

Revista Temas Socio Jurídicos
Vol. 39 N° 78 Enero - Junio de 2020

ISSN: 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

<https://doi.org/10.29375/01208578.3833>

LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

Carlos Fernando Amaya Rodríguez¹

Recibido: Noviembre 30 del 2019

Aprobado: Enero 23 del 2020

RESUMEN:

El presente artículo abarca una revisión del principio y deber de la selección objetiva en el contexto de la contratación estatal en paralelo de un principio general de la teoría del negocio jurídico, a saber, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Este análisis se realiza a partir de una exploración de fuentes doctrinales por medio de las cuales se avizora que la restricción que representa la selección objetiva tiene por finalidad, en el contexto del deber ser, garantizar los fines para los cuales se ha instituido la contratación estatal colombiana.

Palabras clave: Contratación estatal; selección objetiva; autonomía de la voluntad; negocio jurídico.

¹ Abogado de la Institución Universitaria Colegios de Colombia -UNICOC-. Especialista en Derecho Público por la Corporación Universitaria Republicana y maestrante en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Actualmente se desempeña como Director Jurídico del Grupo Empresarial Biolegal S.A.S., así como abogado contratista de la Dirección de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Es profesor investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: dr-carlosamaya@outlook.com

OBJECTIVE SELECTION IN GOVERNMENT PROCUREMENT: A LIMITATION TO THE PRINCIPLE OF FREE WILL IN THE GENERAL THEORY OF LEGAL TRANSACTIONS

ABSTRACT:

This article includes a review of the principle and duty of objective selection in the context of government procurement, parallel to a general principle of the theory of legal transactions, namely that of the free will of contracting parties. This analysis is performed by exploring doctrinal sources by means of which the restriction that represents objective selection is expected to have the objective, in the context of know-how, of guaranteeing the purposes for which Colombian government procurement has been instituted.

Keywords: Government procurement; objective selection; free will; legal transaction.

INTRODUCCIÓN

Ciertamente, la contratación estatal se representa como una de las formas en las que se expresa el desarrollo de la función administrativa del Estado. Lo anterior implica que aquella es una actuación del Estado en la cual, dada su naturaleza de medio ejecutor del presupuesto, así como de la satisfacción de las necesidades sociales o interés general, debe ser altamente regulada y reglamentada por el derecho vigente a fin de limitar en lo posible la discrecionalidad predicable.

En consecuencia de lo anterior, encontramos fundada la afirmación de que el contrato estatal y el procedimiento previo a su celebración (contratación) es un acuerdo de voluntades de las partes, siendo en consecuencia, tal como lo afirman algunos autores como Angarita, Delgado y Reyes (s.f.) al indicar:

El vínculo entre particulares y el Estado se entiende como el servicio que presta el uno (oferente - contratista) al otro (entidad pública - contratante), en donde el primero se ofrece a dispensarle al segundo un bien o un servicio a cambio de un estipendio económico y que el segundo, para tal efecto, ha dispuesto las condiciones en que se habrá de celebrar ese vínculo, procurando defender al máximo los intereses del Estado sobre los particulares. (p. 2)

Sin embargo, no podemos perder de vista que la contratación estatal o administrativa, en suma, no es otra cosa que el acuerdo de las voluntades de las partes intervinientes, situación que en efecto aceptamos como consecuencia de que el perfeccionamiento del contrato estatal es la puesta

en escrito del acuerdo de las partes respecto del precio, plazo y objeto del negocio jurídico. Aquello pareciere indicar que los contratos públicos se sustentan sobre la idea que representa el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Consideremos importante precisar, en atención a la idea expuesta en precedencia, que dicho principio, propio del derecho privado, es fundamental para el desarrollo de las relaciones jurídicas y obligaciones privadas entre las partes con el propósito de que los individuos sujetos de derecho regulen sus intereses respecto de determinados asuntos, tal como lo afirma Wagner de Tizon (2011) en su tesis doctoral.

Ahora bien, la contratación estatal colombiana encuentra su soporte desde la Constitución Política de 1991, mediante la formulación de tres grandes principios que definen el desarrollo de esta actuación en el marco del modelo del estado social de derecho, a saber: responsabilidad, economía y transparencia (Amaya y Patiño, 2017, pp. 10-11).

Consideramos que el interés general fue el impulsor y horizonte sobre el cual se soportó el debate y posterior expedición del actual Estatuto de la Contratación Pública, que en efecto estableció un verdadero cambio en el ámbito regulatorio de la contratación estatal, la cual pasó del exceso del ritualismo procedimental a una contratación sustentada y orientada por principios, que apunta al desarrollo de los fines del Estado y los proyectos de inversión entre lo público y lo privado. Esta situación es acertadamente expuesta por Palacio (2004), quien afirma lo siguiente:

La contratación pública no es un conjunto de normas que regulan el trámite para la adquisición de bienes, servicios y obras que requiere el Estado para su funcionamiento y el servicio del colectivo, sino un estatuto armónico y medular que determina la manera como han de vincularse los sectores público y privado a los proyectos realizados a través de la inversión pública. (p. 101)

Por lo anterior, la nueva dimensión de la contratación estatal o administrativa² a nuestro gusto resulta del compromiso que esta representa en el marco del cumplimiento de los fines del Estado, en concreto la atención del interés general, lo cual consideramos, junto con la visión de Cassagne (2004), como el elemento diferenciador y de especialización de los contratos y la contratación pública:

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su

2 Corresponde aclarar que el término contratación administrativa, es el nombre con el que se denomina a esta expresión de la actuación estatal en el marco de otros ordenamientos jurídicos, tales como Argentina, España y Francia.

principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa. (p. 1)

Por lo tanto, surge la pregunta respecto de si en los contratos estatales, que no son más que una especialidad del acto jurídico general que representa un contrato, existe verdaderamente la figura de la autonomía de la voluntad de las partes, en concreto en el ámbito de la contratación estatal (entendido como el proceso de preparación del contrato) y del contrato estatal per se, así como el grado de aplicación de aquella.

Es en lo anterior en lo que pretenderemos desarrollar el presente escrito, con el fin de revisar los elementos que definen la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes, o en su defecto, los elementos que representan algún grado de restricción de tal principio, situación que en concreto y para efectos del presente documento, entenderemos como tal al principio de la selección objetiva del contratista. Este abordaje se realizará desde la revisión doctrinal y jurisprudencial, en concomitancia con la normatividad correspondiente.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO PROPIO DEL MUNDO DE LOS CONTRATOS

Empezaremos este acápite de la presente disertación, advirtiendo que la autonomía de la voluntad en concreto representa el eje central para la configuración y desarrollo del mundo de las obligaciones desde el ámbito del derecho privado y que ciertamente ha hecho tránsito a la esfera del derecho público. En concreto, para el objeto que aquí nos ocupa es menester verificar el concepto de contrato en el ámbito del Código Civil que en su artículo 1.495 lo define como “*un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”, a lo cual debemos advertir que este artículo en sí contiene la definición de obligación más que la de contrato.

Se debe advertir que la definición de contrato dada por nuestro Código Civil, en armonía con lo dicho por diferentes autores, representa una expresión de la voluntad de las partes en la definición y establecimiento de *común acuerdo* de los elementos en los que se enmarca el negocio celebrado entre ellas. Aceptamos entonces que ese común acuerdo de las partes es una representación de la voluntad de aquellas, la cual también entendemos como el consentimiento que debe ser expresado libre de todo vicio, que por regla general se resumen en el error, la fuerza y el dolo.

Procederemos entonces en el desarrollo de este capítulo al análisis de los elementos propios que definen el principio de la autonomía de la voluntad, tanto en la generalidad como en el contexto de la contratación estatal. De igual forma, analizaremos los alcances del citado principio y las limitaciones propuestas para aquel.

El principio de la autonomía de la voluntad, definición, elementos y alcances

La autonomía de la voluntad privada es el resultado del vínculo o interacción de los sujetos de derechos, es decir, de las personas, el cual, como hemos referido previamente, guarda estrecha relación con el concepto de obligación. En efecto, aceptamos la posición de varios autores de referir que Kant define plenamente el concepto de autonomía de la voluntad como el elemento constitutivo del poder o libertad de los hombres de definir sus propias normas u obligaciones morales.

Sin embargo, el concepto de moral fue expulsado del derecho con la implementación del iuspositivismo kelseniano en donde la autonomía de la voluntad como expresión de la razón como remplazo de la primera como fuente de las obligaciones y de los contratos, afirmación que se evidencia de la posición unánime de los doctrinantes y que podemos condensar en la siguiente afirmación de Wagner de Tizon (2011) como la forma como la expresión por medio de la cual:

[el] individuo manifieste su voluntad y pueda autorregular sus intereses, el derecho le otorga un instrumento o herramienta práctica que es el acto o negocio jurídico. A través de él los particulares pueden dictar sus propias normas. Es lo que se ha dado en llamar poder jurigenético de la voluntad. Es entonces el negocio jurídico el canal de expresión de la autonomía. (p. 8)

Evidenciamos de lo anterior la presencia de un elemento común a la revisión de la literatura aplicable al caso, es decir, que esta autonomía se presenta como una herramienta propia de los particulares, por lo que a priori permite inferir que la contratación estatal no podría ser un escenario propicio para la aplicación de este elemento del mundo de las obligaciones.

En todo caso, tampoco podemos obviar el hecho de que siempre genera resistencia la segregación del mundo de los contratos estatales, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad pues la tal, como afirman Navarro y Rivera (2001), dicha autonomía representa la forma por excelencia para la creación los contratos como fuente de las obligaciones contenida en los los actos jurídicos, en consecuencia se soporta en el acuerdo libre de la voluntad de las partes como el eje articulador y justificante de las obligaciones surgidas entre las partes con ocasión de un contrato, entendido como una forma de expresión de los actos jurídicos.

De igual forma, también aceptamos que la autonomía de la voluntad representa tres elementos que configuran su existencia, tal como lo afirman autores como Cerra (2017), a saber: i) sujetos de la obligación,

ii) objeto de la obligación y iii) relación jurídica. El último de estos tres elementos es el que consideramos la representación de la autonomía de la voluntad, pues las partes de manera libre y consensuada han aceptado sujetarse a las prestaciones fijadas entre ellos.

Ahora bien, a los efectos de este acápite debemos precisar que la autonomía de la voluntad se expresa en propiedad en el ámbito de los contratos, pues en el fuero interno de cada persona no representa mayor interés para el ámbito de la ciencia jurídica, sino cuando se da la interrelación jurídica de las voluntades de varias personas o exteriorización, lo que creemos que es el elemento de interés para el derecho.

Esta situación precisamente fue la concepción que ocupó a los posrevolucionarios franceses y al mismo emperador Napoleón para la definición de una libertad aplicable en el ámbito contractual que expresase el poder de los contratantes para definir en su propia voluntad y criterio las reglas que regirán su relación. En concreto, consideramos que lo anterior se condensa en la siguiente premisa de la doctrina, que a juicio de Cerra (2017):

la autonomía contractual se constituye en un verdadero y auténtico poder normativo de que gozan las partes para reglamentar su relación jurídica patrimonial, bien creando, ora modificando, o, incluso, extinguiendo su vínculo jurídica patrimonial. (p. 185)

De igual forma, debemos entender que sin perjuicio de la escuela en la cual construyamos nuestra definición del concepto del principio de la autonomía de la voluntad, resulta acertado sostener el papel principalísimo de la voluntad en la producción de los efectos jurídicos del contrato. En cuanto esa voluntad se manifiesta lícitamente en una materia en la cual rige el principio de autonomía, el derecho la reconoce como fuente productora de consecuencias jurídicas y provee los medios necesarios para su eficacia. (Hernández, 2012, p. 29).

Es así como, aceptando que tenemos una definición clara del concepto del principio de la autonomía de la voluntad, procederemos ahora a la revisión sumaria de las características de aquel, que en resumen se expresan en que la autonomía de la voluntad está materializada en la expresión del consentimiento de un sujeto de derecho respecto de una determinada situación jurídica en concreto.

En efecto, la autonomía de la voluntad se materializa o caracteriza con la generación de la obligación, siempre que el citado consentimiento sea expresado de manera libre y espontánea. Consideramos en este punto importante destacar lo dicho por la Corte Constitucional Colombiana al manifestar que la autonomía de la voluntad se caracteriza por lo siguiente:

i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues estas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel. (Relatoría Corte Constitucional, C-934-2013).

Por lo tanto, concluimos de la valoración dada por la Corte Constitucional que la característica común para el principio de la autonomía de la voluntad en el marco de los contratos, es precisamente el elemento que da justificación y soporte para el surgimiento de obligaciones trabadas en el marco de las relaciones jurídicas consensuadas entre las partes en el marco de un negocio jurídico. Así mismo, debemos resaltar un aspecto que es resaltado por la interpretación constitucional de la citada Corporación Judicial en lo que refiere a la limitación que este principio debe observar para encontrarse ajustado al marco del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si bien es cierto que evidenciamos que este principio del mundo de los contratos y actos jurídicos pareciere ser ilimitado en cuanto a su aplicación para la creación de relaciones jurídicas, tampoco es menos cierto que el mismo deberá observar unas restricciones en cuanto a su aplicación y forma de materialización. La anterior situación, en lo que refiere a los contratos estatales o administrativos, se materializará de mejor manera y de ello nos ocuparemos en el tercer acápite de esta disertación, siendo entonces un principio no tan absoluto como pareciere en lo que a su configuración refiere.

Finalmente y tal como propusimos al inicio de este apartado, procederemos con la revisión de los sentidos o alcances que se circunscriben en el marco de la autonomía de la voluntad respecto de los contratos, a lo cual consideramos de importancia resaltar que a estos podemos representarle desde un sentido amplio y un sentido limitado del que procederemos a ocuparnos más adelante.

Ciertamente, la autonomía privada, como un elemento propio del Estado Liberal clásico, representa un sistema binario, según Hernández (2012), por medio de los cuales se atribuye el poder para la:

Creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas. (p. 30)

Concordamos con la afirmación de Katuska Hernández en cuanto a que la voluntad privada debe ser apreciada como un elemento propio de la esfera de derechos subjetivos, situación que incluso será predicable del Estado, si se acepta que aquel es un sujeto de un derecho, con prerrogativas especiales, pero en todo caso sujeto del ordenamiento jurídico, pues es aquel el que reconoce las consecuencias jurídicas de las relaciones o negocios celebrados entre los particulares. Consideramos de importancia referir que el poder que implica la autonomía se refleja así mismo en un ámbito de carácter particular, pues el poder de fijación de reglas generales y abstractas trasciende y excede a nuestro objeto de estudio.

En concreto, el alcance de la autonomía de la voluntad representa el desarrollo de actos o negocios jurídicos, ciertamente de carácter concreto, se soporta en los eventos de *“crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que también posibilita determinar el contenido de la misma, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.”* (Hernández, 2012, p. 30). Observamos entonces de la revisión de la literatura que en efecto esta autonomía es el enclave para la construcción de los elementos y aspectos del contrato a celebrar.

En conclusión de toda la revisión expuesta en precedencia, consideramos que la autonomía de la voluntad como un principio del sistema jurídico occidental es el enclave para la formación de los contratos o negocios jurídicos y el consecuente surgimiento de las obligaciones respectivas, por lo cual claramente representa una de las libertades personalísimas conquistadas con ocasión de la Revolución francesa. Empero, también pudimos apreciar que aquella no se representa como un elemento absoluto sino que debe observar alguna limitación, de lo cual procederemos a abordar en las siguientes partes de esta disertación.

LA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Aceptamos en líneas anteriores que el principio de la autonomía de la voluntad constituye ciertamente una de las libertades centrales del Estado de Derecho, bajo el entendido de que aquella ciertamente define la libertad individual de cada sujeto de derecho de definir los elementos, reglas y condiciones en los cuales soporta la formación de sus obligaciones que finalmente se expresarán en el contrato en el caso de que dicha autodeterminación sea consensuada.

Sin embargo, no podemos perder de vista que en el marco del sistema jurídico del Estado Social de Derecho, las libertades negativas y absolutas no pueden ser vistas aplicadas en el marco de su concepción clásica, en efecto, consideramos que el derecho moderno se orienta a la armonización de la libertad y el poder (entendido este último como

restricción de las libertades) y en consecuencia, las libertades modernas no son tan absolutas como se pretendía en la época posrevolucionaria francesa de 1789.

Resulta entonces pertinente indicar que las libertades individuales tendrán limitaciones, representadas en tres grandes elementos que constituyen el derecho constitucional del Estado de ejercer autoridad sobre sus administrados y por qué no, sobre el mismo, siendo aquellos, a saber: i) la afectación de las libertades generales o el interés general, ii) la afectación de otras libertades particulares de terceros o iii) la autoafectación del propio titular de la libertad. Estos casos son aquellos en los que el poder del Estado puede fijar a nuestro gusto alguna limitación al poder individual que la libertad representa, tal como lo reconoce en su obra Naranjo (2010, pp. 30-31).

Por lo tanto, debemos indicar que el principio de autonomía de la voluntad en el marco de los contratos, no puede ser visto como un elemento absoluto e incuestionable generado por el seno interno de las personas como sujetos de derecho, sino que debe en efecto observar las limitaciones que el mismo sistema jurídico le impone. Podemos apreciar en efecto que los tres elementos que permiten la restricción o ejercicio de limitación autoritaria sobre las libertades individuales se hacen presentes en este análisis.

De esta manera, podemos notar cómo algunas situaciones, a pesar de que en principio estarían respaldadas por la autodeterminación de la voluntad, considera Hernández (2012) que se ven proscritas de los sistemas jurídicos, tal como el hecho de que:

Nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad; no hay obligación de ofrecer y quien recibe una oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla, y si opta por este último camino, ello no le acarrea responsabilidad de ninguna especie, ya que es su opción la de contratar o abstenerse de hacerlo y de seleccionar con quien lo hace. (p. 30)

Ahora bien, dijimos en precedencia que la autonomía de la voluntad como principio y libertad propia del derecho moderno es la base para la creación de reglas particulares que definen las situaciones jurídicas concretas que fijan el horizonte de las relaciones jurídicas surgidas entre los particulares. Sin embargo, aquello no puede desconocer el mandato imperativo superior creado por reglas de carácter general, abstracto e impersonal que es fijado por el ordenamiento jurídico. Afirmaciones como las del profesor Cerra (2017) confirman nuestra observación al indicar que:

Esa facultad, encuentra freno, como ya se advirtió en las normas de orden público, que sí tienen el carácter de reglas imperativas. Es decir,

que las partes pueden disponer lo que quieran en su relación jurídica patrimonial siempre y cuando no atenten contra las normas de orden público, por ser disposiciones que exceden el interés particular e irradian hacia el interés común o social. (p. 186)

En efecto, los negocios jurídicos celebrados bajo el amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes tienen plena prevalencia, siempre que el negocio celebrado no tenga una contradicción, en lo que a sus formas, objeto y demás disposiciones refiera en cuanto a la observancia de los acuerdos al orden público y las buenas costumbres.

Consideramos ahora prudente, a efectos del desarrollo de la empresa propuestas para esta disertación, analizar sumariamente la limitación de la autonomía de la voluntad en el desarrollo de los procesos de contratación estatal y en el contrato estatal propiamente dicho, siempre y cuando aceptemos la idea de que aquellos son en efecto expresiones especializadas de los contratos en general.

Partamos entonces de la idea de que el mismo derecho administrativo se sustenta en ser el conjunto de normas que propende en pro de la regulación, definición y organización de estos, en el marco de la limitación al poder del Estado (Balbín, 2014, p. 1), por lo que, en principio, podemos decir que la autodeterminación de la voluntad del Estado no es un elemento absoluto.

Vale la pena indicar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 6 de la Constitución Política de 1991 en el ámbito de la esfera del derecho público, toda actuación del Estado debe ser reglada y atendiendo en consecuencia las expresas autorizaciones dadas por la misma norma constitucional, la ley y el reglamento para el desarrollo de sus funciones y actuaciones.

Hemos de advertir que la contratación estatal no goza del amplio espectro del principio de la autonomía de la voluntad de los particulares, pues ciertamente, aquella representa las formas en las cuales se prepara la voluntad de la administración al momento de contratar, orientada siempre por la búsqueda del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, es decir, la satisfacción de las necesidades sociales.

Por lo tanto es claro que dada la naturaleza en la que se reviste la contratación estatal en la medida en que atiende oportunamente el interés general por medio de la prestación de los servicios públicos, buscando para el efecto el apoyo y colaboración en los particulares/contratistas. En el marco de esta disertación, debe tenerse presente, como lo afirma Amaya (2016), que:

La actividad contractual del Estado estará orientada por el fin constitucional de este de buscar, proveer y garantizar el interés general. Para ello y de la mano de un particular denominando “contratista o colaborador”, realiza la prestación de los servicios públicos bajo la

orientación de los principios de continuidad, calidad y eficacia. (p. 189)

Debemos precisar que la contratación estatal en virtud del objetivo que persigue es sin dudas una de las actuaciones administrativas en donde mayor reglamentación y limitación a la discrecionalidad existen en el contexto del Estado moderno.

Es así como el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y Decreto Reglamentario 1082 de 2015), reconfiguró, tal como lo afirman Amaya y Patiño (2017), en un giro de 180 grados la forma de contratar por parte del Estado, en la medida en que centró el ejercicio de esta prerrogativa y actividad del Estado en el marco de unos principios que orientan el proceso, en tanto que definen el contenido material y sustancial del deber ser de la contratación pública, argumento que es compartido por otros autores al indicar el “*Régimen de la contratación estatal de la Ley 80 de 1993 (...) calificado como un verdadero estatuto de principios*” (Rodríguez, 2013, p. 21).

Por lo tanto, consideramos a la contratación estatal como una forma de celebración de negocios jurídicos entre los particulares y el Estado, en donde se fija una limitación en cuanto a los principios que le orientan como herramientas que definen la forma y alcance de la voluntad del Estado. Pero el porqué de dicha limitación pareciere ser la pregunta sin resolver hasta el momento en esta empresa; sin embargo, tal situación ya la hemos abordado de manera sumaría al inicio de la presente disertación al indicar que es el interés general y el cumplimiento de los fines sociales del Estado el que justifica las reglas especiales en el contexto de la contratación estatal, procederemos a desarrollarla en el siguiente acápite.

En concordancia con lo dicho en precedencia, consideramos acertada la afirmación de algunos autores al indicar que para el cumplimiento del deber ser de la contratación estatal, aquella fue limitada por cuanto:

El constituyente y el legislador establecieron unos marcos para el ejercicio de la función contractual del Estado, en donde se construyen una serie de fórmulas jurídicas que pretenden asegurar el cumplimiento de los principios y fines de la contratación estatal, de tal suerte que se permita el desarrollo eficiente de los acuerdos de voluntades en donde el Estado se ha hecho parte en uso de su potestad de mando, es decir en ejercicio de la función administrativa. (Amaya, 2016, p. 190)

En consecuencia, consideramos que la regulación establecida en el contexto de la contratación estatal está representada por medio de principios que definen el alcance y orientación de la contratación, entendidos aquellos como deberes que al aplicarse procederán a optimizar el ejercicio de esta función administrativa, pues en efecto:

De una revisión exegética de las normas del Estado colombiano se

advierde la presencia y desarrollo de los postulados genéricos de origen constitucional: Responsabilidad, la Transparencia y la Economía, dando definiciones y conceptualizaciones claras de cara al proceso de contratación estatal.

Posterior a ello se construyen una serie de mandatos de optimización del ejercicio contractual del Estado, entre ellos se tienen: La selección objetiva e imparcialidad, la legalidad, la eficacia del proceso entre otros; los cuales permiten al menos en el plano normativo cumplir con los principios constitucionales y por consiguiente alcanzar el precepto Recto que se encierra en el Interés Público. (Amaya y Patiño, 2017, p. 16)

De esta manera, hemos evidenciado que la contratación estatal colombiana, si bien es cierto que se sustenta en el marco de la teoría general del negocio jurídico, tampoco es menos cierto que, dada la particularidad de los asuntos que por medio de ella se gestionan, existen reglas que fijan una limitación al desarrollo de dicha autonomía en cabeza de las entidades públicas contratantes, como por ejemplo la selección del contratista, la cual, de cara a lo establecido por el marco jurídico, debe ser realizada observando el deber y principio de selección objetiva del cual procederemos a ocuparnos en el siguiente apartado de este documento.

EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA: UNA RESTRICCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Hemos afirmado en los acápites anteriores que la autonomía de la voluntad es principio universal sobre el cual se soporta la construcción de las relaciones jurídicas que representan los contratos. Sin embargo, también se ha mencionado en este documento que en el campo de la contratación estatal dicha autonomía como fuente universal de la creación de los negocios jurídicos encuentra restricción, no solamente en las que se expresan en el campo de los particulares sino también en las reglas especiales que, en razón de la finalidad que esta pretende, han sido creadas.

En efecto, nos ocuparemos en este acápite de la revisión del principio de la selección objetiva del contratista del Estado, precisamente como una de las instituciones que se erigen como limitación de dicha restricción a la autonomía no solo de la voluntad de la entidad contratante, sino también eventualmente del futuro contratista. Se realizará una exploración y aproximación al concepto y elementos esenciales del principio de selección objetiva, para en posterior analizar sumariamente los retos que de cara a la legislación actual se ponen de presente respecto de aquel, a fin de demostrar la hipótesis trazada en este documento.

El principio de la selección objetiva en la contratación estatal

Consideramos de importancia indicar que el principio de selección

objetiva en el contexto de la contratación estatal, no debe ser visto solo como un principio, sino también como un deber a cargo de la entidad pública instructora del proceso (Miranda, 2016), con el que ciertamente se busca asegurar que el contratista seleccionado sea el más idóneo y por qué no decirlo, correcto para la ejecución del objeto contractual, que a fin de cuentas no es otra cosa que la prestación de un servicio público.

Creemos importante poner de presente que los particulares seleccionan a sus contratistas en lo que a su visión subjetiva representa la idoneidad para cumplir con la satisfacción de sus necesidades, que a fin de cuenta es lo que motiva la celebración del contrato, una clara demostración del principio de autonomía de la voluntad; sin embargo, aquello no tiene cabida en el campo de la contratación estatal.

En gracia de discusión de esta empresa, debemos indicar que el principio/deber de la selección objetiva sí se contiene en una tipificación normativa en el marco regulatorio de la contratación estatal, en concreto la Ley 80 de 1993 reformada por la Ley 1150 de 2007. Sobre la vicisitud que representó la norma citada en precedencia nos ocuparemos más adelante, por ahora nos preocupamos por definir qué es la selección objetiva, a lo cual aceptamos la postura de Miranda (2016) al indicar que dicha selección objetiva no es otra cosa que el desarrollo del principio de transparencia.

Por lo tanto, la selección objetiva, según afirma Rodríguez (2015), se representará como la selección de la oferta más favorable de las propuestas recibidas en el marco del proceso de selección, a partir de los parámetros establecidos en la convocatoria, en concreto la aplicación de:

critérios objetivos al comparar y evaluar las propuestas, todo ello desde una lógica razonable en concordancia con los principios de la contratación, ya que desde los mismos pliegos de condiciones se verifica que sean lo suficientemente claros y coherentes, es decir, que no estén por fuera del contexto de la función pública ni que las entidades actúen de mala fe apartándose de la normatividad reguladora del proceso contractual y menos aun aprovechando los vacíos jurídicos de la norma para favorecer intereses personales o de terceros, culminando con una desigual selección al actuar bajo subjetividades y vulnerando tanto principios como derechos de los proponentes, afectando igualmente de forma indirecta a la misma entidad contratante ya que más adelante ello degenera en problemas judiciales que implican altas sanciones pecuniarias. (p. 9)

Este entendimiento de la selección objetiva también es aceptado por los diversos sectores de la doctrina, al reconocer que esta selección buscará la escogencia del contratista o colaborador de la administración que mejor represente los intereses de aquella en cuanto al objeto y finalidad del contrato refiere.

No obstante, aún debemos abordar el punto relacionado con qué es lo que representa esa selección objetiva en el contexto práctico de la contratación estatal, y cómo aquello puede representar una limitación a la autonomía de la voluntad. Para ello consideramos que es necesario analizar los dos esquemas normativos que han dado luz al precitado principio, es decir, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, precisando en todo caso que la segunda norma eliminó la tipificación inicial fijada por el legislador.

El porqué de este abordaje encuentra respuesta en la postura de Chaves (2010, p. 128), quien en su análisis sobre esta temática afirma que la regulación sobre la selección objetiva, en el contexto del Estatuto General de la Contratación Estatal reconoce que la selección debe ser establecida o mejor determinada por medio de criterios objetivos, que evidencien la favorabilidad de la oferta a los intereses de la entidad. Empero, la diferencia entre las dos normas que conforman dicho estatuto, está dada en el hecho de que la Ley 80 de 1993 permitía aún una discrecionalidad, entendible como una autonomía ilimitada para fijar dichos criterios; sin embargo, la Ley 1150 de 2007 fijó de manera restrictiva y taxativa al contenido de ella los criterios de selección que se utilizan para determinar la oferta más favorable para la entidad.

En este punto es importante indicar que la selección objetiva debe observarse en todas las modalidades de selección de contratistas, por cuanto verdaderamente las entidades deben eliminar de su valoración de las ofertas todo juicio subjetivo que esté fundado en intereses particulares, entendiendo a la objetividad como un criterio de valoración sobre la realidad (Amaya y Patiño, 2017, p. 17).

De lo anterior encontramos con ocasión de la revisión de la literatura que el principio de selección objetiva, dada su naturaleza, puede referenciar dos alcances o sentidos: uno positivo, bajo el entendido de que aquel permite el desarrollo de una ponderación de intereses de conformidad con lo fijado por una voluntad distinta a la del sujeto que actúa, articulando las necesidades del proponente con las necesidades de la entidad expresadas en observancia de las normas contractuales pública; y por otra parte, un criterio negativo, entendido como la cualidad que le permite a una persona superar su subjetividad y ver el objeto o situación del proceso contractual tal como lo es (Castro, García y Martínez, 2010, p. 41).

Creemos de importancia referir que la selección objetiva no puede ser vista como un principio aislado en el contexto de la contratación estatal, pues precisamente aquella debe ser observada en complemento con el principio de imparcialidad, favorabilidad de oferta, transparencia y legalidad.

En efecto, al considerar el principio de transparencia en la visión de Yong (2013), podemos apreciar cómo aquel hace referencia al respeto por

parte de la entidad y los proponentes de los ritualismos y procedimientos fijados por el estatuto de la contratación pública, de modo que el mismo sea adelantado de manera:

pública, objetiva, imparcial, diáfana, sin lugar a ambigüedades que puedan ser aprovechadas por personas inescrupulosas, deseosas de apoderarse del erario público, cuyo destino es satisfacer necesidades de la colectividad. Por ello en el desarrollo de ese principio, se exige a las autoridades públicas, cuando vayan a celebrar un contrato, utilizar, de manera ineludible, los procedimientos señalados en el estatuto para escoger de manera objetiva al colaborador de la administración. (pp. 43-44)

Ahora bien, debemos resaltar que la selección objetiva también se representa con ocasión de la observancia de la imparcialidad en el contexto de los procesos de contratación estatal, como quiera que aquella apunta al respeto por la igualdad, encontrando como institución para su materialización los mecanismos de selección objetiva, tal como lo afirma Rodríguez (2013, p. 39). En suma, al hecho de que aquello se corresponde con la transparencia, evitando un actuar preestablecido a favor de algún proponente o la segregación irrazonable.

En cuanto al principio de favorabilidad consideramos, a nuestro gusto, que más que un principio independiente, es el resultado de la aplicación del principio de selección objetiva de manera correcta; en otras palabras, es la materialización del deber que implica la observancia de la objetividad en la contratación estatal, pues la selección será conforme a la comparación entre las condiciones del contrato y de la oferta, pues la *“favorabilidad en la elección no es discrecional ni arbitraria sino que implica observar las reglas que dispone la ley al respecto para asegurar el ofrecimiento más favorable”* (Fandiño, 2014, p. 145).

Todo lo anterior, creemos, puede condensarse en el marco de la aplicación del principio de legalidad, el cual resulta tácito en el desarrollo de los ámbitos de los procesos de contratación estatal y la ejecución del correspondiente contrato, pues la administración pública debe actuar conforme el marco de acción que le permite el marco jurídico vigente y aplicable a su actuar, que en el caso concreto, corresponde a las leyes y reglamentos administrativos, argumento que comparte Cassagne (2009, p. 55).

De acuerdo con lo que hemos revisado hasta el momento, podemos concluir que la doctrina reconoce que el principio de selección objetiva implica en sí mismo un deber a cargo de la entidad, la cual verá limitada su voluntad y autodeterminación al momento de seleccionar al contratista que ejecutará el contrato, representando en consecuencia la observancia de los demás principios referidos en precedencia, así como lo afirma Matallana (2012, p. 510), mediante la fijación previa de los elementos y

critérios que debe cumplir el proponente que aspire a ser adjudicatario de un contrato.

La selección objetiva como representación de la legalidad contractual y la limitación a la autonomía de la voluntad

Hemos desarrollado hasta ahora un ejercicio de conceptualización con el propósito de proporcionarnos una definición del principio de selección objetiva en el contexto de la contratación estatal, a lo cual encontramos que es el esquema central que debe ser observado en el desarrollo de los procesos de contratación estatal que se instruyen en Colombia. Empero, aún debemos responder si aquello representa una limitación a la autodeterminación de la voluntad de la entidad, teniendo de presente que aquello representa un principio general del derecho de los contratos, así como también, si la eventual limitación responde a una justificación válida.

Al respecto, consideramos necesario retomar lo planteado en la justificación dada en la introducción de esta disertación respecto de la justificación del contrato estatal como una especie diferente al resto de los contratos existentes en el mundo del derecho. En efecto, si bien es cierto que el hecho de que la administración pública sea una de las partes del contrato genera importancia y justificación para segregar al contrato estatal del mundo privado, lo cierto es que, tal como lo afirma Cassagne (2009, p. 5), la vinculación con lo público está verdaderamente soportada en la conexión de este con el interés general que representa o se persigue con aquel, más que en el hecho de que una de las partes sea el Estado.

En efecto, la salvaguarda del interés general es la principal justificación del desarrollo especializado de la contratación estatal, tal como lo afirman Amaya, Hernández y Méndez (2017, p. 8) al indicar que esta actuación administrativa es *“en donde el Estado por medio de una serie de principios y reglas que orientan el proceso busca la satisfacción de dicho interés. El anterior proceso pretende brindar a la comunidad servicios públicos con calidad, continuidad y eficiencia”*, lo cual guarda plena relación con lo dicho en precedencia por los otros autores consultados.

Por lo tanto, la administración pública debe observar la regulación especial que se ha instituido para el desarrollo de esta actuación administrativa. Notemos entonces que, dada su naturaleza no es un simple contrato, sino que en efecto representa la materialización y cumplimiento de los fines del Estado con ocasión de los objetos contractuales, por ello no pareciere admisible la discrecionalidad del mundo de los contratos privados.

Consideramos que seleccionar objetivamente un contratista, quien en suma realizará una administración y ejecución de los recursos públicos con los que se financia el contrato, no es otra cosa que el respeto en pro de

garantizar el control y la moralidad de la administración en concordancia con el régimen democrático del Estado moderno, tal como lo afirma Palacio (2014, p. 63).

En nuestro criterio, el interés general que representa el contrato estatal es la mejor justificación para la limitación de la autodeterminación de la voluntad de la entidad contratante, pues aquella deberá observar las reglas que el contexto normativo vigente ha fijado sobre la materia, situación que afortunadamente ha sido tipificada expresamente por aquella, al definir al menos en un contexto deontológico el deber ser de dicha selección objetiva que no es otra cosa que el respeto por la legalidad.

Aceptamos entonces para los efectos de esta empresa, que la selección objetiva en el contexto normativo del año 2007, representa en el entendimiento de Chaves (2010) una rigidez que a su vez ha de ser tenida como una restricción al principio de la autodeterminación de voluntad de las personas al momento de la celebración de sus contratos, en el caso del Estado como sujeto de derecho, pues aquel no podrá seleccionar libremente a su contraparte, sino que aquella determinación o manifestación de voluntad estará limitada a la escogencia de la oferta más favorable, lo que a su vez debe ser establecido:

Conforme a la capacidad técnica, económica, jurídica y de organización y, otros de ponderación donde se calificarán factores técnicos y económicos, bajo los parámetros que en ambos casos se establezcan en los pliegos de condiciones definitivos de manera precisa y detallada para verificación de las ofertas y ponderación de las mismas. (p. 132)

Es por lo que hemos advertido en precedencia que consideremos que la selección objetiva se constituye en un principio y deber de las entidades públicas que limitan la autodeterminación de la voluntad de aquellas a la hora de contratar, pues ciertamente estas deben en procura del precepto de la transparencia, escoger la propuesta más favorable y ventajosa a los intereses de aquellas (Mantilla, 2014, p. 142).

Ahora bien, la legalidad que representa esta restricción a la autodeterminación se hace presente bajo la idea de que la entidad debe, conforme a los criterios fijados por la ley, determinar cómo identificará la oferta más favorable a sus intereses a partir de factores técnicos y económicos, situación que en todo caso también cuenta con una restricción, pues al momento de seleccionar la oferta la entidad también deberá valorar *“que se escoja la oferta menos ‘costosa’ para la entidad adquirente, estableciendo una relación entre el precio por pagar con respecto a los diferentes factores que determinan la cantidad de lo que se va a recibir”* (Suárez, 2014, p. 367). Lo anterior comporta una serie de situaciones que deben ser evaluadas por la administración pública para la determinación de la favorabilidad de la oferta seleccionada, pretendiendo aquello desarrollarse

tal como se indicó en precedencia de la manera más acercada a la realidad y en consecuencia, objetivamente posible.

En este orden de ideas, debemos referir que la selección objetiva se presenta en el contexto del cumplimiento de un deber legal como ya se dijo en precedencia, en la medida en que, por regla general, se impone el deber a todas las entidades de adelantar sus procesos de selección de contratistas mediante la licitación pública como una regla general (Matallana, 2012, p. 510). Se debe tener presente que en todos los procesos se propugnarán por la observancia de los mismos modelos de ponderación de ofertas, restringiendo en este punto aún más la voluntad de la administración a la hora de determinar tales criterios.

Ciertamente, la aplicación de las modalidades de selección de contratistas representa la materialización, al menos en el plano instrumental, de la selección objetiva, pues al afirmarse que la administración pública en todo proceso de contrato se debe adjudicar de conformidad con la modalidad que se corresponda con el objeto contractual, implica ciertamente que la discrecionalidad que tendría un particular en cuanto a la forma de escoger a su contratista o contraparte no es compatible con el mundo de los contratos públicos.

En efecto, creemos acertada la visión que Expósito (2003, pp. 396-397) expone en su obra al afirmar que los procedimientos de selección de contratistas se deben observar como:

Un conjunto de actos, pronunciamientos y decisiones que permiten a la administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto más apto para contratar.

Lo anterior representa ciertamente a nuestro gusto que con las modalidades de selección, al menos en el deber ser, la escogencia del contratista será adelantada con el mayor grado de diligencia y objetividad de la persona más idónea para ser el contratista del Estado, siendo en efecto lo anterior una clara restricción a la autonomía de la voluntad pública, pues como ya se ha dicho previamente los particulares no deben motivar objetivamente la selección de sus contrapartes en el marco de sus negocios y actos jurídicos.

Viene de lo anterior en nuestro gusto poner de presente que la misma Ley 80 de 1993 hace referencia a la limitación de tales discrecionalidades que implica la autonomía de la voluntad en el contexto de la contratación del Estado, al referir que todo lo relacionado con los procesos de contratación y ejecución del correspondiente contrato se adelantará con arreglo a lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Comercio, sin perjuicio de

lo expresamente regulado por ella “*como lo son las modalidades de selección objetiva de contratistas, los principios de la contratación pública, la competencia para contratar de las entidades públicas, las potestades excepcionales (antes llamadas cláusulas exorbitantes), entre otras*” (Amaya, 2016, pp. 188-189).

Es importante notar entonces, como la misma fuente jurídica primaria en materia de contratación fija, la restricción al principio de la autodeterminación de la voluntad, no solo en el aspecto de la forma de escoger al contratista, sino también en el otorgamiento de la competencia a las entidades públicas para celebrar procesos de contratación y la suscripción del respectivo contrato, con lo cual, si aceptamos que la competencia en el marco de la esfera del derecho administrativo es asimilable a la capacidad en el marco del derecho privado, se hace entonces notoria la restricción del principio de la autonomía de la voluntad, pues tal como lo afirma Rodríguez (2013, p. 124), la formación de la voluntad para contratar de las citadas entidades debe cumplir con los ritualismos y procedimientos fijados en la Ley.

Afirmamos al inicio de esta disertación que la autonomía de la voluntad como un elemento que define el mundo de los contratos que se soporta en el poder de autodeterminar las prestaciones contenidas en una obligación y en consecuencia en un contrato, no puede ser vista como un absoluto que no admite cuestionamiento, ya que aquella debe ser observada en el contexto del sistema jurídico en el que se desarrolla.

Se debe indicar en este punto que para el desarrollo de la voluntad y la competencia de las personas del derecho privado y las entidades públicas, se debe observar la regla fijada por el artículo 6 de la Constitución Política al definir que los particulares pueden adelantar todo aquello que no les esté expresamente prohibido en el derecho vigente, mientras que los servidores públicos solo pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido por el ordenamiento jurídico, y precisamente es en dicha dicotomía que se ha de analizar la justificación de la limitación a la autonomía de la voluntad en los contratos estatales de cara al principio de la selección objetiva.

De lo anterior debemos apreciar que en el campo del derecho privado (civil, laboral y comercial) la formación de la voluntad en el contexto de la autodeterminación encuentra límites cuando la consecuencia de tal manifestación resulta contraria ante las expresas prohibiciones que el ordenamiento jurídico contempla, como por ejemplo la celebración de contratos consensuados para la comisión de un injusto penal, así como también, cuando el contrato se realiza en contra de la voluntad de alguna de las partes.

Ahora bien, al analizar esta situación en el contexto de la contratación estatal y en concreto con ocasión de la selección objetiva, encontramos

que Fandiño (2012) considera que:

En nuestro derecho se adoptó desde hace mucho tiempo el sistema restrictivo para la selección del contratante de la administración (...) A diferencia de lo que ocurre con los sistemas de libre elección, en donde la administración goza de mayor amplitud para seleccionar al contratista, en cambio en estos sistemas, el ordenamiento jurídico positivo regula totalmente el procedimiento de selección, es decir, que los entes estatales no tienen ningún margen para establecer reglas al respecto, ya que están prefijadas. (pp. 9-10)

Creemos que la anterior referencia es la mejor explicación de lo aquí pretendido pues en efecto condensa la postura adoptada en nuestra disertación en el sentido de que la selección objetiva es un proceso completamente reglado que no da margen de interpretación, al menos en el contexto de la literalidad, para definir cómo escoger un contratista, pues la entidad se tiene que someter a las reglas que están fijadas para tal efecto en la Ley; es decir, los criterios de selección y evaluación de las ofertas.

Compartimos la visión de Matallana (2012, p. 523) cuando afirma en su obra que la administración no goza de la posibilidad de contratar y seleccionar libremente a su contratista, afirmación que respalda nuestra posición, así como también el hecho de que esta restricción a la libertad y autodeterminación de la voluntad de la administración pública en el marco expuesto, es la forma que resulta de la regulación dada por el principio de legalidad desprendido del artículo 6 de la Carta Política de 1991, resultando interesante para nuestra disertación el hecho de que:

Si bien puede ser libre la administración cuando decide cumplir sus fines a través de la contratación, deja de serlo cuando inicia el proceso de adjudicación del contrato, pues tiene que poner en marcha todo el aparato técnico y humano para llevar a cabo el procedimiento de selección, y puede salirse de los cánones establecidos para ello en el ordenamiento jurídico administrativo positivo. (pp. 523-524)

Sin embargo, no podemos perder de vista el hecho de que el Estado colombiano se ha constituido como Estado social de derecho que reconoce la competencia y la autonomía privada de la voluntad de las partes como derecho constitucional, por lo cual la legalidad en la que se instituye y a su vez se representa la selección objetiva, da cuenta de la justificación para su restricción, pues es el legislador el que fija la forma de restricción, siendo aquello un ámbito de su entera competencia en el contexto de la cláusula de configuración legislativa.

Por lo tanto, ciertamente, compartimos la visión respecto de que la selección objetiva cuenta con el debido soporte para la restricción o

limitación de la autonomía de la voluntad en el contexto de la contratación estatal, de cara a que a que esta actuación del Estado reconoce la protección de la prestación del interés general que se pretende con ocasión de la contratación y en consecuencia, tiene sentido y justificación el marco normativo expedido en función de la materialización jurídica del citado principio.

CONCLUSIONES

Ciertamente, la contratación estatal y los contratos estatales representan la mejor forma para el desarrollo de la gestión indirecta de la función administrativa respecto de la prestación del interés general y la atención de las necesidades colectivas por parte del Estado, y es precisamente aquello lo que creemos que justifica la especialidad y diferenciación de los contratos de la administración pública de la teoría general del negocio jurídico.

La diferenciación aludida en precedencia está generada precisamente desde el espectro legal y reglamentario que justifica y dispone las reglas especiales que deberán observarse a la hora de adelantar los procesos de contratación, así como la respectiva celebración y ejecución de los contratos se encuentra soportada en el ideal de asegurar la prestación del interés general y el respeto por el principio de legalidad que debe imperar en toda actuación administrativa.

Sin embargo, hemos de reconocer que todo negocio jurídico, incluido el que se representa en un contrato estatal, no puede en principio desconocer la autonomía de la voluntad como elemento central en el que se estructuran los actos jurídicos. La autonomía de la voluntad es la capacidad de las personas de autodeterminarse en la fijación de las prestaciones a las que se obligan, lo cual a su vez es reconocido como una libertad propia de los Estados de derecho.

Ahora bien, dicha autodeterminación encuentra límites, pues no serán válidas las prestaciones que amparadas en aquel principio sean contrarias al ordenamiento jurídico o en detrimento de los derechos de las partes que celebren algún contrato, lo cual consideramos que es completamente válido si reconocemos que el propósito del derecho moderno es el de armonizar las libertades individuales y colectivas en el marco de la vida en sociedad.

Lo dicho en precedencia encuentra aún más sentido si lo miramos desde la óptica de la contratación estatal, pues la administración pública como parte del contrato, si bien es cierto que tiene la libertad de decidir cumplir sus fines a través de un tercero o colaborador, tampoco es menos cierto que aquello sea sinónimo de la conformación de los contratos en un amplio espectro de liberalidad de cara al principio de la autonomía de la voluntad.

Pues como se ha dicho a lo largo de esta disertación, además de respetar las reglas generales que el derecho vigente impone a dicha autonomía de la voluntad, las entidades públicas también deben observar las reglas especiales que en el seno del derecho administrativo se han fijado para el correcto desarrollo de la contratación estatal, sin temor a errar la actuación pública más regulada, y en consecuencia, para apreciar la validez de los actos desplegados con ocasión de la contratación estatal deber observar todos los ritualismos y el debido proceso administrativo, por parte de su instructor, es decir, el Estado.

Creemos entonces que el principio de selección objetiva se entiende como un conjunto de reglas que definen la forma en la que el Estado seleccionará el colaborador que estará llamado a la ejecución a su nombre de los fines estatales, eliminando de toda forma posible criterios o elementos subjetivos que rompan con la regla de buscar la oferta más favorable y transparente. Este es el deber ser de la contratación pública, lo cual matiza y restringe la libertad de autodeterminación en lo que a la escogencia de la contraparte de la administración pública en un contrato refiere.

Lo anterior encuentra sentido en el hecho de que la contratación estatal debe observar el cúmulo de reglas especiales para su adecuado desarrollo y cumplimiento de las finalidades que para ella ha dispuesto la Constitución Política de 1991 y el marco legal correspondiente (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007), por lo tanto limitar la autonomía de la voluntad no resulta en un capricho de legislador de separar al contrato estatal de la teoría general del negocio jurídico, sino que, por el contrario, refiere a la necesidad de institucionalizar en debida forma, al menos en el deber ser la forma de escoger al contratista que tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines estatales a nombre de la administración pública.

Decimos que es al menos en el deber ser, pues, a pesar de tener una reglamentación debidamente tipificada en los textos normativos en lo que refiere a la forma en que se debe realizar la escogencia o selección objetiva en donde se dispone qué factores serán necesarios para determinar que un oferente o proponente es el más favorable para el objeto a contratar, tampoco es menos cierto que las entidades aún gozan de un amplio margen para estructurar en cada caso dichos elementos, lo cual en el fondo le resta validez y legitimidad al propósito con el que se ha establecido la figura de la selección objetiva en detrimento de la autonomía de la voluntad como pilar rector del mundo de los contratos y la teoría general de los negocios jurídicos.

Finalmente, no resta decir que el desarrollo de las funciones de los entes de control, así como la constante autoevaluación por parte de las entidades públicas contratantes, será el eje que permita materializar

en debida forma la restricción que la selección objetiva representa a la autonomía de la voluntad en los procesos de contratación estatal de cara a la formación del contrato administrativo, representando así su validez y legitimación que de manera deontológica ha sido fijada por el marco jurídico aplicable a esta actuación administrativa.

REFERENCIAS

- Amaya, C. (2016). De las potestades excepcionales en la contratación estatal colombiana ¿Instrumentos para la defensa del interés general o superposición de la administración? *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, VII(14), 187-208.
- Amaya, C., Hernández, L., y Méndez, Z. (2017). La corrupción en la contratación estatal: ¿entre la etiqueta y la acción social? *Revista de Derecho Público*, (87), 7-31. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2017.47242>
- Amaya, C., y Patiño, M. (2017). *La contratación administrativa en el marco de principios optimizadores de la función administrativa el modelo colombiano y argentino*. Balti, República de Moldavia: Publicia.
- Angarita, R., Delgado, M., y Reyes, L. (s.f.). *Características del sistema de contratación estatal en Colombia*. Tesis de Especialización, Universidad Libre de Colombia, Especialización en Contratación Estatal, Cúcuta.
- Balbín, C. (2014). *Manual de derecho administrativo (segunda edición actualizada y ampliada)*. Buenos Aires: La Ley.
- Cassagne, J. (2004). Características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional. *Revista Derecho Administrativo*, (49), 701-719.
- Cassagne, J. (2009). *El contrato administrativo* (3a ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Castro, C., García, L., y Martínez, J. (2010). *La contratación estatal: Teoría general. Perspectiva y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cerra, E. (2017). De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia. *Advocatus*, 14(29), 179-190.
- Chaves, J. (2010). La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de subasta inversa. *Vniversitas*, (120) Vol 59, 125-140.
- Expósito, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fandiño, J. (2012). *Modalidades de selección en el contrato estatal*. Bogotá: Leyer.
- Fandiño, J. (2014). *La contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

- Hernández, K. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigaciones e Innovación Educativa*, (6), 27-46.
- Mantilla, C. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia. *Principia Iuris*, Vol 22 (22), 141-161.
- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la administración pública reforma de la Ley 80 de 1993* (3a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. *Verba Iuris*, 11(35), 65-84. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.6>
- Naranjo, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (11a ed.). Bogotá: Temis.
- Navarro, A. y Rivera, A. (2001). *Instituciones del derecho privado en la contratación estatal*. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá.
- Palacio, M. (2004). Cláusulas Excepcionales. *Revista de Derecho Público*, (17), 101-110.
- Palacio, J. (2014). *La contratación de las entidades estatales* (7a ed.). Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Relatoría Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-934-13, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá.
- Rodríguez, M. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Rodríguez, L. (2015). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta*. Tesis de grado, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Suárez, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá: Legis - Pontificia Universidad Javeriana.
- Wagner de Tizon, C. (2011). *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. Tesis Doctoral, Universidad del Litoral, Facultad de Derecho, Santa Fe.
- Yong, S. (2013). *El contrato estatal: en el contexto de la nueva legislación* (3a ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.