar un concepto del Consejo de Estado sobre el objeto ilícito en relación con el principio de planeación contemplado en el artículo 209 de la C.N., acerca del cual fueron expuestas algunas posiciones relativas a la relación de las reglas con los principios y de unas y otros con la facticidad (el contrato en este caso):

Al respecto dice este cuerpo colegiado, en sentencia 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) del 24 de abril de 2013, que:

> De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado "deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (…) "La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (…) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (…) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva (…) Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos

Como puede verse la ilicitud a la que hace referencia el anterior fragmento se deduce de la relación de una regla con un principio que se hace evidente (sale de lo fáctico para ingresar en lo normativo) por la violación de la ley. El principio de planeación aquí, actúa como criterio orientador de la determinación de la ilicitud del acto, no porque sea desde allí desde donde se califica la conducta (porque esta está calificada en la ley), sino porque gracias al principio es posible deliberar sobre la ilicitud en relación con el ordenamiento jurídico y con la facticidad para determinar si la conducta es correcta o incorrecta de acuerdo con el carácter intrínseco de los

principios. Lo mismo debería ocurrir al ponderar o deliberar sobre el equilibrio económico, pues el criterio orientador es el principio de igualdad (art. 209) en relación con el derecho al restablecimiento de la ecuación contractual y no el mal llamado "principio del equilibrio económico", como equivocadamente se interpreta en el práctica jurídica y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. La licitud de la causa:

Si la causa es el motivo que origina el proceso contractual; el objetivo que se persigue al celebrar el vínculo, Este debe ser conforme a derecho y no atentar contra las buenas costumbres. En el contexto de la contratación estatal, está claro que la desviación de poder es el caso más común de la ilicitud de la causa, tal como lo refiere (Yong, 2012) cuando afirma que las autoridades contratantes deben ejercer sus competencias siguiendo únicamente los fines establecidos en la ley y sin abusar de su poder. La prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos legales del estatuto contractual, intenta establecer consecuencias jurídicas para los servidores que se desvíen del cumplimiento de los objetivos de la contratación o del deber de prestar un servicio eficiente y continúo que no favorezca sus intereses individuales o los de terceros.

5. Ausencia de vicios del consentimiento:

Un consentimiento libre de vicios es aquel que carece de error, fuerza o dolo. Como lo ha establecido la teoría clásica, el error consiste en una discrepancia entre el pensamiento y la realidad que puede ocurrir en el ámbito del derecho cuando está referido a una norma o en el de la facticidad cuando se refiere a una circunstancia de hecho específica. Al respecto, debe resaltarse que en el ámbito estatal, el error suele ser mitigado por los procedimientos administrativos relativos a la celebración, ejecución y liquidación del contrato, ya que como se anotó en párrafos anteriores, ni la simple bilateralidad o acuerdo de voluntades, ni el carácter conmutativo de las prestaciones son suficientes para regular el acuerdo entre el particular y el Estado.

De la fuerza se suele decir que es la presión o coacción física, psicológica o moral que se ejerce sobre alguien para lograr la celebración de un negocio jurídico y que debe ser suficientemente determinante para producir el efecto deseado. Con respecto al dolo, consiste en la conducta consciente y voluntaria que va en contra de la ley y que supone que al contratar, el funcionario o el particular tienen claro que su proceder se aparta de los principios y normas constitucionales y legales que rigen la contratación administrativa; esto con independencia de que se quiera o no favorecer a un tercero u obtener un provecho ilícito.

Citando la ley civil, el Consejo de Estado expresa lo siguiente con respecto a los vicios del consentimiento:

> De conformidad con el art. 1502 del Código Civil "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad…" es necesario, entre otras cosas "que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio". Determina así mismo el art. 1508 que los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo; o sea que a la luz de dicha codificación el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia y validez del acto jurídico y de ello depende que la manifestación de voluntad de cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes. Respecto al error en la naturaleza del acto encontramos el art. 1510 del Código Civil. Este precepto guarda total armonía con los artículos 768 y 1524 del mismo ordenamiento. La doctrina con acierto considera que el error, como vicio del consentimiento, "supone que el contrato se ha celebrado por efecto de una opinión contraria a la realidad, y que uno de los contratantes se ha equivocado respecto a un elemento de la operación". (Consejo de Estado, Sentencia 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347) del 10 de mayo de 2001).

Sintetizando lo anterior, debe decirse que para que un contrato sea conforme al ordenamiento jurídico y por lo mismo produzca el efecto buscado por el Estado y por el particular, debe contener los elementos y cumplir los requisitos y las formalidades previstos en las normas jurídicas. La existencia y la validez sólo pueden reputarse de un acuerdo en el que se verifiquen y articulen en forma adecuada y legal todos los elementos descritos en este apartado que sean pertinentes y conducentes para producir el negocio o acuerdo jurídico que se persigue y permita realizar la función social y los fines del Estado, además del interés particular del contratista.

El contrato de obra en el contexto de los principios y las reglas:

Para finalizar este capítulo y con el fin de enfocar el análisis en el tipo de contrato en el que más se manifiesta el problema sugerido en este trabajo, se realizará una breve descripción del contrato de obra en el contexto estatal que sirva como guía en el propósito de evidenciar las

conexiones de las teorías expuestas con las disposiciones constitucionales y legales y por supuesto, con la realidad.

De acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, el contrato de obra es el que celebra una entidad del Estado con fines de construcción, mantenimiento, instalación o realización de cualquier otra actividad material que recaiga sobre bienes inmuebles con independencia de su modo de ejecución o de la forma de pago. Escobar (1999) considera que en esta definición legal están presentes los siguientes elementos:

> "1. Que se celebre un contrato o acuerdo de voluntades regulador de obligaciones
> 2. Que en su celebración participe al menos una entidad estatal
> 3. Que su objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo material sobre inmuebles; y,
> 4. Que se convenga un pago"

Como puede verse, de estos elementos pueden inferirse varias de las características que fueron expuestas sobre el contrato estatal, aunque su tipología, de acuerdo con (Beltrán, 2015), comporte excepciones a la bilateralidad y a la voluntad de las partes en la relación contractual; como es el caso de la facultad estatal de imponer cláusulas exorbitantes, con independencia de que hayan sido pactadas, con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato y los fines legales y constitucionales que implica su ejecución.

Como acuerdo de voluntades, el contrato estatal de obra genera obligaciones para las partes, como negocio celebrado con o por una entidad estatal, significa que su carácter de estatal o público sólo depende de que al menos una de las partes sea una entidad del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 80. En cuanto al objeto, es claro que debe referirse a alguna o varias de las actividades descritas en el artículo 32, Nº 1 de la citada ley, y en lo que respecta al pago, se refiere por su puesto al carácter oneroso del contrato, que implica que el contratista sea remunerado por su trabajo y que además va unido al carácter conmutativo del contrato porque supone la equivalencia entre las prestaciones: de un lado, el interés y obligación del Estado de cumplir con sus fines y de otro lado, la expectativa de ganancia del contratista particular.

Este pago puede pactarse de las siguientes formas de acuerdo con la "Guía para los Procesos de Contratación de Obra Pública" expedida por el Gobierno Nacional:

- Precio global: el contratista obtiene como remuneración una suma fija y es el único responsable del cumplimiento del objeto, la vinculación de personal, la elaboración de subcontratos o la obtención de materiales. En el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurre el contratista para la ejecución de la obra y la Entidad Estatal no debe reconocer mayores cantidades de obra u obras adicionales necesarias no previstas que se encuentren dentro del objeto.

- Llave en mano: en esta modalidad, el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento. El precio corresponde a un valor previamente establecido que opera como remuneración por todas las gestiones que adelanta el contratista.

- Precios unitarios: las partes establecen el costo por unidad de cada uno de los conceptos que integran la obra a ejecutar o ítems de obra. Con base en este valor, las partes definen la estimación inicial de la obra, pero el valor real es el que corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas efectivamente por el precio de cada unidad de obra.

- Administración delegada: la Entidad Estatal delega la ejecución de la obra en el contratista en calidad de director técnico, quien la ejecuta por cuenta y riesgo de la misma Entidad Estatal. El contratista obtiene como remuneración los honorarios que se pactan por su gestión. El administrador delegado se encarga de ejecutar la obra y responde por su buen resultado pero es la Entidad Estatal quien asume los Riesgos derivados del contrato y la financiación de la obra. Los honorarios del contratista pueden pactarse en forma de porcentaje sobre el valor de la obra o como precio fijo.

- Rembolso de gastos: en esta modalidad el contratista asume los gastos de ejecución del contrato y la Entidad Estatal en forma periódica rembolsa dichos gastos y además reconoce al contratista los honorarios que se pactan por su gestión.

Si el contrato se pacta mediante precio unitario, reembolso de gastos o administración delegada, significa que el costo actúa como un criterio para estimar el presupuesto, que se determina al finalizar el contrato según el procedimiento que haya sido escogido en cada caso. Se suele estimar en ese criterio, una proporción destinada a imprevistos, administración y utilidades en un porcentaje del contrato.

El equilibrio económico del contrato ¿Un principio, una regla, un derecho?

El equilibrio económico del contrato se fundamenta en el artículo 5 de la ley 80 de 1993. Esta norma lo determina como un **derecho** del contratista que consiste en primer término, en la garantía que se le otorga para recibir la remuneración (precio) pactada en el contrato. La misma ley declara que la finalidad de esta remuneración consiste en la realización de los fines esenciales del Estado contemplados en el artículo 2. Sin ir más allá, estos dos artículos ya evidencian la conexión que se ha propuesto desde el principio de este trabajo: las reglas de derecho tienen su fundamento en principios como criterios orientadores del sistema jurídico, y en el caso de esta regla, el derecho otorgado se orienta directamente por el principio del interés general consagrado en el artículo primero de la C.N. y por los fines esenciales del Estado contemplados en el artículo 2, sin excluir los principios establecidos en el artículo 209 de la misma carta (igualdad).

Sin embargo, en el razonamiento anterior es necesario hacer una precisión que se deriva de la misma Ley 80; ya que en el artículo 27 de esta norma se establece la ecuación contractual como una regla de fin (que busca un efecto, al modo de Dworkin o que debe cumplirse o no, como lo sugiere Alexy), que como lo explican Atienza y Manero, se refiere a un estado de cosas que de acuerdo con el artículo mencionado consiste en **mantener** "*la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso*". Es como puede verse, una regla de fin y no una directriz porque no impone una finalidad, sino un "deber" de conservar la equivalencia entre derechos y obligaciones que es definida como *Ecuación Contractual.*

Inmediatamente después de referirse al estado de cosas (mantener la ecuación), el artículo 27 asigna un efecto jurídico al hecho de que se rompa el equilibrio o equivalencia de la ecuación contractual, que consiste en el deber reestablecerlo en el menor tiempo posible. Este efecto, como todas las reglas que son "todo o nada" o que simplemente "deben cumplirse" se describe mediante una proposición condicional en la que el consecuente es resultado de la ocurrencia del antecedente, así:

Si se rompe el equilibrio contractual, entonces las partes deberán reestablecerlo en el menor tiempo posible. Esto es: si $P \rightarrow Q$ en donde P equivale al rompimiento del equilibrio contractual y Q al deber de restablecer. La pregunta es: ¿por qué debe reestablecerse el equilibrio de la

ecuación contractual? La respuesta, desde la óptica de la estructura en la que se ha insistido desde el principio del presente trabajo es: porque es un **derecho** del contratista ¿y cuál es el criterio que me permite inferir esta conclusión?, de nuevo, la respuesta está en los principios descritos en la Constitución y por supuesto, en lo que ha determinado la Corte Constitucional como órgano encargado de la guarda y defensa de la supremacía de la Constitución, tal y como se establece en el artículo 4 como principio fundamental del acuerdo político que expresa la soberanía (artículo 3) del Estado colombiano.

Nótese que todas las respuestas a los interrogantes surgidos en torno a las razones que justifican la aplicación de la regla (Ley 80) y la defensa del derecho al restablecimiento de la ecuación financiera se refieren a principios, y que además todas trascienden las soluciones estrictamente normativas (que excluyen la deliberación porque consisten en disposiciones que deben cumplirse o no) para referirse a principios (que exigen la deliberación porque consisten en criterios de orientación o mandatos de optimización al modo de Alexy) que permitan la realización del sistema jurídico o de lo que en palabras de Rawls es el objeto básico de la justicia: la estructura de la sociedad. Es quizá por esto que a la Ley 80 es conocida como "ley de principios", pues en lugar de extenderse innecesariamente en la descripción y establecimiento de un sin fin de predicamentos relativos a la forma en que deben ejecutarse las conductas y los procedimientos, denota un esfuerzo por establecer de manera más o menos rigurosa, una serie de criterios orientadores para aplicar las reglas en armonía con el sistema jurídico y en consonancia con el modelo político.

Así pues, el componente político del sistema de reglas y principios que se infiere del derecho al restablecimiento de la ecuación económica, se asocia directamente con la idea de Estado Social de Derecho, y por supuesto, con el hecho político de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, tal y como fue explicado al principio de este trabajo. En cuanto a la ley 80 y a las normas sustantivas y adjetivas que están en consonancia con esta, debe decirse que estas se refieren a la validez del sistema. Por supuesto, tanto el modelo político que expresan los principios, como la validez del sistema normativo que expresan las normas, están orientados a la regulación y realización de los hechos, de la sociedad, de lo que Habermas denomina *facticidad*.

No se trata de una cuestión puramente teórica, sino de la conexión que pretende evidenciarse entre los elementos propuestos, mediante ejemplos tomados de la facticidad, por esta razón se ha insistido en este aspecto al desarrollar el carácter conmutativo del contrato estatal, porque se trata de un hecho celebrado por un particular y por la administración pública con un propósito real, que se origina como producto de las relaciones sociales (estatales); como es el de cumplir los fines esenciales del Estado y obtener un beneficio económico (oneroso). Este propósito es regulado por las normas (reglas de derecho público y privado relativas al contrato) mediante proposiciones legales (sustantivas y adjetivas) tendientes a hacer posible el negocio jurídico; tales como, el código civil, la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tan sólo por citar algunos ejemplos de cómo el hecho fáctico de celebrar un contrato entra inmediatamente en el ámbito jurídico al requerir de la validez que sólo las normas otorgan a las actividades de las personas y en este caso del Estado.

Ahora bien, el carácter conmutativo del contrato estatal va aparejado con el carácter oneroso, porque la prestación perseguida por el contratista es principalmente de lucro. El énfasis en este aspecto se justifica en que estas dos características (conmutatividad y onerosidad) expresan la intención contractual como prestaciones que buscan o persiguen las partes al momento de la celebración del contrato y en que es la equivalencia de estas prestaciones la que es objeto protección por parte de la ley. Esto evidencia la conexión del negocio jurídico como hecho con la regla (Ley 80), pero a su vez con el fundamento político de la constitución (fines esenciales del Estado, bienestar general). En este sentido, al referirse a los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales, la Corte no hace nada distinto a reconocer el vínculo entre lo político, lo jurídico y lo fáctico propio de cualquier sistema jurídico; este se articula y adquiere su sentido desde los principios porque son estos, como mandatos de optimización, los que permiten desagregar los valores constitucionales fundamentales para hacer posible el ejercicio de los derechos de los individuos en el marco del Estado y de la sociedad.

Así, cuando la ley dice que el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, lo que expresa es que el negocio jurídico denominado contrato estatal por su propia naturaleza, tiene una característica (la conmutatividad) que la ley reconoce y regula con el fin de que el acuerdo ocurra de manera justa (en equidad), pero no es suficiente

con que la ley lo describa y lo regule, sino que debe existir uno o varios criterios orientadores que permitan sopesar y establecer los casos en que los individuos tienen o no acceso a este derecho. Esto no es posible sin los principios, ya que la ley no puede describir todos los casos posibles en todas las circunstancias posibles, por lo que es necesario crear criterios que permitan desarrollar las descripciones legales; es decir, como lo sostienen Atienza y Manero, que exijan la deliberación por parte de quienes los aplican.

Entonces, si lo anterior es así, esto supone que el razonamiento correcto de donde puede inferirse un desequilibrio económico, es el que se refiera a la ruptura de la ecuación contractual porque este es un derecho del contratista y porque con base en el principio de igualdad, el bienestar general y los fines esenciales del Estado (además de los principios integradores) este individuo tiene derecho a que se le reestablezca el equilibrio del contrato. No se trata pues de que el equilibrio económico sea un principio, sino de que al exigir el restablecimiento de la ecuación contractual, el contratista ejerce un derecho legal en forma legítima porque se fundamenta en principios políticos que han sido desarrollados mediante reglas.

Así lo describe la Ley 80 de 1993:

> **Artículo 5º.-** *De los Derechos y Deberes de los Contratistas*. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:
>
> 1º. **Tendrán derecho a** recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
>
> **En consecuencia tendrán derecho**, previa solicitud, a que la administración les restablezca **el equilibrio de la ecuación económica del contrato** a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. **Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato**.
>
> **Artículo 27º.-** *De la Ecuación Contractual*. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.
>
> Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate**.**

La consecuencia de lo anterior en el ámbito jurídico-legal es que **la ruptura de la ecuación contractual** del contrato estatal da lugar a la obligación de reestablecer el equilibrio; (**Obligatorio restablecer en el caso de ruptura de la ecuación)** para lo cual ley determina una forma, que se refiere al procedimiento y a los plazos para que esta obligación se haga efectiva (artículo 4 de la Ley 80). Lo contrario puede dar lugar a la búsqueda de una indemnización que equivalga o corresponda al restablecimiento del derecho en el sentido de reparar al contratista por los perjuicios injustamente causados.

Las situaciones que afectan el equilibrio de la ecuación contractual se pueden sintetizar de la siguiente manera:

A. El Ius Variandi:

Se fundamenta en la facultad que tiene el Estado para modificar las condiciones en cierto tipo de contratos alterando su ecuación y agravando la ejecución para el contratista. Se justifican en la necesidad de garantizar la ejecución del contrato, ya se trate de una obra o de un servicio. Su efecto jurídico exige indemnizar al contratista por los perjuicios causados en razón de la alteración de las condiciones del contrato.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

> *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual***.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
>
> 1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.
>
> En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

En referencia a este artículo, es necesario evidenciar que se trata de una regla que no sólo describe una circunstancia derivada de una facultad del Estado, sino que la indemnización está vinculada el restablecimiento de la ecuación financiera; es decir, de lo que en la misma ley se establece y reconoce como un derecho. Tanto el derecho, como la obligación de restitución son o se derivan de una regla que tiene el carácter de mandato (excluye la deliberación) y que debe cumplirse del modo "todo o nada". No hay referencia legal a ningún principio, ni apartado o fragmento de donde se pueda inferir que el equilibrio económico del contrato consista en un principio. Como puede notarse en el artículo citado, para que se materialice el *Ius Variandi* es necesario que ocurra en ejercicio de lo que se denominan potestades o cláusulas excepcionales lo que implica que estas deben haber sido pactadas o autorizadas.

B. El hecho del príncipe:

Se refiere a una serie de actos o decisiones de la administración en el ejercicio legítimo de su actividad estatal, que alteran el normal desarrollo del contrato rompiendo con ello su ecuación y dando lugar a la obligación de restablecer el derecho que tiene el contratista al equilibrio de la relación. Aludiendo a las concepciones doctrinarias, el Consejo de Estado lo ha definido como un conjunto de "*medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste*".

Así, el requisito fundamental para que pueda configurarse este hecho es que los actos que alteran las condiciones económicas estén destinados a cumplir con los fines esenciales del Estado. En este sentido, se separa radicalmente del *Ius Variandi* porque no proviene de una facultad excepcional, sino de una facultad general del Estado, como es el cumplimiento de sus fines. En cuanto a sus efectos, exige que el contratista continúe ejecutando las labores, actividades u obras o prestando los servicios pactados a menos que las circunstancias le impongan la imposibilidad de cumplir con el contrato. Al respecto, (Yong, 2012) considera que las medidas generales adoptadas deben afectar de manera ostensible la ecuación contractual, de modo que se haga más gravoso el cumplimiento del contrato para el contratista. Agrega que el acto jurídico o material

que genere el daño debe ser súbito, anormal o extraordinario; es decir, imprevisible al momento de celebrar el contrato y no imputable al contratista.

C. La teoría de la imprevisión:

Georges Pequinot, (1945), citado por Rodríguez R. (2012) afirma al respecto que:

> Cuando circunstancias imprevistas al momento de la celebración del contrato generan un grave trastorno a su economía, y la gravedad de la alteración así provocada, sin hacer imposible la ejecución del contrato, la hace difícil y onerosa más allá de lo que las partes habían podido prever razonablemente, y cuando el déficit de la operación sobrepasa los límites del álea normal a la carga de todo contratista, adoptando un carácter anormal y excepcional, el contratista de la administración tiene el derecho a pedir a esta que venga en su ayuda, que comparta con él el álea extraordinaria y que le reconozca una indemnización calculada en función del déficit soportado y de todas las circunstancias del caso.

Las circunstancias referidas por Pequinot no hacen imposible la continuidad o la ejecución del contrato, pero si tornan más difícil su cumplimiento porque encarecen o aumentan las cargas de quienes contratan, por lo que se hace necesario restablecer el equilibrio de la ecuación contractual, haciendo la salvedad de que en este caso, este restablecimiento debe hacerse hasta el punto de no pérdida. Por lo general, aunque la doctrina no descarta que pueda darse en otro tipo de contratos, esta figura se refiera a los contratos de tracto sucesivo que estén en ejecución y exige que las circunstancias que alteran el acuerdo sean imprevistas o ajenas a las partes, además de transitorias.

Las disposiciones sobre la imprevisión se suponen irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles e inalienables porque se refieren a una actividad que tiene como fin la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de los fines del Estado; es por esto que se exige que el contrato se encuentre en ejecución so pena de incumplimiento. Al igual que en el caso anterior, se exige que la indemnización por las circunstancias imprevistas lleve por lo menos al punto de no pérdida.

D. Las dificultades materiales imprevistas:

Pueden definirse como situaciones que obligan a las partes a realizar actividades extras que alteran en exceso el plan de trabajo previsto en el momento de la celebración del contrato y que por ser indispensables para su ejecución, deben ser llevadas a cabo debido a circunstancias que no pudieron ser previstas en forma razonable con base en la experiencia o conocimiento que debe dárseles en condiciones normales. (Yong, 2012) las define como fenómenos naturales que a pesar de existir generalmente al momento de celebrar el negocio jurídico, no pudieron ser previstas por las partes e impidieron tomar correctivos.

Al igual que las demás circunstancias expuestas, generan la obligación de restablecer la ecuación contractual porque hacen más onerosa la ejecución del contrato. Para que se configuren, es necesario que se refieran a fenómenos de la naturaleza que sean concomitantes con la celebración del contrato además de sobrevinientes e imposibles de prever, sin que esto implique la imposibilidad de cumplir el contrato. De lo contrario se estaría ante un caso de fuerza mayor.

Aunque es posible encontrar diferentes clasificaciones de los casos o situaciones en los que se presenta el desequilibrio económico de la ecuación contractual, se ha preferido exponer hasta acá los más generales, además de una alternativa propuesta por Libardo Rodríguez por considerarla bastante clara y abarcadora. Para este autor no toda alteración de las condiciones previstas al contratar implica una ruptura de la ecuación contractual; por esta razón propone unas causales que serán sintetizadas a continuación:

- La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento:

Significa, según (Rodríguez R, 2012) que la circunstancia que altera el equilibrio de la ecuación contractual debe nacer como consecuencia de hechos ajenos a las partes u ocasionados por la parte que no se ha perjudicado. Es un presupuesto necesario basado en el principio de derecho de que “nadie puede alegar su propia culpa”, pues de lo contrario se estaría “premiando” la conducta negligente de la parte que da lugar a la alteración de las condiciones contractuales. Así lo expresa el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de septiembre de 2003:

> [E]s en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración. Sin embargo, el mantenimiento de esas condiciones de ejecución fijadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato.

Agrega Rodríguez R (2012) que pueden presentarse excepciones a esta condición, específicamente en los casos de la potestas variandi y la teoría del hecho del príncipe.

- La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato:

Consiste en que el hecho que origina la ruptura del equilibrio debe ocurrir después de la presentación de la propuesta o de la celebración del contrato y no anterior al proceso de configuración del negocio jurídico. Esta circunstancia debe ser prevista por las partes en el momento de celebrar el contrato; tal y como lo recuerda el Consejo de Estado al afirmar que *solo […] hay desequilibrio financiero en presencia de contratos conmutativos y de tracto sucesivo, cuando se alteren las condiciones económicas pactadas al momento de su celebración en perjuicio de una de las partes, cuando la alteración sea fruto de hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato y cuando estos hechos no sean imputables a quien alega el desequilibrio.*

- La alteración debe ser ocasionada por un ‘alea’ anormal:

Acá se preferirá el término ‘incertidumbre’ para referirse a lo que los doctrinantes y la jurisprudencia denominan ‘alea’, (se escribe sin tilde porque viene del latín y significa “suerte”) que se refiere a la incertidumbre normal que implica la celebración de un negocio jurídico. En este caso se trata como afirma (Rodríguez R, 2012), de una circunstancia que supere esta incertidumbre normal propia de los contratos sinalagmáticos, que se supone debe ser asumida por las partes. Lo que no ocurre con la incertidumbre anormal porque no es posible preverla dentro del contrato; significa un riesgo que priva a la parte afectada de las ganancias razonables que habría obtenido si el contrato se ejecuta en condiciones normales. Esta causal es muy común en

el caso del "hecho del príncipe", como fue reseñado en párrafos anteriores y como lo confirma el Consejo de Estado en fallo 15665 de febrero 04 de 2010:

> La doctrina coincide en que para aplicar la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un alea anormal o extraordinaria, esto es, "cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante", ya que "el álea "normal", determinante de perjuicios "comunes" u "ordinarios", aun tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato

- La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal:

Esto quiere decir que además de la incertidumbre o riesgo anormal descrito en el punto anterior, se requiere demostrar que el efecto de este riesgo ha alterado en forma grave el contrato elevando los costos de su ejecución. Esto implica probar el vínculo entre la realidad económica del contrato en el momento de la alteración y el costo que implicaría continuar su ejecución a partir de tal alteración por lo que es indispensable, de acuerdo con el Consejo de Estado, *que el contratista a fin de lograr un reconocimiento por la alteración de la ecuación económica del contrato, demuestre que el mayor valor de la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, de tal manera que lo podría llevar incluso a asumir pérdidas con la ejecución del contrato.*

De las causales propuestas por Libardo Rodríguez, hay una que resulta particularmente pertinente para el caso del presente trabajo porque alude al carácter conmutativo del contrato al que se hizo referencia anteriormente enfatizando en que, en los contratos cuya característica es la conmutatividad (también el hecho de ser de tracto sucesivo como los contratos de obra) es necesario que la alteración de la ecuación financiera ocurra por hechos **posteriores** a la celebración del contrato que no sean imputables a la parte que alega el desequilibrio. Este aspecto es fundamental en el contexto que se ha analizado porque para que un contrato sea conmutativo es imprescindible que las prestaciones que le otorgan tal carácter estén claras desde el momento de la celebración y esto es justamente lo que debe ocurrir en los contratos estatales (incluido el

de obra): para el Estado se trata de su obligación de cumplir con los fines esenciales establecidos en la constitución y para el contratista, de su expectativa de ganancia (lucro) legítima.

Lo anterior explica las razones por las que muchas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales conciben el contrato estatal como un todo complejo que reúne características de los ámbitos público y privado, cuya regulación no es simple debido precisamente a que algunos de sus rasgos han sido tomados del régimen del derecho civil o comercial y otros del derecho administrativo, lo que no significa que su regulación sea imposible ni absurda, sino simplemente que requiere una interpretación más cuidadosa y detallada que tenga en cuenta las particularidades de un vínculo que reúne aspectos diversos. En este sentido, el reconocimiento del carácter oneroso y conmutativo del contrato estatal que se evidencia en los textos legales y en las posiciones jurisprudenciales, denota que al regular este aspecto fueron tenidos en cuenta sus rasgos particulares, pero además se agregaron reglas específicas dirigidas a establecer la forma en que estas características deben manifestarse en el contexto del derecho público; es decir, a determinar los límites o alcances que los caracteres propios del derecho privado de los que goza el contrato estatal armonicen con los fines que persigue y exige la contratación pública.

Esto significa por supuesto, que los límites a la "caracteres privados" del contrato estatal muchas veces afectan el ejercicio de ciertos derechos que en el ámbito privado serían incuestionables, como el hecho de que en ciertas ocasiones las reparación sólo se exija hasta el punto de no pérdida y no se garantice la ganancia pactada en la forma en que supondría la conmutatividad o el carácter oneroso del contrato desde el punto de vista estrictamente privado. El contrato estatal es así, un fenómeno jurídico regido por reglas públicas y privadas, tal y como lo explica Yong (2012):

> Los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles que de acuerdo [con] la naturaleza del objeto a contratar se les puede aplicar; salvo en las materias especialmente reguladas en el estatuto contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993). De allí que desde el punto de vista de la normatividad aplicable, su sistema será mixto y por ende habrá algunos contratos en donde se aplique más derecho público que en otros, v.gr., en los contratos de concesión de obra pública se emplean más normas de derecho administrativo que en los de empréstitos, pues el primero contiene, así no se pacten, cláusulas excepcionales; al paso que el segundo no las permite.

El caso que se ha inferido de los artículos 5 y 27 de la ley 80 de 1993 para explicar la relación de la facticidad (la celebración de un contrato) con las reglas y los principios, ilustra precisamente

la relación expuesta en estos párrafos y confirmada por Yong: se regula una circunstancia fáctica como lo es el contrato estatal (que tiene características derivadas del contrato privado como la conmutatividad y onerosidad) mediante reglas de derecho público que tienen por objeto hacer posibles los fines (principio) esenciales del Estado sin excluir por ello los derechos de los particulares que de hecho se reconocen como lo hacen los artículos mencionados al referirse a la ecuación contractual garantizando (derecho) su equilibrio.

Debe resaltarse al respecto que, aunque el análisis que se hace aquí tiene como punto de partida una disposición legal (la Ley 80), no se agota en ella porque exige en forma casi inmediata la orientación constitucional dada por los principios y por otras reglas de derecho (como las privadas): todo ello referido al ámbito de un negocio jurídico (facticidad) celebrado por un particular y por el Estado. Esto significa que el objeto de los principios y las reglas es el hecho fáctico del contrato estatal como negocio que ocurre en el mundo y que, como se dijo antes, contiene una garantía legal que consiste en el reconocimiento normativo de un rasgo propio del contrato conmutativo que en caso de ser vulnerado origina una obligación para el Estado y un derecho para el contratista: se trata del restablecimiento de la ecuación del contrato contemplado en los artículos mencionados y que puede expresarse de la siguiente manera mediante operadores deónticos:

Sea Q = la ecuación contractual, E = el equilibrio como un derecho y R = el restablecimiento como una obligación:

Si $QE \rightarrow \neg OR$

O lo que es igual:

Si $\neg QE \rightarrow OR$

Lo que en síntesis significa que la obligación de restituir sólo aparece cuando se rompe el equilibrio de la ecuación contractual, donde el equilibrio es, como se ha insistido, un **derecho**.

¿De dónde se infiere entonces la obligación de restablecer?

¿Cuál es el criterio que hace exigible el derecho al restablecimiento de la ecuación contractual?

La respuesta sólo puede buscarse en el ámbito de los principios (de lo político), y estos criterios orientadores se encuentran en el acuerdo político fundamental originado en la Asamblea Nacional Constituyente y consagrado en la Constitución de 1991: se trata de la igualdad, del bienestar general y de los consagrados en el artículo 209, que son los que se refieren en específico a la función pública.

Como puede verse, la estructura representada por los operadores deónticos se aplica del modo "todo o nada" (falso o verdadero) porque es una representación lógica de una regla, para lo cual no se requiere ningún tipo de deliberación; tal y como lo afirman Atienza y Manero; mientras que al análisis de las razones por las que se hace correcto o incorrecto, procedente o improcedente el restablecimiento, van más allá porque implican una deliberación (un razonamiento político), una cuestión, si se quiere de legitimidad. Sin embargo, este razonamiento dista bastante de ser el modo de inferencia que puede deducirse de la jurisprudencia y la doctrina acerca del tema de la ecuación contractual, principalmente porque lo que en la ley aparece como un derecho es interpretado como un principio y porque las razones que muchas veces se usan para inferir una conclusión de las premisas legales, no se refieren a la conmutatividad u onerosidad como rasgos propios del hecho que les da origen y que es la materia de las reglas, sino que se infieren directamente de la ley asumiéndolas como un principio, y en ocasiones sin vincularlas o explicarlas desde los principios como criterios políticos orientadores del sistema jurídico. Para demostrar esto se analizarán varios fragmentos de jurisprudencias y posiciones doctrinarias en las que el equilibrio económico es tomado como un principio o es tratado en forma indistinta, denotando con ello que el rigor de la técnica jurídica mediante la que se analizan los casos sobre la ecuación contractual (ya sea en la jurisprudencia o en la doctrina) es cuestionable.

El primer ejemplo ha sido tomado del texto "El equilibrio económico de los contratos administrativos" de Libardo Rodríguez R. En esta obra el autor se refiere al equilibrio económico de manera indistinta. En ocasiones lo denomina principio, en ocasiones derecho y en otras lo denomina principio y derecho en el mismo párrafo, así:

"La relación intrínseca entre el **principio** del mantenimiento de la ecuación financiera en los contratos estatales y el carácter conmutativo de los mismos fue expresado por la jurisprudencia francesa desde principio del siglo XX…"

Como puede verse "lo denomina principio del mantenimiento de la ecuación financiera". En otro párrafo, dice lo siguiente:

"*No obstante lo anterior, como lo veremos detenidamente en relación con las particularidades de las diversas causales de ruptura del equilibrio económico, pueden presentarse excepciones a esta* ***condición****, específicamente en los casos de la potestas variandi…*"

En este caso no se refiere a la ecuación contractual (a la que llama ecuación financiera), sino al equilibrio económico, y no lo denomina ni principio, ni derecho", sino condición, como si se tratara de una circunstancia. Paradójicamente, el equilibrio o desequilibrio se parecen más a una circunstancia que a un principio: una circunstancia que da lugar a la exigibilidad del derecho, tal y como se ilustró mediante operadores deónticos.

Un nuevo párrafo vuelve a mostrar el equilibrio económico como un principio, como puede verse acá:

"*Frente al entendimiento tradicional en el sentido de que el equilibrio económico del contrato es un principio aplicable únicamente a favor del contratante de la administración, debemos recordar que desde la introducción hemos sostenido que este principio debe entenderse de forma amplia en el sentido de que benéfica a las dos partes de un contrato administrativo*"

En otros fragmentos de la misma obra el autor se refiere así a la misma circunstancia:

"*teniendo en cuenta que el* ***principio*** *del equilibrio económico de los contratos administrativos nació como un* ***derecho*** *exclusivo del contratante de la administración, las primeras justificaciones de su existencia, las cuales aún mantienen vigencia, se orientaron a demostrar la razón de ser de ese* ***derecho*** *del contratante particular*"

En este caso se refiere al principio como originado en un derecho cuando en la Ley 80 es un derecho y luego, más adelante (en el mismo capítulo del libro) vuelve a denominarlo derecho refiriéndolo a la Ley 80, así:

"*Al carácter conmutativo del contrato administrativo para justificar el reconocimiento del equilibrio del* ***derecho*** *de las partes, no simplemente del contratista, al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la doctrina ha añadido el elemento de la justicia contractual*"

Para terminar con este autor, vale agregar el siguiente fragmento en el que afirma contradictoriamente que ha sostenido una idea que no se deduce de su argumentación:

"*Si, como lo hemos venido sosteniendo en esta obra, el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo es uno de los derechos de los cocontratantes…*"

Así, se considera que puede deducirse de los fragmentos citados, este autor no ha sostenido de manera unívoca que el equilibrio económico sea un derecho, aunque esto pueda inferirse de una lectura cuidadosa de su texto que permita concluir que lo que realmente quiere decir es otra cosa. Por lo que se aprovecha este momento para advertir que este análisis no tiene por objeto desvirtuar las teorías jurisprudenciales o doctrinarias en las que se califica en forma indiscriminada y diversa el hecho del equilibrio o desequilibrio económico como principio o derecho; su propósito es estrictamente el de ilustrar que hay una carencia de rigor en el análisis que se hace de la figura y que tal vez esta carencia de rigor impide que exista un criterio doctrinal o jurisprudencial uniforme (o al menos consecuente) para interpretar los casos concretos. Si el problema que ha orientado el trabajo consiste en determinar en qué medida la incorrecta interpretación del derecho como un fenómeno complejo (político, jurídico, normativo) impide, entorpece o dificulta la solución de los problemas propios de la ejecución de las normas, es claro que el anterior análisis, así como los siguientes tiene la pretensión de evidenciar esta coyuntura. La forma en que esta carencia influye o no en la determinación de los casos y en la "administración de justicia" es un asunto que se abordará en el último capítulo, al analizar

decisiones particulares (sobre todo en contratos de obra) referidas a la celebración incompleta del contrato estatal.

Los siguientes fragmentos son tomados del texto de Jorge Eliecer Fandiño Gallo denominado "*Régimen jurídico de la contratación estatal*":

En este primer fragmento, que se encuentra en el acápite de los principios en la página 126 del libro, el autor se refiere así a la ecuación contractual:

"Principio de la ecuación contractual

También denominado del equilibrio económico financiero del contrato, consiste en que en los contratos que celebre el Estado se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento"

Lo primero que debe analizarse sobre este fragmento, aparte de que es la transcripción literal y sin cita del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, es que el autor lo denomina principio a pesar de que es claro que se trata de una regla que incluye un mandato: "*se mantendrá*" (tal y como lo describen Atienza y Manero, por ejemplo). Como se analizó al comienzo de este capítulo, el artículo 27, de donde al parecer es tomado literalmente este fragmento, contiene una regla de fin porque establece un deber o exigencia de lograr un estado de cosas que en este caso es "mantener el equilibrio", además de asignar una obligación para las partes de manera condicional, consistente en restablecer el equilibrio de la ecuación contractual. Este razonamiento también fue graficado con ayuda de los operadores deónticos para ilustrar que se trata de una norma y que su modo de aplicación no corresponde al de un principio porque excluye la deliberación, mientras que sopesar una circunstancia si exige deliberar sobre una o más variables en el contexto de una circunstancia (la celebración del contrato) para determinar cuál es el principio a aplicar, que en este caso es el de igualdad y el del interés general, tan sólo por citar los que se infieren directamente de la constitución.

En otra obra denominada "*Los contratos estatales en Colombia*", escrita por Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, se afirma lo siguiente:

"*La Ley 80 de 1993, contiene en todo el Estatuto como **principio** general mantener el equilibrio económico y financiero del contrato. Así, los artículos 27, 28, 25, numerales 13 y 14; 14, inciso primero, numeral 1; 4 numerales 3 y 8, 9; 5 numeral 1 y el inciso segundo del numeral 3, consagran disposiciones al respecto; **la regla** se aplica para conservar las condiciones existentes al proponer o al contratar, según el caso*"

Si se revisan los artículos citados por este autor, ninguno de ellos se refiere al principio del equilibrio económico: lo más cercano a este es lo establecido en el artículo 28, pero se trata de un criterio de interpretación, no de celebración, ni de constitución del negocio jurídico. Como criterio de interpretación, es claro que se aplica con posterioridad, para valorar las circunstancias en las que fue celebrado el negocio, que es bien diferente de la forma en que lo establece el artículo 27, ya que se refiere al equilibrio de la ecuación contractual como un derecho sustantivo de las partes. Los numerales 13 y 14 del artículo 25 son directrices porque imponen a los funcionarios y autoridades un deber de hacer algo o lograr algo. El artículo 4 describe los derechos y deberes de las entidades estatales por lo que resulta irracional inferir principios de derechos.

Es evidente, al analizar lo expuesto en este fragmento, que no es posible inferir del texto de la ley que el equilibrio económico y financiero sea un principio de todo el estatuto contractual, en primera medida porque ya se ha demostrado en forma reiterada que se trata de un derecho (como lo establece el artículo 5), en segunda medida, porque los principios de la Ley 80 son expresos y aunque es posible inferir derechos de disposiciones sin que estos se hallen explícitos, no es claro de qué apartado o artículo de los citados por este autor se puede concluir que el equilibrio económico es un principio que contiene todo el estatuto. Adicionalmente, es llamativo que en el mismo párrafo el autor se refiera a lo que ya ha denominado principio como una "*regla para conservar las condiciones existentes al proponer o al contratar*" y desconozca el hecho obvio del artículo 5 que dice "*En consecuencia tendrán **derecho**, previa solicitud, a que la*

administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato". Al igual que en los fragmentos de los anteriores autores, esto denota imprecisión y falta de rigor, además de evidenciar de nuevo que el problema jurídico planteado en el presente trabajo es pertinente, actual y exige sopesar el efecto que tienen las malas prácticas jurídico-administrativas en la contratación estatal y en consecuencia, en el desarrollo y cumplimiento de los fines del Estado.

En sentido contrario, Samuel Yong Serrano, es uno de los autores que se aparta de la concepción del equilibrio económico como principio, incorporando además a su obra "*La contratación estatal en el contexto de la nueva legislación*", los principios generales del derecho y los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales que fueron referidos en este trabajo al exponer la posición de la Corte Constitucional en la Sentencia C – 892 de 2001.

Finalmente, José Luís Benavides, autor de "*El contrato estatal*", observa una posición interesante porque reconoce las dificultades y la falta de rigor de los textos, precisando además algunas contradicciones de la Ley 80; sin embargo, también utiliza (aunque quizá nominalmente) la noción de principio para referirse a la ecuación contractual descrita en el artículo 27, así:

"*El artículo 27 de la ley enuncia el principio de la ecuación contractual, según la noción francesa de De Soto sobre el equilibrio financiero del contrato, que analizamos con anterioridad. La conservación de las condiciones inicialmente establecidas por las partes constituye, en consecuencia, el principio de la responsabilidad derivado de esta noción. La dificultad aparece sin embargo cuando se analizan otros artículos de la Ley, incompatibles con esta concepción*"

Luego, sin embargo, lo considera un derecho:

"*la conservación del equilibrio inicial sería también contraria al* ***derecho*** *de los contratistas "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida […]", lo que puede ser superior o inferior a la ecuación financiera inicial, según el caso*"

Y finalmente, manifiesta la falta de rigor en los textos, así:

"*Sin lugar a dudas, el rigor jurídico del legislador no es irreprochable y el trabajo del intérprete es complejo. La jurisprudencia ha deducido del análisis de los textos un principio según el cual la administración contratante es responsable de todos los perjuicios soportados por el contratista, derivados de cualquier modificación de las condiciones de ejecución del contrato que no sean la consecuencia de una culpa del contratista. Sin embargo, no es claro cómo esta responsabilidad extendida de la administración puede encontrar su fundamento en la Ley 80*"

Como ya se anotó, este autor evidencia algunas de las imprecisiones que se han querido mostrar con el presente análisis, y en este párrafo en particular, expresa una circunstancia que quizá tenga su explicación en el hecho ya reseñado de que el derecho al equilibrio de la ecuación financiera sea interpretado como un principio, se refiere al hecho de que afirme que no es claro de dónde pueda inferirse la "*responsabilidad extendida del legislador*" en la Ley 80. La hipótesis que se ha sugerido acá y que se intentará asociar con el hecho de la celebración incompleta del contrato, es que parte de esto puede encontrar explicación en el hecho de que la ecuación contractual consista en un derecho, ya que de esta manera el incumplimiento se deriva directamente de la aplicación de una regla (al modo "todo o nada"), sin exigir la deliberación propia de los principios, lo que tiene como consecuencia lógica la condena al Estado y la obligación de indemnizar o compensar al contratista. Desde el momento mismo de su nacimiento, el contrato estatal lleva consigo el germen de la indemnización o compensación, y esto ocurre fundamentalmente por un problema de técnica jurídica, carencia de rigor y por su puesto de la moralidad administrativa suficiente para abstenerse de llevar a cabo negocios jurídicos que en el largo plazo perjudican al Estado.

A continuación se presentarán algunos fragmentos de jurisprudencias en los que se evidencia la misma concepción del equilibrio económico como principio, sin excluir las inconsistencias asociadas con esta concepción en relación con las reglas y con los rasgos propios del contrato estatal.

"Sentencia 14855 de 1999

De La Ecuación Financiera Del Contrato:

Frente a la figura del restablecimiento del ***equilibrio financiero del contrato estatal o principio de la ecuación financiera del contrato****, la Sala considera:*

El Estado con el fin de cumplir los fines esenciales consagrados en la Constitución y la ley, acude a la contratación con los particulares, ante la imposibilidad de asumir por sí mismo la ejecución de las tareas necesarias para lograr su cometido. El particular se compromete con la consecución de tales fines, movido por el ánimo no sólo de colaboración sino especialmente para reportar un provecho económico en su favor. Este tema indudablemente tiene incidencia en la política de modernización del estado o de apertura económica porque, sin lugar a dudas, todas las normas que prevén actualmente el manejo económico del contrato estatal, bien pueden hacer más llamativa la vocación a contratar con las entidades de derecho público colombiano"

Un examen del anterior fragmento permite advertir varias inconsistencias: la primera es que trata indistintamente los términos "**equilibrio financiero del contrato estatal**" y "**principio de la ecuación financiera del contrato**". Al respecto, debe decirse (como se evidenció en su momento) que la ecuación contractual es una característica derivada del carácter conmutativo de contrato estatal, que se diferencia del ámbito privado en que la Ley 80 regula la conmutatividad del contrato estatal de manera particular. Debe recordarse además, que de acuerdo con el artículo 27 y en relación con las teorías sobre los principios y las reglas desarrolladas en el segundo capítulo de este trabajo, la ecuación contractual es en principio una regla de fin porque impone un deber de lograr un estado de cosas que es "mantener el equilibrio" y porque esta regla debe aplicarse al modo de "todo o nada" como lo sugiere Dworkin, excluyendo la deliberación. Adicionalmente, debe decirse que al explicar el fin que persigue cada una de las partes en el contrato no explica lo que en el mismo fragmento se denomina principio, sino que está describiendo el carácter conmutativo del contrato. Es esta conmutatividad la que da fundamento al derecho de que el equilibrio sea restablecido, y lo que permite deliberar acerca de la relación de esta conmutatividad con el derecho consagrado en la ley y con el caso particular es el principio de igualdad, de interés general y los principios integradores del régimen de la contratación estatal: todos ellos, de rango constitucional.

"Fallo 14577 de 2003 del Consejo de Estado

Es necesario precisar la significación y alcance del ***principio del equilibrio financiero en el contrato estatal****, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto. El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera". Es solamente la relación aproximada, el "equivalente honrado", según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; "como un cálculo", al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.*

Tema de indispensable pronunciamiento en el caso examinado es el concerniente al ***principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato****, cuya preservación a través de la ejecución de aquél, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado. Sabido es que* ***desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo****. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista la obtención de un provecho económico. Se establece entonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual.*

[…]

Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el cocontratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida.

[…]

Debe, entonces, darse aplicación al principio del mantenimiento del equilibrio económico - financiero del contrato, admitido jurisprudencialmente por la Corporación, en tanto el

contratista tiene derecho a que la administración "reconozca y subsane todas aquellas condiciones y aleas del contrato que atenten contra el resultado beneficioso buscado como contraprestación a los trabajos", principio plasmado hoy en la Ley 80 de 1993 como uno de los derechos fundamentales del contratista y como un deber de la administración para con éste".

En este fallo de 2003 se pueden analizar varios aspectos: el primero es que en forma similar a la anterior decisión (que es de 1999), confunde la ecuación financiera con el equilibrio económico. Es claro que el equilibrio económico es el derecho que tienen las partes a que la ecuación se mantenga en las condiciones en las que comenzó desde la celebración del contrato y las condiciones que deben mantenerse son las que se refieren a la ecuación financiera. Estas condiciones no son otra cosa que el carácter conmutativo del contrato en el contexto especial de la Ley 80.

Seguidamente, en el mismo párrafo dice lo siguiente: "*Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato".* En este punto la sentencia acierta en reconocer que el balance (refiriéndose a la ecuación contractual) debe ser restablecido porque ha sido roto, pero falla de nuevo al inferir el carácter equitativo o "justo" del restablecimiento del hecho de que "*había sido un elemento determinante del contrato*" porque este, como se vio, es un derecho de las partes y no un elemento determinante del contrato. Es una garantía o facultad reconocida en una regla de derecho que no depende de que los contratantes la reconozcan, la pacten o no, sino que ha sido otorgado por la ley (artículo 5 de la Ley 80). De nuevo se observa imprecisión y falta de rigor (que no se confunda con falta de estructura) en la argumentación del Consejo de Estado.

Luego, en el siguiente párrafo de la misma providencia, vuelve a considerarse el equilibrio económico como principio y a tratarlo de manera indistinta con respecto a la ecuación económica como si se tratara de un mismo asunto. Inmediatamente se insiste en la idea de la conmutatividad como si esta explicara lo que en la providencia se denomina principio.

En el siguiente párrafo vuelve a confundir el equilibrio económico con un principio y asocia la legitimidad del ejercicio del "derecho" a la ocurrencia de una situación imprevista, cuando la ley dice que el derecho a que la ecuación sea restablecida (derecho al equilibrio) se deriva del

derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, en el sentido de que si no se cumple con esta, automáticamente aparece la obligación de restablecer el equilibrio, tal y como se graficó mediante operadores deónticos en la primera parte de este capítulo.

Finalmente, en el último párrafo transcrito de esta sentencia, afirma que el equilibrio económico es un principio que la Ley 80 ha plasmado como derecho fundamental del contratista y como un deber de la administración, cuando tanto el derecho al equilibrio, como el deber de mantenerlo y la obligación de restablecimiento es de ambas partes.

Es claro entonces que se mantiene el patrón de falta de rigor jurídico y que la posición jurisprudencial no es unívoca, ni coherente con respecto a los elementos analizados, ni a la forma en la que deben articularse en forma correcta. Ejemplo de ello es la siguiente sentencia:

"Sentencia 15400 de 2010

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera.

Es solamente la relación aproximada, el 'equivalente honrado', según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; 'como un cálculo', al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato."

En esta sentencia de 2010 las expresiones "ecuación financiera" y "equilibrio financiero" se tratan en forma confusa y la expresión 'el equivalente honrado' que se describe en el siguiente párrafo parece referirse al carácter conmutativo del contrato. Este se toma como una justificación de la ecuación contractual, al punto que se argumenta lo mismo que ya fue argumentado en otra

providencia: que el restablecimiento se legitima en la ruptura del carácter conmutativo del contrato, lo que no es preciso porque el restablecimiento es una obligación que se deriva de la vulneración del derecho al equilibrio (este es el análisis normativo), como lo dice el artículo 5 y la conmutatividad es un rasgo del hecho fáctico del contrato que sirve para aplicar el principio (de igualdad, de interés general, de equivalencia de las condiciones…)

"Sentencia 18080 de 2011

En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato."

Esta sentencia del Consejo de Estado se refiere a la ecuación contractual como principio e incurre en el mismo error de otras, que es tratar las expresiones de manera indiscriminada; lo que denota falta de cuidado y por supuesto, de rigor. Se refiere al "principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato" como una o la misma cosa. Se insiste en que la ecuación contractual es una disposición normativa (regla) que impone un fin (mantener el equilibrio) y una obligación (restablecer el equilibrio). Toda ella (la ecuación) tiene su base en el derecho al equilibrio contractual que tiene su fundamento en el carácter conmutativo del contrato y por supuesto en la ley que es la que le da el rango de derecho.

"Sentencia 48947 de 2015

2. El principio del equilibrio económico del contrato.

El principio del equilibrio económico del contrato previsto en el inciso 1º del artículo 27 de la ley 80 de 1993, hace que en los contratos estatales se predique una conmutatividad especialísima que difiere de aquella predicable a los contratos celebrados por privados, pues impone a las partes contratantes la obligación de mantener las condiciones de igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables a la persona afectada, la parte culpable deberá restablecerla.

A su vez el deber de restablecimiento de la ecuación económica o financiera del contrato se encuentra igualmente desarrollado en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993.

'Así el principio al que se hace alusión se erige como una institución por medio de la cual no sólo se busca proteger el interés individual de las partes contratantes manteniendo las condiciones pactadas al momento de proponer o contratar sino que también busca proteger el interés general estableciendo diversos mecanismos mediante los cuales se mantenga una estabilidad financiera del contrato que permita el debido cumplimiento del objeto contractual'"

Lo primero que debe analizarse en esta sentencia es que, al igual que las anteriores, también concibe el equilibrio económico como un principio y no como un derecho, que es como lo establece la Ley 80 en el artículo 5. Afirma además que este "principio" impone a las partes una obligación, que es la de "mantener las condiciones del contrato", olvidando que el restablecimiento es una obligación que surge del rompimiento del equilibrio de la ecuación contractual porque esto afecta un derecho de las partes.

Como se vio al presentar las diferentes teorías sobre las reglas y principios, estos últimos no imponen nada del modo en que lo hacen las reglas, actúan únicamente como criterios orientadores, carecen de supuestos de hecho y por lo tanto no se interpretan en sí mismos, sino que sirven para interpretar las reglas; no implican resultados y orientan las decisiones sin definir su contenido. Todas estas características son tomadas del análisis de las teorías presentadas en el segundo capítulo y todas evidencian que la interpretación que se hace en esta sentencia, así como en otras, es equívoca. La conmutatividad no se deriva de lo que el magistrado interpreta como principio del equilibrio económico, sino que es una característica propia del contrato estatal que viene del derecho privado, pero que es regulada por una norma de carácter público, y como ya se advirtió, esta confluencia de lo privado y lo público en el contrato estatal es lo que hace que se trate de un acuerdo particular, que goza de una regulación especial, pero esto no significa que el rasgo conmutativo del contrato provenga del mal llamado principio del equilibrio económico.

El equilibrio es algo propio del contrato conmutativo, una característica de la naturaleza de este tipo de contrato que se refiere a la equivalencia de las prestaciones y que por tanto remite a

nociones como la igualdad y equidad. En este sentido, las partes tienen derecho al equilibrio porque este está fundado en el principio de igualdad y no porque su derecho les venga dado por lo que se ha querido llamar principio del equilibrio. Hay un enunciado normativo (una regla, no un principio) que dice que al ocurrir un hecho fáctico que afecta la ecuación contractual se debe restablecer. Este enunciado establece una consecuencia jurídica, expresada como obligación de la vulneración de un derecho y el criterio que permite establecer si es correcto o no (justo o no) el restablecimiento es el principio de igualdad (o equidad) contemplado en la constitución y en la ley como criterio de interpretación.

La misma sentencia remite al principio constitucional del interés general denotando con ello que el fundamento de este carácter conmutativo y del equilibrio como derecho va más allá de la propia ley y obedece a un criterio político. El deber de mantener las prestaciones se deriva de una regla de fin (como lo explican Atienza y Manero) porque impone la realización de un objetivo (fin), que en este caso es el mantenimiento de las condiciones de igualdad (del modo "todo o nada" como lo propone Dworkin). Es la regla la que regula la aplicación y el desarrollo de los derechos y no al revés.

Por lo anterior, es claro que la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia no ofrece un criterio sólido, adecuado ni técnicamente correcto para considerar, ni resolver los conflictos derivados de las circunstancias fácticas en que se celebran los contratos estatales (en particular los de obra), no solo porque sus análisis son equivocados, sino porque como ya se anotó la coyuntura en la que son celebrados los contratos públicos de obra lleva consigo el germen de la condena contra el estado y el efecto de indemnización o compensación. Esta circunstancia es conocida por los contratistas y por los operadores jurídicos de la contratación (y con seguridad, por quienes como magistrados, estudian y fallan los casos), pero no se toma ninguna medida para remediarla, ni en el ámbito de la celebración del contrato, ni en el legislativo, ni en el ejecutivo que como ente administrativo debería resolver el problema, favoreciendo con ella que una circunstancia irregular se siga prestando como ha ocurrido hasta ahora (y durante años). Esto por supuesto no excusa al Consejo de Estado por su falta de rigor y técnica jurídica al analizar los casos de celebración incompleta del contrato estatal, aunque explique las razones por las que ocurre tal fenómeno; se trata precisamente de lo que se ha querido evidenciar con el planteamiento y desarrollo del problema jurídico planteado en este trabajo.

La celebración incompleta del contrato estatal como circunstancia generadora de desequilibrio:

Se ha dicho hasta acá que el carácter conmutativo del contrato implica que las prestaciones de cada uno de los extremos de la relación sean determinables y estén determinadas desde el momento de la celebración del negocio jurídico, y además, que en el caso del contrato estatal estas prestaciones se refieren a la cuantía, al provecho que puede derivarse del acuerdo, a las garantías y gravámenes ciertos relacionados con el vínculo, al registro presupuestal y en general, a los actos requeridos para formalizar el contrato: esto es, a los actos preparatorios, los constitutivos y los confirmatorios o de perfeccionamiento. Se ha insistido en que todos estos actos son imprescindibles en relación con el carácter conmutativo del contrato estatal porque se refieren a la determinación de las obligaciones entre las partes y porque de no realizarse o cumplirse pueden alterar las condiciones (y en consecuencia las prestaciones) del contrato.

La anterior es una de las razones más recurrentes para que la parte afectada por la alteración del carácter conmutativo del contrato, encuentre motivos para alegar el desequilibrio de la ecuación contractual invocando el mal llamado principio del equilibrio económico del contrato, cuando lo que debería alegarse, como ya se ha desarrollado, es que la ecuación contractual se rompe por la alteración del carácter conmutativo del contrato atribuible a alguna de las partes, con fundamento en principios como la igualdad, el interés general, la planeación, la selección objetiva o la transparencia, entre otros, y que una vez roto el equilibrio de las prestaciones, su restablecimiento se hace obligatorio porque se trata de un **derecho** de las partes que va unido a una doble obligación; como es la de abstenerse de dar lugar a o evitar circunstancias que favorezcan el desequilibrio y restablecerlo cuando sea roto.

De este valor deóntico (facultad) asignado por la Ley 80 al equilibrio (artículo 5) se infiere la consecuencia lógica del restablecimiento, ya que tanto en la ley, como en el carácter conmutativo del contrato se suponen contenidos los requerimiento mínimos para su ejecución. Sin embargo, en las prácticas contractuales públicas ocurren circunstancias que atentan contra el equilibrio de la ecuación del contrato incluso antes de su perfeccionamiento o nacimiento a la vida jurídica; las cuales pueden referirse por su puesto a los actos preparatorios, constitutivos o confirmatorios. Dado que el equilibrio es un derecho y que comporta la obligación de restitución, la consecuencia

jurídica más común que se desprende de lo anterior es la de la indemnización o compensación, y por lo general, como se ha mostrado hasta acá en parte y como se verá en este apartado mediante algunos ejemplos y argumentos, quien resulta obligado a indemnizar o es condenado a ello, es el Estado.

La idea básica es que la ruptura del equilibrio económico del contrato se produce por la ocurrencia de un hecho que da lugar a la aplicación de los supuestos normativos contemplados en la ley y su consecuencia es la obligación de indemnizar o compensar. Sin embargo, lo que ha querido mostrarse mediante esta exposición del Estado de Derecho como sistema normativo complejo, estructurado mediante principios y reglas, es que las consecuencias normativas no se producen únicamente por la ocurrencia de los factores contemplados en la ley, sino que hay circunstancias que propician la aparición de las consecuencias normativas incluso antes de la ejecución del contrato; que van más allá de lo normativo y que pueden referirse, como se dijo en el párrafo anterior, a los actos preparatorios, constitutivos y confirmatorios. La razón por la que estas circunstancias se constituyen en generadoras de indemnización o compensación no es la ruptura del principio del equilibrio económico del contrato (como ha sido denominado de manera reiterada) sino el hecho de que propicien la aparición de los elementos fácticos que dan lugar a la exigencia del derecho a que sea restablecido el equilibrio o en su defecto, a ser indemnizado o compensado; ya que estas están dadas incluso desde antes del perfeccionamiento del contrato. Así, el criterio de indemnización o compensación, no se deriva de la violación de un principio que se supone fundamenta y orienta la aplicación de los supuestos legales (el mal llamado principio del equilibrio económico), sino de un hecho permitido por las partes que da lugar a la exigencia de la reparación de un derecho con base en los principios (como igualdad y planeación, entro otros) en que se fundamenta la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato.

Aunque las circunstancias permitidas, toleradas o favorecidas por la o las partes del contrato, son diversas, acá se estudiarán sólo las más recurrentes o comunes, prefiriendo las relacionadas con el contrato de obra pública por considerar que es en el contexto de esta realidad socio-jurídica en donde se presenta con mayor frecuencia el problema sugerido. La primera de ellas es la falta de planeación, especialmente en la etapa 'precontractual' existe mucha improvisación, falta de cuidado, negligencia administrativa, acompañada con frecuencia de una "complicidad" del

contratista que prefiere callar ante las falencias que percibe o hacer como si no existieran, con tal de que el contrato le sea adjudicado. Esto se traduce por ejemplo, en la falta de estudios previos que contemplen todas las condiciones técnicas, financieras y económicas del bien o servicio que se pretende adquirir para adjudicar el contrato o para ejecutarlo una vez adjudicado. Al respecto, la Ley 80 es clara, al referirse por ejemplo a los principios de selección objetiva y economía, en que todas las acciones de la administración y sus funcionarios deben estar encaminadas a optimizar los procesos de selección y adjudicación de los contratos, ya que con ellas se busca, entre otros aspectos, el desarrollo y cumplimiento de los fines esenciales del Estado y del interés general, que como es claro se refieren a los principios constitucionales fundamentales.

Un proceso de selección que resulte más oneroso para el Estado, no sólo aumenta los costos sino que interfiere en la realización de la función administrativa haciéndola poco eficiente. Gorbaneff (2003) considera que el costo de negociación se incrementa debido al sin número de contingencias que las partes deben prever por lo que estas prefieren celebrar el contrato de manera incompleta (dejando de prever cosas que pueden ser previstas) reduciendo así los costos de transacción *ex ante*. Sin embargo, esto tiene el efecto perverso de exponer a la administración al oportunismo del contratista corriendo el peligro de aumentar los costos ex post; por los que el Estado prefiere balancear entre los dos costos.

Así lo expresa Gorbaneff (2003) en el texto "*Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia*":

> El contrato es incompleto cuando los agentes no son capaces de comprometerse a cierta división de la ganancia adicional —resultado de la transacción— antes de hacer sus decisiones no observables sobre la inversión. Como resultado, las utilidades poscontractuales tienen que ser redistribuidas más tarde, en el proceso de la renegociación. Pero la perspectiva de la renegociación distorsiona los incentivos de los agentes a invertir y disminuye sus ganancias comunes. Las partes tratan de superar el oportunismo *ex post* y el desincentivo a invertir mediante un contrato más completo. Pero esto tiene un costo: preparar un contrato contingente *ex ante*.

A lo anterior debe sumarse el análisis que sobre la falta de planeación en el contrato estatal ha hecho el Consejo de Estado en fallo 27315 de 2013:

> De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado "deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (…) "La planeación se vincula

> estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (…) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración

Esto, por supuesto, tiene directa relación con el artículo 209 de la constitución, y son los principios contemplados en este artículo, además de los que constitucionalmente le corresponden al contrato estatal por ser tal y en razón de su objeto; los que sirven como criterios orientadores para determinar cuándo una conducta de un funcionario público, por atentar contra los principios de igualdad y planeación, tan sólo por citarlos como ejemplos, afecta el equilibrio de la ecuación contractual. Aponte (2014) opina que el problema de la planeación en la contratación estatal se ha limitado a un tema de estudios previos que se desarrollan en la etapa precontractual y que esto descuida las demás etapas (refiriéndose al contrato de obra) entorpeciendo la ejecución y el desarrollo de los términos contractuales, y olvidando que la planeación es un aspecto fundamental en el cumplimiento de los fines del Estado. Así, el contrato no es el objeto sino el medio para desarrollar las actividades tendientes a cumplir los fines estatales.

Un fragmento de una de las sentencias del consejo de Estado que ya ha sido usada para evidenciar el tema del desequilibrio económico, también sirve para ilustrar el tema de la falta de planeación como uno de los aspectos que incide en el contrato en alguno de los momentos o actos ya referidos:

> **LOS SOBRECOSTOS FINANCIEROS**
>
> La parte demandante pretende el reconocimiento y pago de los sobrecostos financieros en que presuntamente incurrió por las demoras en los pagos hechos por la entidad contratante y en la liquidación del contrato.
>
> Se tiene, al efecto, que en el acta de liquidación número 8, en las oportunidades procesales correspondientes y en oficios obrantes en el proceso, la entidad demandada reconoció las demoras en los pagos de algunas facturas, no obstante lo cual afirmó haberlas ajustado mediante la aplicación de las correspondientes fórmulas de actualización. Adujo igualmente que el demandante no puede ahora formular reclamaciones por este concepto porque no hizo la salvedad en el acta de liquidación.

La demora en los pagos, que en los contratos estatales suele ser producto de problemas derivados del mal manejo o la ausencia de presupuesto tales como la disponibilidad o apropiación es el aspecto que se evidencia en esta sentencia y por el cual se condena a una entidad estatal al pago de un indemnización que tiene por objeto el restablecimiento de la ecuación contractual por

los sobrecostos en los que incurrió el contratista. En la etapa llamada de perfeccionamiento es necesario que ocurran ciertas formalidades para que el contrato exista (como el hecho de que deba constar por escrito) y una de ellas es la disponibilidad y registró presupuestal. Los conceptos del Consejo de Estado en este sentido, son estrictos porque se refieren a la posibilidad de ejecutar o no el contrato por lo que exigen que el Estado cuente con el presupuesto (disponibilidad y apropiación) y suministre la aprobación a las garantías presentadas por el contratista.

De acuerdo con Aponte (2014) , la planeación del contrato de obra implica mucho más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública porque tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas jurídicamente establecidas porque exige que las obras deben ser contratadas de acuerdo con los planes de desarrollo vigentes, debe considerarse cuáles son prioritarias y con qué recursos se cuenta para su plena ejecución; esto con el fin de que no se inicien obras que no se puedan concluir y que se pague por ellas lo justo de acuerdo con los costos del mercado. De igual manera, es necesario contemplar la sostenibilidad y continuidad de los contratos en el tiempo para que cumplan los objetivos de la responsabilidad social y el buen gobierno corporativo para aprovechar los recursos de manera óptima, pues de esta forma se asegura que lo contratado sea útil para lograr la justicia social y el cumplimiento de los fines estatales. Las entidades públicas que contratan con el Estado, no sólo están obligadas a cumplir con la ley, sino que deben hacerlo de acuerdo con estándares de calidad, planeación estratégica, normas internacionales de contabilidad, de información financiera y mediante el buen gobierno de las agencias públicas, pues de este modo es posible minimizar los problemas de clientelismo y corrupción que históricamente han afectado la contratación pública.

Otro de los motivos que favorecen una celebración incompleta del contrato estatal (en particular del de obra) siguiendo a Gorbaneff & Cabarcas (2009) es la corrupción: mediante esta práctica no sólo se afecta el aspecto patrimonial del Estado, sino que se favorece su condena a pagar o indemnizar con fundamento en el “principio del equilibrio económico”, con lo que se confirma la relación directa entre el carácter conmutativo de las prestaciones donde un agente público obtiene de un agente privado un beneficio particular a cambio de un “servicio” público privilegiado y en donde se observan problemas críticos relacionados con la conducta amoral y

la corrupción, tales como el pago de comisiones a empleados encargados de tomar las decisiones o la conformación de grupos de proveedores que practican 'sobornos' impidiendo la entrada de otros al juego monopólico de la corrupción. En la etapa del registro de los proponentes se suele negociar una buena calificación; luego, durante el estudio de las propuestas, los funcionarios tienen una amplia discrecionalidad para descalificar las que no les interesan, para lo cual se manipulan los requisitos.

Agregan Gorbaneff & Cabarcas (2009), que estudios de Fedesarrollo (1997, p. 49-57) han identificado la contratación directa como una de las causas del daño patrimonial al Estado. En este ámbito ocurren situaciones que van desde los errores en las propuestas hasta la práctica común de declarar desierta la licitación y adjudicar el contrato directamente. También es frecuente ajustar los requisitos de tal manera que solo la empresa "correcta" pueda satisfacerlos para asignarle así el contrato, condicionar la aprobación de las actas al pago del "peaje" son imposibles sin el concurso de los contratistas.

Todos estos factores favorecen la celebración incompleta del contrato y en consecuencia, la generación de circunstancias propicias para exigir el restablecimiento del equilibrio económico, pues no es lo mismo celebrar un contrato de manera completa y cumpliendo todas las exigencias legales, lo que puede hacer el proceso más simple y transparente porque permite asignar responsabilidades de manera más clara y eficiente; que permitir, como ocurre en Colombia, que prevalezca la irregularidad, la ilegalidad, la corrupción, la falta de planeación y la poca o nula transparencia. Esto hace que una actividad tan importante como la celebración de los contratos estatales, cuyo fin es entre otros el desarrollo y cumplimiento de los fines del Estado, termine dependiendo de una serie de contingencias que ocurren en un ámbito tan reducido como lo es la celebración de un vínculo jurídico del Estado con un particular, y si se quiere reducir aún más; en un contexto en el que dos personas, con toda la volatilidad de sus individualidades, representan intereses tan disímiles como los que persigue el contratista y desempeña el funcionario público. Igual de cierto es el hecho de que el cumplimiento de los fines del Estado depende al final de qué tan exitosas sean las negociaciones o relaciones entre los contratistas y los funcionarios para lograr sus propios cometidos, antes que buscar, como debería suceder en la práctica, la realización de los cometidos estatales que en síntesis favorecerían a todos, y no a unos pocos.

Tal y como fue explicado en el capítulo III al desarrollar lo atinente a la validez del contrato en relación con el equilibrio económico, el objeto ilícito es un hecho jurídicamente relevante que aparece en el momento en que se vulnera una regla de derecho con carácter imperativo, cuyo contenido deóntico no sólo es restrictivo (porque impone una obligación) sino que se refiere a un derecho del contratista. Al favorecer, permitir o tolerar la celebración incompleta del contrato estatal se vulnera el principio de planeación y se rompe el equilibrio entre las partes, por lo que la obligación de indemnizar, en el contexto de las prácticas que han caracterizado la contratación pública durante más de una década, se ha convertido casi en una "natural consecuencia" de la celebración de negocios con el Estado.

Como también se advirtió ya, lo anterior tiene consecuencias perversas porque entorpece la realización de los fines esenciales del Estado, truncando de esta manera el ejercicio efectivo de las garantías fundamentales de muchos ciudadanos y favoreciendo la comisión de ilícitos, las prácticas corruptas y el debacle económico del Estado. Esto tiene relación directa con la tesis que se ha permitido desarrollar a lo largo de este trabajo porque evidencia la forma en que la inaplicación o aplicación parcial, indebida o equivocada de un principio puede servir de base para tomar decisiones equivocadas en un ámbito que por su carácter mismo, es fundamental para garantizar la vigencia y legitimidad de la democracia. Al sostener la idea de que la indebida o incorrecta interpretación de los pilares y principios constitucionales produce crisis más complejas de lo que son consideradas, se está afirmando que la simple distinción desarrollada en este trabajo a cerca de las reglas y principios no es suficiente para dar cuenta de las razones por las que el problema planteado ocurre. Esta distinción existe en el sistema normativo colombiano: toda la Constitución Política y las reglas que le siguen están pensadas de manera sistemática, de tal forma que estas últimas tiene como criterio orientador (y así están consagrados en la Constitución) los principios fundamentales. Sin embargo, de ello no se sigue que la estructura jurídico-legal pueda dar cuenta de un sistema político de manera eficiente si las personas que tienen la obligación de ejecutar los actos tendientes a desarrollar las garantías que hagan posible la democracia no comprenden, no están interesadas, no demuestran ningún compromiso (o simplemente no les conviene por sus propios intereses) con el imperativo que exige garantizar la efectividad de los principios para que la efectividad de los derechos sea posible.

Esto por supuesto, toca el tema de la moralidad administrativa, de la transparencia y evidentemente de la planeación a la que se refiere este apartado, por lo que la consideración de los principios en todo ámbito, pero en particular en el público, constituye un tema de legalidad y legitimidad que exige que los contenidos normativos sean desarrollados de acuerdo con los valores políticos declarados en el acuerdo originario. El sentido de la democracia en esta coyuntura es como lo dice Ferrajoli, el de garantizar la efectividad de los derechos contenidos en la Constitución, y para ello se requiere que quienes tienen a su cargo la función pública observen y desarrollen su actividad con el imperativo que exige la naturaleza misma de los fines esenciales del Estado.

De este modo, el principio de planeación adquiere mayor relevancia al comprenderlo como uno de los criterios para que los fines esenciales del Estado, que son entre otros la garantía de los derechos de los individuos, se cumplan. La interpretación de la ruptura del equilibrio económico debe fundamentarse en estos principios (los contemplados en el artículo 209 de la Constitución), pues sólo de esta manera es posible el tránsito de la democracia declarativa, típica del control social, a una democracia real y efectiva, cuyo rasgo primario sea la garantía de las libertades fundamentales. Al respecto, el Consejo de Estado ha emitido en recientes fallos algunos conceptos "nuevos" en relación con el principio de planeación, así:

> El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general. Al respecto, se observa el principio de planeación, cuya ausencia ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares "tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones" y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que

> adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato. (…) [De esta manera,] la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. [E igualmente, tenemos que,] (…) la planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. (…) [Así las cosas,] el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

De acuerdo con lo anterior, el principio de planeación también se refería a los particulares (contratistas) que contratan con el Estado para desarrollar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, así lo ha expresado el Consejo de Estado en años recientes, lo que sin duda ha generado posiciones encontradas. Algunas de ellas fundadas en lo poco segura o peligrosa que pueda resultar para los contratistas una posición que los haga responsables por actos que ocurren antes de la celebración del contrato o que, en general, se deriven o puedan explicarse desde el principio de planeación como un deber impuesto también a los particulares. Un fragmento de un fallo del Consejo de Estado al respecto permite ilustrar tal posición:

> [H]a de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares "*tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que*[1] *colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*" y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato
>
> Así, por ejemplo, si una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o sólo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo

[1] El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

> la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado.

Al respecto, (Amaya, 2016) considera que la "nueva" jurisprudencia del Consejo de Estado favorece la aparición de circunstancias que pueden restar rigor a los procesos de contratación estatal o incluso ocasionar que se omitan las prescripciones relacionadas con el principio de la planeación, evitando que los funcionarios públicos enfrenten procesos de responsabilidad por incumplimiento contractual y decretando la nulidad absoluta del contrato celebrado.

De la misma manera, Amaya (2016) cree que esto producirá un efecto "comercial y económico" adverso en la contratación estatal, que "*hace referencia a la situación que enfrentan (…) diversas firmas constructoras en el país (que) han padecido verdaderas pérdidas económicas por la falta de planeación de los proyectos, por causad como la no disponibilidad de predios, interferencias de todo tipo por la ausencia de planos, la imposibilidad de ejecutar actividades por falta de diseños, etc".*

Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

> [N]o toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.

De todas formas, es relevante destacar que la precisión hecha por el Consejo de Estado con respecto a los actos previos de la celebración del contrato es importante porque recuerda que no puede predicarse objeto ilícito de un contrato que no ha sido celebrado ni mucho menos perfeccionado, por lo que el criterio para determinar la responsabilidad de los funcionarios o contratistas en cuanto a la contratación pública se refiere no puede derivarse exclusivamente del carácter consensual del contrato (ya que este supone su perfeccionamiento o celebración efectiva); pues aunque este rasgo es determinante para establecer responsabilidad cuando se trata de actos celebrados de manera consensual, para que exista objeto ilícito tendría que suponerse,

por lo menos, que la entidad se ha beneficiado de las prestaciones cumplidas le hayan servido para satisfacer el interés público.

Sin embargo, y aunque la imposibilidad de predicar objeto ilícito con respecto a la celebración o ejecución del contrato estatal sea evidente por las razones anotadas y por lo expresado por el Consejo de Estado, la dirección e interpretación de las circunstancias fácticas en las que consiste la contratación estatal no escapa a la orientación imperativa de los principios constitucionales en los que se inspira la función pública, pues aun cuando es cierto que la simple enunciación de las reglas o principios no resuelve el problema de fondo y quizás no da cuenta de las razones por las que ocurren todas las irregularidades que comúnmente aparecen en la práctica contractual pública, esto si constituye un criterio necesario para interpretar, optimizar y ejecutar la actividad contractual que más allá de ser utilizados para establecer responsabilidades en el curso de la contratación o para condenar a las partes, y especialmente al Estado, a enormes indemnizaciones por la aparición de circunstancias que pudieron haber sido previstas (no sólo por el funcionario público, sino por el contratista), deben ser usadas, en palabras de Alexy: "como criterios de optimización" de la contratación estatal que le permitan a las partes re direccionar, modificar, o celebrar nuevos acuerdo para cumplir el objeto contractual sin que se rompa el equilibrio y sin que sea necesario iniciar procesos contenciosos cuyo único fin es la indemnización de cuantías individuales que además de perjudicar al Estado, no garantizan el cumplimiento de los fines esenciales en virtud de los cuales el Estado se impulsa o motiva a contratar con los particulares.

Si en lugar de utilizar los principios como criterios para ejecutar los contenidos deóntico de las reglas y derivar consecuencias jurídicas de estas que favorezcan los intereses económicos del contratista de turno o eximan de responsabilidad al funcionario, se utilizan como estándares y criterios orientadores de las relaciones entre el Estado y los particulares, (teniendo en cuenta que esta relación tiene un objetivo primario que es la realización de los fines esenciales del Estado sin los cuales es imposible garantizar los derechos mínimos de los ciudadanos) con el objetivo claro y común de llevar a buen término y en forma prioritaria los contratos estatales, entonces se estaría interpretando los principios como aquellas guías en las que verdaderamente consisten y para lo que fueron concebidas, que es la realización de la democracia como posibilidad de garantizar a todos los individuos los mínimos constitucionales.

De este modo, los principios de planeación, igualdad, moralidad, eficacia y en general, todos los contemplados en la constitución y en la ley, se comportarían como verdaderos criterios orientadores y optimizadores de la función pública y como pilares de la existencia y funcionamiento del Estado. En un contexto como este, los funcionarios públicos y los contratistas serian sólo herramientas para el cumplimiento de los fines del Estado, sin perjuicio de que puedan también realizarse individualmente y buscar beneficios particulares. El equilibrio económico como derecho (tal y como lo contempla la ley) debe orientarse por principios (como el planeación y el de igualdad) que permitan al contratista obligarse con el Estado en "igualdad" de condiciones, y al funcionario ser parte activa en la realización de los fines estatales.

Para evidenciar lo que se ha afirmado en este último capítulo, a continuación se citarán algunos fragmentos de las sentencias que fueron usadas para evidenciar el sentido del equilibrio económico, de los que puede inferirse un común denominador: se trata de condenas al Estado por violación del algún principio legal o constitucional relacionado con la contratación en donde el contratista resulta favorecido invocando lo que se ha denominado "principio del equilibrio económico" aunque en el fondo resulte evidente que las condenas al Estado en estos casos, se explican por la ruptura de la ecuación contractual propia del carácter conmutativo del contrato estatal, regulado como ha sido por normas y principios de orden público, ocurrida por conductas de los funcionarios que contravienen los pilares (principalmente los del 209) en los que se fundamenta el equilibrio como derecho y en donde se justifica la obligación de restablecimiento.

No se trata como se ha insistido, de que se rompa el principio del equilibrio económico, sino de que las prácticas irregulares y las condiciones incompletas en las que se celebra el contrato estatal favorecen la aparición de las circunstancias propicias para que ocurra el desequilibrio, y como pudo verse, esto ocurre en todas las etapas de la relación contractual, incluso antes de la celebración, perfeccionamiento o ejecución del vínculo entre el Estado y el particular.

Así, la indemnización o compensación es entonces una consecuencia lógica de la vulneración de un derecho (no un principio) que ocurre por circunstancias que van más allá de lo puramente normativo, que tienen su arraigo en el ámbito sociopolítico que vincula al Estado con el particular

y que pueden ser explicadas, aunque no resueltas de raíz desde los principios como criterios de optimización de las reglas creadas para hacer posible el cumplimiento de los fines del Estado.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

CONSEJERA PONENTE: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 73-001-23-00-003-1999-01046-01(51341)

Actor: CONSORCIO CONSTRUCCIONES SIGMA LTDA. VALDIVIESO FRANCO ASOCIADOS LTDA.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS INAT

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del once (11) de marzo de dos mil catorce (2014), dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DECLÁRESE la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 393 (sic) suscrito entre el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras y el consorcio construcciones SIGMA Ltda. – Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., integrado por las empresas Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., cuyo objeto fue la construcción, por el sistema de precios unitarios, de la conducción Jardín – Guaduas del K5+600 al K8+430, el carreteable de mantenimiento y sus obras complementarias en el distrito Coello, Regional No. 12, Departamento del Tolima.

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a fin de restablecer el equilibrio económico del contrato, CONDENESE al Instituto Nacional de Adecuación de Tierras en Liquidación, Ministerio de Agricultura o a la entidad que lo haya sucedido en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme lo indicado en esta sentencia, al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de las empresas Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda. como integrantes del Consorcio Construcciones Sigma Ltda.- Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda.

Nótese que se condena al Estado con base en el rompimiento del equilibrio económico, y a continuación se puede ver, al analizar los motivos por los que se condena, que todos ellos se refieren a la vulneración del derecho contemplado en el artículo 5 de la ley 80, y que muchas de estas razones se relacionan de manera directa o indirecta con los principios de la contratación estatal que se encuentran en el ámbito normativo y constitucional, Así:

"Que se declarara que el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT en Liquidación incumplió el Contrato de Obra No. 313 de 1993 y consecuencialmente que se le condenara al pago de los perjuicios de todo orden causados a la parte demandante, junto con su actualización monetaria y los intereses procedentes.

Que se declarara que durante la ejecución del Contrato No. 313 de 1993 se presentaron situaciones imprevistas que alteraron su equilibrio económico creando una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la demandante. Como consecuencia, solicitaron el reconocimiento de los sobrecostos originados por esas causas".

Por razones de espacio (y prácticas) no se copian acá todos y cada uno de los cargos probados, a los que puede accederse al leer el texto completo de la sentencia, simplemente se muestran algunos aportes que pueden ayudar a ilustrar la idea que se sostiene. Vale agregar que al incluir las mismas sentencias que han sido utilizadas al analizar el tema del equilibrio económico, no se quiere decir que la concepción equivocada del equilibrio económico sea la causa de las condenas al Estado (este es un aspecto que habría que analizar en otra investigación); lo que quiere evidenciarse es que la manera en que se infieren las conclusiones jurisprudenciales carece de técnica y precisión jurídica y denota una concepción equivocada de la función y relación particular de los principios con las reglas que quizá (aunque no se afirma esto) influyan en la forma en que fallan las altas corporaciones (en particular, el Consejo de Estado).

A continuación se muestra la condena en la sentencia citada:

"PRIMERO. Declarar la responsabilidad contractual del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecución de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT – liquidado, en el cumplimiento del negocio jurídico identificado con el No. 313 de 1993, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO. – Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT – liquidado a reconocer y pagar al consorcio Construcciones Sigma Ltda. Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda. la suma de CUATROCIENTOS MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS CON DOS CENTAVOS ($400'214.304,2), con fundamento en las razones que anteceden.

En otra sentencia de las ya citadas se puede entrever lo siguiente:

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente:

ENRIQUE GIL BOTERO

Radicación Nº 13001-23-31-000-1998-06856-01(15600)

REF.: APELACIÓN SENTENCIA

Actor: CONSTRUCTORA SANZ COBE SA. Y OTRA

Demandado: FONDO VIAL NACIONAL

Bogotá, D.C., marzo cinco (5) de dos mil ocho (2008)

Decide la sala los recursos de apelación interpuestos por las firmas integrantes del consorcio demandante -Constructora Sanz Cobe SA. y Layne Dreidging Co.- y el Fondo Vial Nacional —hoy Instituto Nacional de Vías—, contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 1998, por el Tribunal Administrativo de Bolívar —Fols. 772 a 824, C. Ppal.—, mediante la cual resolvió:

"PRIMERO: Declárese la nulidad de las resoluciones Nos. 008669 de nueve (9) de octubre de 1985 y 0011405 de doce (12) de diciembre de 1998, expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

"SEGUNDO: Declárase que el FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, incumplió el contrato Nº 493 de 1981 y sus adicionales Nos. 156 de 1983 y 302 de 1984 celebrado con el Consorcio CONSTRUCTORA SANZ COBE S.A. (antes CONSTRUCTORA SANZ Y CÍA. COBE LTDA.) y LAYNE DREDGING CO.

"TERCERO: Condénase al FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS a pagar al Consorcio demandante la suma de OCHOCIENTOS VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS ($ 821.254.852.oo), valor este que se actualizará conforme la fórmula consignada en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO: Condénase a pagar al FONDO VIAL NACIONAL, hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS un interés (sic) al Consorcio demandante, a título de lucro cesante, un interés del 0.5% mensual sobre la suma mencionada en el numeral anterior, desde diciembre de 1985 hasta la fecha en que quede ejecutoriado este fallo.

Aquí los hechos en los que se fundamenta la decisión:

1.2. <u>Los hechos.</u> Como fundamento de las súplicas en la demanda se narraron los siguientes hechos:

Producto de una licitación pública, abierta por el Fondo Vial Nacional, el 24 de abril de 1981, que tenía por objeto "la construcción de las obras para el mejoramiento de las condiciones de navegación del Canal del Dique", el Consorcio integrado por las firmas demandantes presentó propuesta y resultó adjudicatario del contrato Nº 493 de 13 de octubre de 1981.

En contravía de las estipulaciones contractuales, el FONDO VIAL NACIONAL, en desarrollo del contrato, se comportó de la siguiente manera:

"a) No adquirió oportunamente todas las zonas requeridas para la ejecución de los trabajos.

"b) No entregó al contratista en el tiempo convenido todos los planos de construcción.

"c) No reservó los fondos necesarios para el contrato.

"d) Debido a la insuficiencia de recursos presupuestales para hacer los pagos al consorcio, y ante la ausencia de mecanismos que le permitieran arbitrar los dineros para ello, dio lugar a que el plazo del contrato se ampliara en dos oportunidades: la primera por medio del adicional 256 de 1983, en 12 meses; y la segunda, mediante el contrato 302 de 1984 por 8 meses más.

"e) Por imposibilidad de ejecutarlas disminuyó unilateralmente ítems de obras, correspondientes a sitios que habían sido considerados aptos en los planos suministrados al contratista.

"f) Por haberse presentado unos diseños estructurales equivocados, suprimió el ítem de obra denominado tableros prefabricados.

"g) Demoró la cancelación de las actas de obra por más de 30 días.

"h) Retuvo al consorcio la suma de $ 10.000.000 por la caída accidental de unos pilotes de propiedad de éste, en el canal del dique.

"i) Hizo caso omiso para efectos de la ejecución del objeto contratado de la inundación presentada en el sitio denominado Santa Lucía". —Fols. 5 y 6—

Algunas otras sentencias del Consejo de Estado en las que pueden ser observados los patrones relativos a la interpretación del equilibrio económico y a la celebración incompleta del contrato estatal (con condena para el Estado) son las siguientes:

Sentencia 10151 de 1996
Sentencia 14514 de 1999
Sentencia 14855 de 1999
Sentencia 12513 de 2000
Sentencia 14577 de 2003
Sentencia 14854 de 2007
Sentencia 15400 de 2010
Sentencia 15600 de 2008
Sentencia 18080 de 2011
Sentencia 20683 de 2011
Sentencia 21909 de 2012
Sentencia 21990 de 2012
Sentencia 20912 de 2014
Sentencia 38509 de 2015
Sentencia 48947 de 2015
Sentencia 34779 de 2015
Sentencia 33128 de 2016
Sentencia 50907 de 2016
Sentencia 48809 de 2016
Sentencia 51341 de 2016

No han sido copiados los textos de todas y cada una porque lo que se ha pretendido es mostrar, como se ha visto, dos patrones de interpretación relativos al tema del equilibrio económico y a la celebración incompleta del contrato estatal que evidencian el problema planteado en la introducción del trabajo y que son útiles para comprender la relación sugerida entre la celebración incompleta del contrato estatal y las consecuencias que este hecho tiene en la práctica, que suelen coincidir (como puede observarse en las sentencias) con la condena al Estado y la obligación de indemnizar o compensar. De este modo, se muestra que las consecuencias jurídicas derivadas de la norma (Ley 80) se siguen de ella de manera lógica por sus propias características de regla, más no porque se deduzcan de lo que se ha llamado 'principio del equilibrio económico'. Cabe aclarar que no se ha pretendido sugerir una relación causal entre la incorrecta interpretación del equilibrio económico y la celebración incompleta del contrato estatal, lo que no significa que no pueda inferirse de allí algún tipo de razón o consecuencia que sea útil para explicar lo que se ha querido plantear con el presente trabajo.

Se han mostrado de un lado, los problemas referentes a la interpretación no uniforme del equilibrio económico, y de otro, el efecto nocivo de la celebración del contrato estatal. Aunque ambos aspectos tienen características particulares, puede decirse que tienen en común el hecho de que una interpretación adecuada sería quizás una vía más adecuada para evidenciar las razones por las que es importante comprender los valores contenidos en las normas, sus conexiones y sus consecuencias jurídicas, con el fin de interpretar mejor los aspectos fácticos que se refieren a las leyes o que son subsumidos en estas para hacer más eficiente la administración de justicia. Se trata de interpretar correctamente la relación entre el componente político y el componente normativo de un sistema jurídico en relación con los contenidos deónticos que definen la coherencia del modelo constitucional de derecho al que se debería aspirarse como Estado, para así poder explicar las razones por las que fenómenos como el de la celebración incompleta del contrato estatal tiene su explicación en una carencia de técnica y conocimiento jurídico, tanto de los operadores jurídico, como de los tratadistas y Magistrados, en una comprensión errónea de las relaciones de lo político con lo normativo y en una crisis de la moralidad administrativa y del contratista particular que evidencia que trasciende el ámbito de esta investigación para tocar un factor cultural digno de una análisis sociológico independiente, encamino a dar cuenta de los

detalle que “escapan al derecho”. Aunque la investigación jurídica se vale fundamentalmente de la sociología para explorar su objeto de estudio.

Por lo anterior, al describir el método se enfatizó en el carácter exploratorio de una investigación que, como está, pretende dar luces para comprender las razones por las que ocurre el fenómeno de la contratación incompleta, por las que se utilizan criterios equivocados para interpretarlo y por las que es necesario explorar posibles soluciones que vayan más allá de los puramente normativo; ya que la reiteración en prácticas viciosas, modelos obsoletos y técnicas fallidas, evidencia que el paradigma en el que se ha presentado el problema no favorece la ruptura de la inercia necesaria para hallar una solución cercana al modelo de Estado Constitucional de Derecho que sugiere la teoría sería actual del derecho.

Conclusiones

Un sistema jurídico es un todo omnicomprensivo autorreferencial estructurado mediante principios y reglas cuyo objeto es desarrollar, entre otros aspectos los fines, valores y contenidos políticos y sociales para los que ha sido creado. Resulta vital porque es el eje que articula el ámbito político con el social para hacer posible la materialización de lo que en términos generales puede denominarse 'justicia', como la denomina John Rawls, ya que en su concepto, la sociedad es el objeto básico de la justicia. En términos concretos, como se ha intentado mostrarlo acá, este sistema jurídico es el vehículo para desarrollar el acuerdo político fundamental contenido en la Constitución Política, ya que los fines, valores, derechos, obligaciones, procedimientos, y todos aquellos aspectos relacionados con la sociedad sólo son posibles mediante la materialización de lo que políticamente se ha decidido para la comunidad.

Tal y como fue explicado en este trabajo; la constitución tiene el objetivo claro de articular los contenidos normativos orientados a la realización de la sociedad (facticidad). Para ello se ha fundamentado en principios como criterios que establecen el fundamento y los límites de las acciones y actividades humanas jurídicamente relevantes, que luego son regulados mediante reglas aplicadas a la sociedad. En este sentido, el objeto básico de las reglas como criterio de validez de las acciones es la facticidad, porque es en esta en donde se realizan las actividades humanas que por sus efectos necesitan ser reguladas por normas que por supuesto requieren de criterios de optimización que orienten su aplicación del modo más razonable posible, tal y como lo hacen los principios establecidos en el acuerdo político originario.

Lo anterior significa que, como regla, la Ley 80 de 1993 se orienta mediante los principios contemplados en el preámbulo de Constitución Política de 1991, al modo de criterios de optimización (en palabras de Alexy), y en este sentido, ha sido creada para regular las actividades que por su carácter son esencialmente públicas y que tienen relación directa con los fines de la administración, sin excluir las relaciones privadas que por su carácter o relación con la función administrativa ingresan en la órbita de la regulación estatal.

Para que el desarrollo de los objetivos contemplados en las leyes de la contratación estatal sea posible, es necesario que los contenidos legales (prohibiciones, permisiones, obligaciones) de las normas se realicen de manera efectiva, eficiente y coherente; lo que no es posible sin el carácter fundante y orientador de los principios constitucionales y legales creados para tal fin. Por tal razón, la materialización de los principios de bienestar general, los fines esenciales del Estado, la igualdad, y todos los demás pilares contemplados en el artículo 209 de la constitución, así como los establecidos en la ley 80 y en particular los principios integradores del régimen jurídico de los contratos que ha recordado acertadamente la Corte Constitucional, son vitales para que el acuerdo político fundamental tenga sentido.

La contratación estatal, como actividad fundamentalmente pública, tiene el objeto de desarrollar muchos de estos principios, lo que significa, en otros términos, que tiene el objeto de materializar muchos de los aspectos vitales para el funcionamiento social, incluyendo actividades que van desde la estructura político-institucional del Estado, hasta la realización concreta de muchos de los derechos ciudadanos. Para lograr ese cometido, es necesario que todas sus fases y todos sus actos (preparatorios, constitutivos y confirmatorios) se materialicen bajo la estricta observancia de los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales a los que se hizo referencia en este trabajo, pues como se demostró, no es suficiente con las disposiciones normativas mientras estas sean aplicadas sin observar los principios en los que se fundamenta la sociedad como grupo políticamente organizado por un acuerdo original. Por esta razón, es imperioso que las relaciones en las que se involucran los servidores públicos y los particulares estén orientadas a la materialización de los fines del Estado y excluyan la mediatización del aparato estatal como forma de alcanzar sus fines particulares, tal y como se manifiesta en circunstancias lamentables como el hecho de la corrupción, la celebración defectuosa o incompleta de los contratos, la politización de los procesos de selección, y en general, todas aquellas actividades que contravienen el sistema jurídico en perjuicio de la sociedad y en bien propio.

Como puede inferirse del análisis hecho en este trabajo, los problemas de la contratación estatal, y si se quiere de la administración pública, no sólo se relacionan con los aspectos mencionados en el párrafo anterior, sino que plantean varias tareas a realizar porque implican

circunstancias que van más allá de lo que ocurre en la facticidad con la contratación estatal y que afectan su funcionamiento. Tal es el caso de la interpretación incorrecta de las reglas y principios por parte de los operadores judiciales, que no afectan únicamente el ámbito de lo jurídico, sino que se extrapolan al mundo de los hechos para favorecer la realización de actividades o actos contrarios a la constitución política y por supuesto de carácter ilegal. La indebida interpretación del equilibrio económico como un principio y no como un derecho, denota problemas graves de técnica y apreciación jurídica que afectan la contratación porque olvidan hechos y circunstancias particulares de las figuras contractuales, de la interpretación de las normas y del valor y el contenido de la constitución y la ley.

Un ejemplo de lo anterior se pudo ver al analizar el carácter conmutativo del contrato que se incluye en el ámbito estatal y que establece el derecho de las partes a la equivalencia de las prestaciones; que no es otra cosa que lo que en la Ley 80 ha sido establecido como ecuación contractual, pero que a pesar de su obviedad resulta ambiguo o confuso para quienes al interpretarlo olvidan que se trata de un derecho de las partes propio de la naturaleza de ese contrato y que se fundamenta en el principio de igualdad. Al sugerir, como lo evidencia la doctrina y la jurisprudencia, que se aplique el equilibrio al modo de un principio, se confunde su valor jurídico y se hace innecesariamente compleja, además de irracional la aplicación de la regla, ya que la solución normativa está contenida en el texto de la Ley 80 de manera unívoca (se trata de un derecho), por lo que resulta inútil interpretar lo in-interpretable. Como lo evidencian las teorías analizadas sobre principios y reglas, los contenidos normativos excluyen la deliberación cuando se tratan de reglas, (como en el caso del artículo 5 de la Ley 80 que establece un derecho) y exigen la deliberación cuando se refieren a principios por lo que el razonamiento correcto debe referirse a la relación contractual (conmutativa) para inferir de ella el derecho al equilibrio con fundamento en el principio de igualdad, sin excluir los demás pilares con los que pueda relacionarse este principio y no al equilibrio económico como criterio para justificar la ruptura de la ecuación contractual y condenar a la indemnización o compensación.

El efecto que tiene esto en relación con el hecho de la celebración incompleta del contrato estatal, es que la interpretación incorrecta de la ley (o debería decirse: la interpretación de la ley) no permite inferir una solución normativa correcta porque incluye elementos ideológicos en

donde exigiría "acatamiento" y favorece de este modo las circunstancias propicias para que el contrato estatal se siga celebrando de manera incompleta, sin que esto signifique que esta sea la circunstancia más grave, ni la que mejor explica lo que ocurre en la realidad. Lo que quiere decirse es que, como está concebido, el equilibrio económico no favorece la celebración adecuada del negocio jurídico, sino todo lo contrario porque se aplica en la mayoría de las ocasiones, a circunstancias que vulneran el carácter conmutativo del contrato y que llevan desde su "celebración" el germen de una demanda por incumplimiento que es casi inevitable por tratarse de un derecho de las partes y que tiene como resultado la condena necesaria y la obligación de restablecer un derecho que desde el principio ha sido vulnerado.

Mientras no existan mecanismos que optimicen la celebración de los contratos para que se cumplan las condiciones legales y jurídicas que les son propias, obligando tanto a servidores, como a contratistas a acatar la ley, las consecuencias normativas serán inevitables, además de uniformes, y no habrá principio regulador que pueda cambiar esta circunstancia porque no es función de los principios cambiar, ni regular nada, sino servir de fundamento a las reglas bajo el supuesto de que estas son aplicadas en su totalidad e interpretadas en forma adecuada. En este sentido, la figura del equilibrio económico del contrato debería ser revaluada con el fin de contrarrestar lo que en la práctica se ha convertido en un estímulo para el oportunismo de los contratistas y funcionarios públicos, quienes no tienen ningún interés en la correcta ejecución del principio de planeación ni determinación de los riesgos durante la realización de los actos contractuales y afectan de este modo al Estado porque descargan la responsabilidad en las entidades contratantes.

Los riesgos, circunstancias, particularidades y posibles coyunturas en la celebración del contrato estatal, especialmente en el de obra, deben ser estudiados desde el momento en que se convoca el proceso de selección de la contratación, y deben establecerse las reglas que regularán la relación desde el principio; tal y como lo supondría el carácter conmutativo del contrato, de tal manera que la ley no sea usada como vehículo de los intereses particulares de los contratantes y que en los eventos de incumplimiento se ponderen las circunstancias (y no los derechos porque estos son ciertos cuando están en la ley) haciendo uso de los principios adecuados y pertinentes a cada caso concreto, teniendo en cuenta que el principal objeto de la contratación estatal es el

cumplimiento de los fines esenciales del Estado y el bienestar de la sociedad. La garantía de la ejecución del contrato debe ser establecida y aplicada para lograr estos fines, y no para seguir sirviendo a los intereses de contratistas oportunistas y funcionarios corruptos que sólo usan la ley en su favor o aprovechan la falta de rigor en el funcionamiento jurídico-normativo institucional.

La constitucionalidad del Estado no puede ser jurídica ni legal, sino política. Por esta razón, su garantía no se encuentra en el ámbito de las decisiones normativas ni judiciales, sino en el contexto de las cuestiones políticas contenidas en los principios y garantizadas por tribunales objetivos comprometidos con la prevalencia de la idea política en la que se fundan el Estado. El análisis, sin embargo, va más allá porque el problema de la contratación pública no evidencia precisamente una carencia ni ausencia de este compromiso político en el ámbito de los órganos encargados de garantizar la prevalencia del orden constitucional, sino en el contexto de la legalidad, moralidad de idoneidad administrativa para evitar o por lo menos, para abstenerse de realizar actos contrarios al ordenamiento jurídico, y en consecuencia, contrarios a la constitución. Se trata de un problema donde se encuentra una motivación particular ambigua, teniendo en cuenta que se supone la utilización de la norma en función de una circunstancia, la celebración incompleta de un contrato estatal, con el propósito de obtener un beneficio individual, para el contratista, la casi irrefutable verdad de que ganará una demanda contra el Estado, sin que para el operador contractual el "dilema" que le plantea el perjuicio-beneficio que puede obtenerse de la aplicación del principio del equilibrio económico, cuando es realmente un derecho.

Referencias:

Doctrina:

BENAVIDES JOSÉ LUÍS (2004). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ESCOBAR ENRÍQUEZ ÁLVARO. (1999) *El contrato estatal de obra*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez.

FANDIÑO JORGE E. (2009). *Régimen jurídico del contrato estatal*. Bogotá: Leyer.

GÜECHÁ MEDINA CIRO NORBERTO (2010). *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

GÜECHÁ MEDINA CIRO NORBERTO, IBLER MARTIN & TÓRRES GUARNIZO MAURICIO (2016). *Las tensiones entre libertad y seguridad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás de Aquino.

RODRÍGUEZ LIBARDO (2015). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Bogotá: Temis.

SÁCHICA APONTE LUIS CARLOS. (1992). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis.

TAMAYO R. MAURICIO F. (2015). *Los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

YONG SERRANO (2012). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein. Bogotá D.C., 26 de octubre de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia C – 671 de 1999. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá D.C., 09 de septiembre de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., 05 de diciembre de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C., 18 de febrero de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-1082 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., 12 de diciembre de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C – 300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., 252 de abril de 2012.

Jurisprudencia del Consejo de Estado:

Consejo de Estado. Sentencia 14855 de 1999**.** Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Bogotá D.C., 29 de abril de 1999.

Consejo de Estado. Sentencia 13347 de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 10 de mayo de 2001.

Consejo de Estado. Sentencia 14577 de 2003. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 29 de mayo de 2003.

Consejo de Estado. Sentencia 17213 de 2003. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., 30 de octubre de 2003.

Consejo de Estado. Sentencia 14578 de 2004. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., 02 de septiembre de 2004.

Consejo de Estado. Sentencia 15324 de 2007. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2007.

Consejo de Estado. Sentencia 16852 de 2007. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2007.

Consejo de Estado. Sentencia 2148 de 2007. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., 03 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Sentencia 15400 de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 04 de febrero de 2010.

Consejo de Estado. Sentencia 18080 de 2011. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2011.

Consejo de Estado. Sentencia 21990 de 2012. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 28 de junio de 2012.

Consejo de Estado. Sentencia 37785 de 2012. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2012.

Consejo de Estado. Sentencia 27315 de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 24 de abril de 2013.

Consejo de Estado. Sentencia 24996 de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Gamboa. Bogotá D.C., 13 de febrero de 2013.

Consejo de Estado. Sentencia 48947 de 2015. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 03 de diciembre de 2015.

Consejo de Estado. Sentencia 26637 de 2013. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de junio de 2013.

Consejo de Estado. Sentencia 55855 de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 23 de octubre de 2013.

Tribunal de Arbitramento. Laudo TA-CBB-20080307. Cundinamarca, 07 de marzo de 2008.

Normas:

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. (20 de julio 1991). Gaceta Constitucional No.116 de 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (28 de octubre de 1993). Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. (16 de julio de 2007). Diario Oficial 46691 del 16 de julio de 2007.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. (2014). *Guía para los procesos de contratación de obra pública*. Recuperado el 08 de julio de: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf

Teoría y filosofía del derecho:

ALEXY ROBERT. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro De Estudios Constitucionales.

ATIENZA MANUEL, MANERO RUÍZ JUAN. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 10 (1991), pp. 101-120. Recuperado el 18 de junio de 2017 de: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1

AUSTIN JOHN (1832). *The Province of Jurisprudence Determined,* Indianapolis: Hackett.

DWORKIN RONALD (2012). *Los derechos en serio.* Barcelona: ARIEL S.A.

ENOCH, A. (1996). El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre "El Derecho dúctil de Gustavo Zagrabelsky). *Anuario de filosofía del derecho,* (XIII), p. 39 – 44.

FERRAJOLI LUIGI (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.* Madrid: Trotta.

HANS KELSEN. (2011). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.

RAWLS JOHN (1979). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Artículos jurídicos en línea:

Aponte Díaz, Iirana (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N.° 11. Pp. 177-207. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 22 de junio de 2017 de: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087

Amaya Laura (2016). La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos que se Desprenden de la nueva postura en *Revista Nova et Vetera.* Universidad del Rosario. http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/Inicio/Omnia/La -violacion-al-principio-de-la-planeacio-en-la-c.

Gorbaneff, Yuri. (2003). Problemas teóricos en la contratación pública, en *Cuadernos de Administración*, vol. 16, Nº 25, enero-junio, 2003, pp. 91-107. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 20 de junio de 2017 de: http://www.redalyc.org/pdf/733/73311610003.pdf

Gorbaneff, Yuri; Cabarcas, Gina (2009). Equilibrio económico y su efecto sobre la litigiosidad en la contratación pública en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 11, Nº 1, enero-junio, 2009, pp. 41-64. Bogotá: Universidad del Rosario Recuperado el 20 de junio de 2017 de: http://www.redalyc.org/pdf/205/20502505.pdf

QUINCHE RAMÍREZ, VÍCTOR ALBERTO. (2003). Los sistemas jurídicos y la teoría del razonamiento judicial: una lectura de H. L. A. Hart. *Estudios Socio-Jurídicos*, *5*(2), 257-275. Recuperado el 15 de junio de 2017 de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000200008

RABOSSI EDUARDO. (1998). Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché. Recuperado el 20 de junio de 2017 de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf

Ruíz Ramón. (2012). Derecho y Realidad. *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, *UPTC* Nº 20 z II. Recuperado el 14 de junio de 2017 de: http://studylib.es/doc/7359426/la-distinci%C3%B3n-entre-reglas-y-principios-y-sus-implicacion...

VASAK, K. (1978, octubre). Los derechos humanos: una realidad jurídica. *El correo de la UNESCO*. Semana, (10), p. 4. Recuperado el 17 de junio de 2017 de: http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000747/074795so.pdf

VASAK, K. (1977, noviembre). La larga lucha por los derechos humanos, *El Correo de la UNESCO*, p. 29-32. Recuperado el 17 de junio de 2017 de: http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000747/074795so.pdf