

HACIA UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PUBLICA DESDE EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO Y LA GERENCIA PUBLICA.

FORERO FORERO, Deisy Joanna

¹ Abogada Universidad Santo Tomás. Bucaramanga. Especialista en Derecho Administrativo. Usta Bucaramanga. Especialista en Contratación Estatal. U. Externado. Magíster en Derecho Administrativo. U. Rosario. Doctoranda en Derecho Público. Usta Tunja. Asesora Jurídica Entidades Públicas. Docente Universitaria pregrado y postgrado. e-mail: joanna.forero@ospinayforero.com

RESUMEN

Una de las formas de actuación de las entidades estatales es a través de los contratos, entendidos como una herramienta para la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Esta actividad, regida por los principios que orientan la actividad administrativa, se torna rígida.

Si bien la Ley 80 de 1993 reconoció la presencia de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, ésta no es tan amplia como la presente en los contratos privados pues, soporta el principio de legalidad. Siguiendo los postulados del análisis económico del derecho, se puede tener una nueva visión de la actividad contractual pública para entenderla como una institución desarrollada a través de procesos y procedimientos tendientes a obtener los máximos resultados. Además, entender al Estado como un agente del mercado que, valiéndose de la contratación, logre satisfacer en mejor forma las necesidades de la comunidad. En la actualidad, el análisis económico del sector y el de riesgos, deben hacerse previo a la suscripción de un contrato estatal; conviene que este concepto esté al

interior de toda la actividad contractual pública y que se adopten decisiones racionales en términos de eficiencia y eficacia para optimizar los recursos del Estado. Se apunta a un gobierno de transacciones donde la ley es un incentivo que regula mejores transacciones y decisiones; así la actividad contractual pública y su papel en el desempeño económico, tiene el propósito de economizar costos de transacción y hacer las instituciones más eficientes.

PALABRAS CLAVE: Actividad contractual pública, actividad administrativa, costos de transacción, eficiencia, eficacia, decisiones de mercado.

ABSTRACT TOWARDS A NEW PERSPECTIVE OF PUBLIC CONTRACTUAL ACTIVITY FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND PUBLIC MANAGEMENT.

One of the forms of action of the state entities is through contracts, understood as a tool to satisfy the needs of the community. This activity is ruled by the guiding principles of administrative activity becoming inflexible.

Although the law 80 of 1993 recognized the

presence of autonomy of the will in state contracts, it is not as broad as the one present in private contracts because it supports the principle of legality.

Following the postulates of the economic analysis of the law, it is possible to have a new vision of the public contractual activity to understand it as an institution developed through processes and procedures tending to obtain the maximum results. To understand the State as a market agent that, through contracts, can best meet the needs of the community. Currently, economic analysis of the sector and risk analysis are economic aspects that must be taken into account prior to sign a state contract, it is appropriate that this concept is within all public contractual activity and that rational decisions are taken in terms of efficiency and effectiveness to optimize state resources. It points to a government of transactions where the law is an incentive that regulates better negotiations and decisions; this way, public contractual activity and its role in economic performance, is intended to economize transaction costs and make institutions more efficient.

Keywords Public contractual activity, administrative activity, transaction costs, efficiency, effectiveness, market decisions.

INTRODUCCION

Dentro de la actividad desplegada por las entidades públicas, toma verdadera importancia la contractual que se desarrolla, esencialmente por la administración, aunque no es de su exclusividad; esta actividad contractual, en la actualidad, se enmarca y desarrolla dentro de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, pluralidad de oferentes, selección objetiva, economía, eficacia, eficiencia y legalidad.² En virtud de este último, la misma ley determina el contrato en cuanto a su formación, esencia, objeto, finalidad, y, en ocasiones, su contenido clausular; por eso, se puede decir que la administración no actúa por su propia autoridad, sino con fundamento en la que emana de la ley; es decir, que esa actuación contractual de las entidades estatales o de derecho público, implica la particularización de los mandatos abstractos de las normas, lo que en muchas ocasiones hace que toda la actuación contractual de las entidades públicas se entienda como actividad administrativa, rígida o poco flexible. Por esta razón, es conveniente que la contratación de las entidades públicas se pueda abordar, no desde el concepto del derecho administrativo, sino desde el Análisis económico del derecho y desde la Gerencia Pública, para que, de esta manera, se dinamice y ejecute en términos

² Ley 80 / 1993, de *Estatuto de Contratación Estatal*

de eficiencia y racionalidad logrando no solo la satisfacción de las necesidades de la comunidad, sino el mejoramiento del aparato estatal al interior de sus procedimientos y contratos.

Se puede afirmar, entonces, que desde un comienzo, la actividad contractual del Estado ha sido reglada; y cada norma, de las distintas que ha regulado el tema de la contratación estatal, ha determinado la naturaleza del mismo así como los criterios bajo los cuales un contrato se entiende como estatal, y los procedimientos y cláusulas que se le deben incorporar. Así, el Decreto 1670 de 1975, Primer Estatuto Contractual, se caracterizaba por un criterio de taxatividad para determinar cuáles eran o no contratos del Estado; por su parte, el decreto Ley 222 de 1983 señalaba una lista de los contratos de la administración, y los no enlistados eran considerados contratos privados de la Administración. Esta rigidez legal cambió con la expedición de la Ley 80 de 1993, que señaló que se le permitía a la Administración celebrar cualquier clase de contrato previsto en el derecho privado, en normas especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. La anterior modificación no implica la inaplicación del principio de legalidad, sino

que brinda a la administración una mayor capacidad de acción en la actividad contractual y no la ata a tener como contratos administrativos los que taxativamente contempla la ley. Sin embargo, esta regulación de la ley no es del todo favorable, porque se quedan muchas cosas en el limbo, razón por la cual, esa mixtura de las normas aplicables a los contratos celebrados por entidades públicas conlleva, en ocasiones, una rigidez del contrato y un comportamiento de las entidades estatales alejado de los nuevos contextos del mercado.

Siguiendo los postulados establecidos por el Análisis Económico del Derecho, entendido como la aplicación de metodologías propias de la teoría económica a los fenómenos jurídicos³, se pretende generar, entonces, una nueva perspectiva de la actividad contractual del Estado en aras de lograr que ésta sea más eficiente. Así, uno de los primeros conceptos que se debe abordar es el de la eficiencia. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la eficiencia se entiende como la capacidad de maximizar la producción y el beneficio; maximizar tanto el consumo como la producción y obtener condiciones que posibiliten una óptima asignación de

³ Pinzón Camargo, M.(2009). *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁴ Posner, R. (2013). *Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

recursos, es decir, optimizar el mercado entendido como el intercambio de bienes y servicios de acuerdo con las necesidades, para, de esta forma, maximizar objetivos.

⁴Entender al Estado como un agente dentro del mercado, para que, a través de la actividad contractual logre satisfacer en mejor forma las necesidades de la comunidad y el cumplimiento de sus fines, y de la misma manera, maximice su utilidad. Implica que se debe hablar de una eficiencia económica como un sistema de libre competencia donde oferentes y entidades estudian alternativas, procurando maximizar beneficios. Esta situación, en parte, se ve reflejada en la reforma introducida por la ley 1150 de 2007 y su decreto reglamentario 1082 de 2015, por cuanto se fortalece la actividad previa que las entidades estatales deben desarrollar para poder celebrar un contrato; así, por ejemplo, el análisis económico del sector⁵, refleja el estudio de alternativas para maximizar beneficios; el análisis de riesgos, ⁶pretende también maximizar beneficios para las partes contratantes, al contemplar algunas de las situaciones que se pueden presentar durante la ejecución del contrato que conlleven a su inejecución o ejecución tardía y que sean las mismas partes quienes mitiguen este impacto con lo que se genera un mayor bienestar social, por

cuanto la inversión y gasto de los recursos públicos va a estar menos expuesta a riesgos de ineficiencia e ineficacia.

Estas innovaciones se enmarcan dentro del concepto de la racionalidad de la decisión administrativa con la que se busca que, cuando las entidades estatales tomen decisiones en punto de la contratación, lo hagan con el objetivo de maximizar la utilidad. Así se entiende que esta actividad no debe ser vista y analizada desde la perspectiva del derecho administrativo y considerada como actividad administrativa, sino que ésta se debe entender como una conducta de un agente del mercado. Lo anterior se materializa cuando al realizar un análisis económico del sector se hacen ciertas predicciones sobre el comportamiento económico para poder determinar en qué sector se está desempeñando un determinado contrato y así obtener la mayor utilidad y beneficio con el mismo.

En términos de eficiencia, las conductas del Estado en el mercado, dependen, en la actualidad, de unas restricciones, que existen en virtud del principio de legalidad y tienen que ver con que, al considerar la actividad contractual como administrativa, se surten una serie de actuaciones: la limitación de modificar los pliegos de

⁵ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.6.1

⁶ Ley 1150 de 2007 artículo 4 y Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.6.3

condiciones; la incidencia del alcance e interpretación de los principios que en la actualidad rigen la contratación estatal y el impacto que tienen en el contrato; la necesidad, en respeto del principio de pluralidad de oferentes, de poder convocar a un mayor número de los mismos, sin fijar criterios de restricción, porque pese a que sean racionales, los entes de control los consideran violatorios de los principios de transparencia, pluralidad de oferentes y libre concurrencia, así favorezcan los de economía, eficiencia y eficacia. De igual forma, la limitación que en virtud del presupuesto público existe en cuanto a su ejecución anual y el castigo a las reservas. En este punto, si bien hay semejanzas entre el contrato estatal y el particular, también existen importantes diferencias; una de ellas, es el presupuesto porque el Estado, y en general las entidades públicas, se encuentran sujetas a normas presupuestales que obligan e imponen contratar o ejecutar contratos de una manera precisa; ⁷ así, por ejemplo, en términos de análisis económico del derecho se entiende que siempre van a existir unos precios y unos costos. Como precio podría entenderse la ley; en este caso, el estatuto orgánico del presupuesto que contempla el principio de ejecución

anual del gasto público en virtud del cual las entidades públicas deben gastar su presupuesto en la vigencia fiscal, so pena de ser sancionados con la reducción de dinero y la no asignación de recursos del sector central. Este es el costo que tendrían que pagar, pero en realidad ¿quién paga este costo? ¿El ordenador del gasto? ¿O la misma comunidad?; sin duda alguna la misma comunidad, razón por la cual no existe proporción en ello toda vez que resulta sacrificado el interés general. Así las cosas, se requiere tener una nueva visión de estas situaciones que, desde el punto de vista de la economía del costo de transacción, apunte a un verdadero esquema de gobierno de transacciones en el que la composición del gasto público y de la gerencia pública sirva para señalar las mejores transacciones con los mejores incentivos; donde hay más inconvenientes, se debe generar mejores espacios; evitar decisiones caprichosas y entender la importancia de la eficiencia en la contratación, considerada como una prioridad constitucional. ⁸ Un sin número de situaciones que han hecho que en la actualidad la contratación pública no cumpla con estándares de eficiencia, y que no satisfaga las necesidades por las cuales fue prevista, son las que se deben abordar

⁷ Decreto Ley 111 /1996, de *Estatuto Orgánico del Presupuesto*.

⁸ Núñez Trujillo, Antonio José. (2006). *Contratación estatal vs presupuesto público. Elementos microeconómicos para una armonización normativa. Colección Enrique LowMurtra. Derecho Económico*. Bogotá: Universidad Externado. Tomo V.

y redimensionar para que el contrato sea herramienta de gestión pública.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, se propone que a través de las normas se puedan crear incentivos que lleven a los agentes a tomar decisiones que posibiliten tener el máximo beneficio del mercado; así, se pretende entender las normas como un precio y las sanciones como un costo.

El análisis económico del derecho entiende que la sociedad es eficiente cuando se consigue el mayor bienestar social, lo que quiere decir que es la ley la llamada a promover dicha eficiencia para maximizar la riqueza global. Sin embargo, en la actualidad, las normas que regulan la contratación no promueven ese mayor bienestar social; entre otras cosas, porque se impone no poder prorrogar o renovar un contrato de arrendamiento en más del 50% de su valor inicial, ni incorporar pactos de preferencia, o de retroventa y demás cláusulas que en ocasiones podrían favorecer el bienestar social. Entonces, conviene entender la eficiencia en la actividad contractual de las entidades estatales como una categoría para evaluar los resultados del sistema normativo desde el punto de vista económico y jurídico para que, de esta manera, el mismo, permita saber cuándo una situación es eficiente y bajo qué condiciones y cuándo no lo es.

La Ley 80 pretendió eliminar el exceso de legalidad de los estatutos anteriores, al no señalar unos contratos como administrativos y otros como privados, y al no tener un listado taxativo de los mismos, sino por el contrario un listado enunciativo y al establecer un régimen mixto de regulación de los contratos estatales, (pues ellos se regulan por el ordenamiento civil y comercial en lo no previsto de manera expresa en el estatuto contractual). Tal generalidad, en algunas ocasiones, acarrea una cierta inseguridad o vacío jurídico en relación con las incidencias que esta regulación privada genera en la vida práctica durante la ejecución de unos ciertos contratos suscritos por las entidades públicas como sería el caso de los contratos de arrendamiento y compraventa. Se requiere, entonces, que haya decisiones eficientes, las que se logran evitando un sistema confuso e inestable, característico de nuestro ordenamiento contractual público que representa un obstáculo en la actividad productiva y en la generación de la riqueza. Así, desde el punto de vista del Análisis económico del derecho, se verifica si el modelo normativo permite alcanzar la eficiencia, porque genera los suficientes incentivos que modifican las conductas de los actores económicos al usar el sistema legal como instrumento para cumplir objetivos de la política pública.

En términos de eficiencia, resulta importante que exista una competencia, la cual se relaciona en materia de contratación estatal, con la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes, para así conquistar la participación en el mercado; de esta manera, el Estado, como agente del mercado, incentiva para que también los proveedores sean más eficientes con el fin de disminuir costos y generar ventajas comparativas y competitivas.

De igual forma, resulta importante para la nueva perspectiva de la actividad contractual del Estado, abordar el análisis que se hace desde la Nueva Escuela Institucional en cuanto al papel de las instituciones en el desempeño económico, en lo referente a la teoría económica de los costos de transacción⁹; en este tema, Williamson consideraba que el hecho de que se pensara que el sistema económico fuera coordinado por el sistema de precios, era sólo una descripción parcial porque consideraba que existían dos mecanismos de coordinación económica que eran los mercados y la empresa. De esta manera, incorpora, entonces, el concepto del costo de transacción diferente al costo de producción neoclásico y éste surge porque se reconocen fallas de mercado asociadas con la racionalidad

limitada y el oportunismo de los agentes y con la incertidumbre del mercado; esa incertidumbre en el intercambio de información cuantitativa y cualitativa se verifica por medio de relaciones contractuales porque la existencia de fallas de mercado genera condiciones para el surgimiento de comportamientos estratégicos no cooperativos.

El planteamiento de los costos de transacción sostiene que las instituciones tienen el propósito fundamental de economizarlos, por eso se centra su atención en las transacciones y en los esfuerzos de las instituciones para economizar los costos de las mismas.

Es importante señalar que las Instituciones son entendidas como reglas de juego en una sociedad, y que son restricciones diseñadas para dar forma a la intención humana, así, las instituciones se constituyen por cualquier norma que regula la adopción de decisiones por los individuos; por reglas de juego para que los individuos actúen en términos económicos, políticos y sociales. Estas instituciones pueden llegar a ser las costumbres, ritos, prácticas, códigos, leyes, constitución y demás regulaciones. Este orden institucional debe tener reglas de juego aceptadas por los actores para lograr

⁹ Salgado C, E. (2003). Teoría de Costos de Transacción. Una Breve Reseña. *Cuadernos de Administración. Volumen (16)*. Universidad Javeriana.

coordinación económica y social para así realizar intercambios de mercado; dicha estructura institucional organizada, del aparato productivo, es un sistema de incentivos y desincentivos que fija el nivel de inversión para reducir o incrementar la incertidumbre que es lo que perciben los agentes económicos al realizar transacciones¹⁰; así por ejemplo, en materia de contratación estatal, existe un hecho jurídicamente relevante que puede generar incertidumbre en los agentes del mercado (oferentes) en lo que tiene que ver con la existencia del Registro presupuestal, cuando el Consejo de Estado señala que su inexistencia afecta al contratista porque no se le pueden pagar hechos cumplidos, desconociendo de esta manera que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos implica que cada parte debe cumplir con sus obligaciones y cargas, y ésta, es una propia de las entidades estatales que en nada debería afectar al contratista.¹¹ El costo de ese procedimiento, al trasladársele al contratista, genera incertidumbre en los agentes económicos que desincentiva la participación en la celebración de contratos con entidades públicas lo que atenúa la libre competencia, pero no porque en los procesos de selección se impongan

requisitos restrictivos, sino porque estas situaciones generan incertidumbre en la actividad contractual.

La Nueva Escuela Institucional plantea, entonces, un análisis más complejo entre las organizaciones, que para el presente tema serían las entidades estatales y los oferentes, y las reglas de juego que serían los procedimientos, para, de esta manera, entender que el mercado es más que un simple intercambio de bienes y servicios; comprende que el mercado funciona con las relaciones de propiedad, las normas formales e informales, los contratos, estructura de incentivos, instituciones históricas, eficiencia de arreglos institucionales para generar procesos de comprensión, aprobación, aplicación y defensa.

Por su parte los costos de transacción son los asociados a utilizar el mercado (contratación, negociación, condiciones de mercado) y se asocian con el intercambio en el mismo, pues surgen como consecuencia de pactar contratos ex ante y vigilar ex post, que, para el caso de los contratos de las entidades estatales, serían costos de transacción: los estudios previos, el análisis económico del sector, el

¹⁰ Amador, L. E. (2014). Análisis Económico del Derecho: un paradigma en construcción. *Serie de Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho: Nuevas vertientes y diferentes aplicaciones*. (Número 3). Universidad Externado

¹¹ Santofimio, J.O (2015). *Consejo de Estado*. Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C Consejero Ponente. Expediente (Número 44321).

análisis de riesgos y los pliegos de condiciones, y la supervisión e interventoría respectivamente.

La NEI (Nueva Escuela Institucional) pretende mitigar la incertidumbre y el riesgo y esto, desde el análisis económico del derecho, en materia de contratación de entidades estatales, se cumple en las etapas pre contractuales, contractuales y post contractuales, las que permiten reducir esa incertidumbre y riesgo de las transacciones.

Se hace necesario evaluar las instituciones legales con criterios económicos de eficiencia para poder determinar si conviene configurar un engranaje, armonización y modulación de las instituciones del Derecho Público y el Derecho privado en cuanto a la formación y ejecución de los contratos celebrados por las entidades estatales, o si, por el contrario, el criterio de lo público, el interés público y las reglas de la buena administración atenúan las instituciones del derecho privado, propias de los contratos, y generan una prelación de las instituciones públicas.

Otro de los conceptos que en materia de contratación de entidades públicas resulta

importante abordar es el relacionado con la autonomía de la voluntad materializada en los contratos estatales, pues si bien ésta fue reconocida como principio que regula los contratos celebrados por entidades públicas, no puede desconocerse que en tratándose de éstos, dicha voluntad se comprende y compromete de manera distinta. La autonomía de la voluntad por mucho tiempo reguló las relaciones contractuales porque lo esencial era que existiera el libre consentimiento; este concepto tiene sus raíces en la filosofía individualista que considera que la autonomía de la voluntad tiene un poder creador de obligaciones y derechos y por ello tiene eficacia jurídica.

¹² Amazo señala que la autonomía de la voluntad permite que toda persona legalmente capaz pueda obligarse mediante la celebración de contratos en los cuales se pacten cláusulas que no vayan en contra de las limitaciones definidas por la ley. La esencia de esa autonomía es que los individuos puedan dictar normas que el Estado asumirá como propias al conceder un vigor semejante al de la ley¹³.

Desde la perspectiva filosófica, el término autonomía de la libertad fue profundamente estudiado por Kant, quien

¹² Amazo, D. C. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Universidad del Rosario. Volumen (9 Núm 2). 181-203.

¹³ Ballesteros, J.A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. (p.20) Barcelona: J. M. Bosch Editor.

señaló que se trata de una manifestación de la facultad humana de desear, que está determinada por leyes morales o por imperativos categóricos, por lo que el filósofo la señaló como la “libertad práctica”

En el caso de los negocios entre particulares, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, señaló que:

“Uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio este que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.¹⁴

Así, los particulares gozan de plena libertad en la celebración de los actos contractuales, mediante los cuales regulan sus intereses privados, dado que pueden darse a sí mismos normas tales como:

“i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas 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”.¹⁵

¹⁴ Sentencia de casación 1995, del 17 de mayo, de Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.

¹⁵ Sentencia C-341, 2006, 3 de mayo, de Corte Constitucional. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Expediente D-6020.

En el caso de la contratación estatal en Colombia, la Ley 80 en su artículo 32, señala que "son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación"¹⁶. Se observa que la autonomía de la voluntad es determinante para la existencia de los contratos estatales. Inclusive desde cuando la Ley hizo su trámite en la exposición de motivos de la misma, se señaló que "El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y regulador de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico"¹⁷.

Al examinar la inclusión de este principio dentro de la Ley 80, la Corte Constitucional conceptuó en 1995 que:

¹⁶ Ley 80/93. Artículo 32, de Estatuto de Contratación Estatal

¹⁷ Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En Betancur Cuartas, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

¹⁸ Corte constitucional. Sentencia C - 230 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C., 1995.

"El Estatuto elimina la distinción entre contratos privados y contratos administrativos y la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales e introduce la figura del contrato estatal, la cual le da una fisonomía clara y precisa al contrato de la administración, a su régimen jurídico y rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares."¹⁸

El principio de la autonomía de la voluntad es reconocido también en el marco de la contratación pública, es decir, aquella en la cual una de las partes es un ente estatal. La importancia de este principio en el marco de la contratación pública es reconocida por las diferentes cortes en Colombia, que lo señalan como pilar de la celebración de contratos, tal como se define en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El Consejo de

Estado ha señalado al respecto que “no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado, ni siquiera en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se aplica a los contratos que celebren algunas entidades conforme a la Ley 80 de 1993”¹⁹. También ha sido claro al advertir que “no puede argumentarse que cuando una entidad pública se “rige por el derecho privado” en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puede crear o constituir libremente filiales, fundaciones etc. Siempre la definición sobre la estructura de la administración será una decisión política, que es de competencia del Congreso, las asambleas o concejos, y por lo mismo siempre estará sometido al derecho público”²⁰.

En el trámite de los procesos de selección de contratista, alguien podría entonces plantear que no se trata realmente de una autonomía plena, porque el oferente se debe ajustar a unos requerimientos y condiciones que en ocasiones son señalados sólo por la entidad, pese a que se pueden hacer observaciones a los pliegos. Frente a este cuestionamiento lo que cabría responder es que el particular que decide participar en esos procesos de contratación ejerce su voluntad en el

momento mismo en que decide hacer parte del proceso, pues lo hace de manera autónoma; tanto es así, que existen otros particulares que simplemente no participan. Por consiguiente, el particular que decide hacer parte de esos procesos de contratación con el Estado, debe sopesar si el beneficio que recibe por el suministro o venta que realiza, es para él suficiente contraprestación, como para aceptar los términos establecidos en el pliego de condiciones.

Así, desde el origen mismo del estatuto de contratación, se reconoce la presencia de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales; dicha autonomía encuentra sus límites en las normas fundamentales que tiene la ley, las que se ven reflejadas en la existencia de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, razón por la cual, dicha autonomía de la voluntad encuentra sus límites en estos principios que son los que imponen el respeto de las reglas básicas de derecho administrativo, aplicables a las entidades del estado. Se requiere admitir una flexibilidad que permita administraciones dinámicas y eficaces en las que la actividad contractual se adapte a las necesidades cambiantes y sea una herramienta de la gestión pública y

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 50

²⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 57.

no que se convierta en un lastre para su desarrollo.

Desde el mismo proyecto de ley que crea el Estatuto de contratación, se plantea lo relacionado con la autonomía de la voluntad:

“Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades colectivas en materia contractual, se instituyan en rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades y ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.”

Sessarego va más allá, al considerar que este principio es el núcleo mismo generador de las relaciones jurídicas, dado que “sin libertad y sin voluntad son ellas

inimaginables, inconcebibles. De ahí la importancia del tema y el interés que demuestran los grandes maestros del derecho contemporáneo por deslindar, lo más pulcramente posible, el concepto y los alcances de este principio del derecho que denominamos, en un nuestro caso autonomía de la voluntad. Se trata, en suma, de un problema central del derecho.”²¹

El Consejo de Estado ha afirmado que no porque a un contrato se le apliquen normas de derecho privado éste sea de derecho privado e igual a los que celebran los particulares, pues el hecho de estar presente una entidad estatal implica la aplicación de una reglas propias del derecho público tales como las relativas a la competencia, las que determinan la formación de la voluntad y las que regulan la forma y que las propias del derecho privado regularán aspectos tales como efectos de las obligaciones, consentimiento y objeto.

Así, se tiene, entonces, que el proceso de formación de la voluntad del Estado se regula principalmente por las normas de derecho público por cuanto la voluntad del Estado se compromete con base en el

²¹ Sessarego, C. (2001). El Supuesto de la Denominada Autonomía de la Voluntad. En Contratación Contemporánea. Volumen I: Teoría General y Principios. (Pág. 215). Bogotá- Lima,; Editorial Temis - Colombia y Palestra Editores,

principio de legalidad y se comprende con base en el principio de la prevalencia del interés general.²² Es en este punto donde conviene hacer un análisis del alcance e incidencia que debe tener el principio de la autonomía de la voluntad como regulador de las relaciones contractuales de las entidades públicas, porque al considerarse la actividad contractual como una actividad administrativa, sin duda alguna la autonomía de la voluntad va a tener mayores limitantes; mientras que si dicho concepto se aborda desde un punto de vista que busque alcanzar mayores niveles de eficiencia, eficacia y celeridad, debe reconceptualizarse para verlo como un precio dentro del contrato público que favorezca la conformación y amplia regulación de las partes en torno de las cláusulas que se consagran en el vínculo contractual para que sea una verdadera herramienta no solo de satisfacción de las necesidades de la comunidad sino de verdadera gerencia pública donde el Estado logre una mejor ejecución del gasto público.

El contrato es pues el mejor instrumento que garantiza el intercambio de bienes y servicios y de satisfacción de necesidades, y la ley no puede preverlo todo, portanto, la voluntad que en él se expresa no se puede

equiparar con la ley y se reconoce que la fuerza vinculante del contrato no proviene de la voluntad de los contratantes sino del reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico.

El ejercicio abusivo de la libertad ha generado que se establezcan frenos y limitaciones a la autonomía, por ello hay más intervencionismo a través de la regulación que es una reacción legislativa a los excesos de libertades de contratación como, por ejemplo, el contrato de adhesión en el que hay un ingrediente mínimo de voluntad y de consentimiento; y de igual forma en el derecho mercantil, en el que debido al dinamismo y el incremento de las transacciones ha requerido más de los contratos de adhesión o contratos tipo redactados en formatos uniformes y estandarizados.²³ Como el contrato sigue siendo instrumento imprescindible para la satisfacción de necesidades y atención de intereses, se hace necesario garantizar su elemento esencial: el acuerdo de voluntades.

La autonomía de la voluntad subsiste porque el juez no puede regular y la ley no tiene la posibilidad de regular todo. La autonomía de la voluntad sigue siendo una regla general pero no única para la

²² Davila, L.G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Editorial Legis.

²³ Suescun, J. *La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de entidades estatales*. Contratación Pública.

determinación del contenido del contrato; subsiste la voluntad privada modulada por preceptos de orden público, buena fe y equilibrio de prestacional.

La aplicación de la autonomía de la voluntad privada en los contratos estatales se compara en relación con la del derecho privado:

En el derecho privado hay 4 campos en los que tienen vigencia la autonomía de la voluntad:

- Elección de contratar o no
- Derecho a escoger co-contratante
- Definir el tipo de contrato
- Definir el contenido y régimen del acto jurídico

Así, analizando estos campos, resulta necesario abordar los siguientes conceptos:

- La administración pública goza también de esa libertad para decidir si contrata o no con las mismas limitaciones, pero desde: cumplir fines estatales, prestar de manera eficiente los servicios, cumplir programas y planes, satisfacción del interés general.

Nose puede afirmar que la administración dispone de una absoluta autonomía para decidir si contrata o no; una vez aperturado el proceso de selección, la administración, si adjudica, está obligada a contratar, salvo

que se presenten situaciones excepcionales que impidan hacerlo.

2. Libre escogencia del co-contratante: entre particulares se escoge de manera autónoma, sin justificar decisión; la administración lo hace por partes rigurosas, por eso se restringe la autonomía de la voluntad: que se eviten decisiones caprichosas. También los particulares, cuando abren licitaciones o concursos privados, están obligados a adjudicar el contrato a quien objetivamente presenta la mejor oferta (art. 860 C.co) a menos que haya dejado reserva, lo que no ocurre con las entidades públicas.

La autonomía de la voluntad está restringida en la etapa de selección porque no hay capricho o subjetividad pero no se puede entender que la autonomía es caprichosa o subjetiva, pues todo es racional, la decisión debe ser imparcial y objetiva. La autonomía de la voluntad se comprende y compromete de manera diferente.

¿COMO SE CONFORMA EL REGIMEN NORMATIVO EN CONTRATACION ESTATAL? ²⁴ De acuerdo con la normatividad vigente:

1. Normas imperativas de Ley 80 o en disposiciones especiales sobre contratos de entidades.
2. pactos lícitos
3. Normas indicativas del contrato tipo

²⁴ Suescun, J. *La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de entidades estatales*. Contratación Pública.

En cuanto a los principios de Ley 80, éstos tienen como fin:

- Guiar la labor de los servidores
- Ser Instrumento interpretativo de cláusulas

Igualmente, LA LEY 80 PERMITE QUE POR AUTONOMIA:

- los Precios: obedecen a un análisis planeado, pero que no le resta autonomía.
- En cuanto a la Forma de pago, se puede pactar con límite 50% o 30 según el actual proyecto de reforma (se regula autonomía de la voluntad para mejorar prácticas en la contratación)
- Se acuerden Plazos de entrega
- Se exijan Garantías: aunque en algunos aspectos es regulado
- Se pacten los Servicios post-venta

Se observa, entonces, una AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD REGLADA, que soporta la carga de legalidad porque no debe haber decisiones cáprichosas; de esta manera, se entiende que no es tanto que se limite tal autonomía, sino que se regula, así como la de los particulares.²⁵

Esta carga de legalidad, en la actualidad, es propia de las instituciones del derecho administrativo, pero conviene orientarla mejor en términos de decisiones racionales de mercado, propias del análisis

económico del derecho y la nueva gestión pública.

Para conceder otra perspectiva al contrato estatal, en relación con la autonomía de la voluntad, puede abordarse el contrato desde el punto de vista del derecho económico: la contratación estatal es un objetivo de regulación difícil por sus alcances y por los intereses que involucra. En la contratación se mueven grandes intereses económicos, por eso los cambios normativos generan gran impacto.

De otra parte, la Ley 1150/07 tiene un aspecto importante en cuanto a la teoría económica del derecho que atiende a una asignación eficiente de bienes y servicios por medio de reducción de costos de transacción para que se adjudique al proponente que haga el mejor uso de sus recursos. Así las cosas, la adjudicación se ve como un premio a la eficiencia económica, por lo cual el contratista competente entre proponentes celebra el contrato y se logra también el ahorro de recursos públicos.

Existe en materia de contratación estatal una Cultura administrativa al interior de los entes administrativos estatales por cuanto tanto La Ley 80 de 1993 como la Ley 1150 de 2007, no son casuísticas sino que crean

²⁵ Dávila, L.G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Editorial Legis.

principios como guías de conducta que abren espacio al ejercicio de la autonomía de la voluntad; sin embargo, esa amplitud de los principios, pese a ser entendidos como mandatos de optimización, generan también vacíos y situaciones de incertidumbre que no convienen al interior de un contrato; menos aún si se pretende entender la actividad contractual pública desde el punto de vista del Análisis económico del derecho y de la Gerencia Pública para el que se deben replantear muchos conceptos que eventualmente pueden entrar en tensión con tales principios. Si bien la Ley 80 de 1993 permitió romper la dicotomía ideológica entre derecho público y privado, propia del estado liberal (privado: igualdad; público: administración predominio), la mixtura del régimen no permite que en materia de contratación se tomen decisiones en términos de mercado para favorecer la eficiencia, eficacia y economía, sino que se toman decisiones en punto del derecho administrativo, por considerar la actividad contractual como administrativa lo que impone unas cargas mayores que no dinamizan la misma y no generan la satisfacción de necesidades y la activación de la economía.

De igual forma, la Ley 1150 de 2007 es de contenido económico, en cuanto a lo que

se contempla, cuando presentado un riesgo extraordinario, entendido como aquel que las partes no pudieron prever, el contratista no puede pretender que se le lleve a punto de no pérdida, y por ello, no se devuelven los gastos de Administración (A) ni el correspondiente a Imprevistos (I).

De esta manera, se evidencia que se trata de evitar una compensación que disminuya la eficiencia económica del contrato y así se refleja la racionalidad comportante y la asignación eficiente de bienes y servicios. Estos aspectos hacen parte de la ECONOMIA INSTITUCIONAL, que relaciona el neoconstitucionalismo de Douglas North y conviene aplicar estos conceptos a la institucionalidad en Colombia porque camina hacia la ineficiencia. Por consiguiente, es pertinente que la actividad contractual de las entidades públicas se pueda entender desde el punto de vista de economía de costos y de costos de transacción ²⁶

Esta Economía de costos de transacción, planteada por Ronald Coase pretende reducirlos; en punto de la contratación pública por eso, debe, determinar dónde la contratación realmente genera altos costos de transacción para lograr procesos más eficientes y eficaces.

²⁶ Coase. R. (1995). *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza.

Es decir, debe lograr la comparación entre esquema de orientación de mercado y orientación de institución, considerando que en aspectos contractuales conviene más la orientación de mercado que la de institución para agilizar procesos y contratos.

Según la Teoría Económica de Costos de Transacción de Williamson (1985)²⁶ el hecho de que se pensara que el sistema económico era coordinado por el sistema de precios era solo una descripción parcial porque Williamson consideraba que existían dos mecanismos de coordinación económica: los mercados y la empresa

El concepto de costos de transacción es diferente al de costos de producción neoclásica y surge porque se reconocen fallas de mercado asociadas con la racionalidad limitada y el oportunismo de los agentes y con la incertidumbre de los mercados; en la medida en que las relaciones entre proveedores y usuarios trascurren en ambiente de incertidumbre, el intercambio de información cuantitativa y cualitativa se verifica por medio de relaciones contractuales, porque la existencia de fallas de mercado genera condiciones para el surgimiento de comportamiento estratégico no cooperativos. Es entonces, por ello,

²⁷ Williamson, O. (1985) *Las Instituciones económicas del capitalismo*. México.

²⁸ entender que a través de ellos se estiman todos los costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, no externa a sus relaciones contractuales. Ronald Coase (1960) Bejarano, 1999, p.162)

importante entender que esas relaciones contractuales del Estado se desenvuelven en un mercado, hoy en día tanto interno como externo, debido a la globalización.

El planteamiento de los costos de transacción sostiene que las instituciones tienen el propósito fundamental de economizar los costos de transacción: por eso se centra su atención en las transacciones y en los esfuerzos de las instituciones para economizar los costos de las mismas; es decir, para lograr que los costos de transacción de las relaciones contractuales de las entidades estatales se reduzcan, en procura de lograr eficiencia y eficacia en tales actividades, lo que sin duda va a repercutir en la satisfacción del interés general.²⁸

Por lo anterior, se pretende plantear una nueva perspectiva de la actividad contractual pública desde el análisis económico del derecho y la gerencia pública para así determinar, como lo pretende hacer el análisis económico del derecho si:

- ¿Inducen las leyes a la eficiencia en la distribución de bienes?
- ¿Pueden corregir las leyes las fallas del mercado?
- ¿Son los contratos mecanismos adecuados para asignación de riesgos?

Lo anterior, para que el contrato celebrado por entidades públicas pueda ser entendido como un instrumento útil en la asignación eficiente de recursos y que cumpla su función de corrección entre otros aspectos, de obtener compromiso de cumplir; de minimizar costos de transacción; de corregir fallas de mercado; de minimizar costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes.²⁹ Es aquí donde se encuentra un gran vacío en materia de contratación estatal pues esos términos de omisión, en la mayoría de veces, se satisfacen con los principios que rigen tal actividad, y como actualmente es considerada como actividad administrativa, vale más aplicar principios de procedimientos que de decisiones en términos económicos y de mercado, todo ello por querer derrocar la corrupción, sin haberlo logrado, y sin tampoco darle la verdadera dimensión a los contratos celebrados por entidades públicas, pues se ha olvidado que con ellos se satisface el interés general pero también el aparato público obra como un agente de mercado en posición de consumidor o proveedor.

Así por ejemplo, genéricamente ha existido una ineficiencia de la convocatoria pública

como regla general de escogencia en la contratación estatal, por cuanto, la necesidad de garantizar la transparencia ha llevado a la estandarización de procedimientos de selección pero ello puede ser, desde el punto de vista económico, no eficiente³⁰. Por eso, en estricto sentido, no es conveniente proyectar los contratos estatales desde la actividad administrativa, sino que, conviene implementar una nueva perspectiva que dinamice la actividad y la convierta en una herramienta eficiente de progreso, pues en el afán de acabar la corrupción con los principios de transparencia, publicidad, selección objetiva, pluralidad de oferentes (de manera infructuosa), se dejarán de la lado los principios de eficiencia, economía y eficacia, que deben convertirse en el derrotero a seguir, en aras de promover el desarrollo económico y de generar, no solo la satisfacción de las necesidades de la comunidad, sino también la impulsión de la economía.

El A.E.D se entiende como la escuela de pensamiento jurídico más influyente en los Estados Unidos, desde el realismo jurídico e incide en el derecho porque es el llamado a generar mecanismos a través de los cuales se logren conciliar intereses

²⁹ Quiroga. E. A. (2014) *Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales. Nociones Básicas*. Serie de Derecho Económico No 3. U. Externado.

³⁰ Safar, M. (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del estado en el derecho colombiano*. Universidad Externado.

particulares y sociales para producir un desarrollo en un escenario cooperativo, reflejo de lo que se evidencia, en materia de contratación de entidades públicas, por cuanto se deben conciliar intereses particulares y sociales para generar desarrollo, satisfacer las necesidades de la comunidad, y en general, cumplir los fines constitucionales que están en cabeza del Estado.

El A.E.D se impone como una herramienta que, valiéndose de la economía neoclásica y la de bienestar, busca apoyar la construcción de reglas de juego que propicien juegos cooperativos para que, en un escenario de recursos escasos, se evite el desperdicio y se logre un cambio de enfoque que contemple la idea de los costos de funcionamiento, para así construir reglas de juego más eficientes y justas, y de esta manera, fortalecer la eficiencia de la regla jurídica.

En cuanto a si ¿Es posible que una norma sea eficiente?: lo que se busca es que exista un orden más preciso, justo, eficiente y equitativo

Por ello, en Colombia, el Análisis Económico del Derecho (AED) es una metodología ubicada en el ala neoliberal que pretende abordar el estudio del

derecho con el propósito de alcanzar la eficiencia del sistema normativo, desconociendo cualquier parámetro de justicia o equidad; aplicando herramientas de microeconomía y de economía del bienestar al estudio del derecho, y, en particular, en materia de contratación de entidades públicas.³¹

Dentro de las características del AED: el modelo propuesto por la microeconomía es el "homo economicus": aquel que maximiza su utilidad, tratando de obtener los mayores beneficios con el menor esfuerzo; es decir, el modelo de comportamiento útil, que en la actualidad no se evidencia en la actividad contractual pública, por cuanto, los procesos de selección de contratistas son engorrosos, pues por querer aplicar mayor grado de transparencia para precaver la corrupción, se genera un procedimentalismo extremo que impide selecciones eficientes y eficaces y, en cambio, genera menos eficiencia en el impacto que como tal pretende lograr cada contrato que celebran las entidades estatales.

Existe, entonces, una verdadera tensión entre los principios *lex inter partes* y *pacta sunt servanda* y la soberanía del legislativo sobre los contratos administrativos.

³¹ Pinzón. M. (2009). *Aproximaciones al análisis económico del derecho público*. Universidad Externado.

La figura del contrato, antes de la Revolución Francesa tenía mayor estabilidad porque se respetaba la palabra y el *pacta sunt servanda*. La revolución vino a romper la situación de estabilidad de los contratos como consecuencia del dogma de la soberanía del poder legislativo, sobre las relaciones convencionales y colocó la ley por encima del contrato, haciendo posible la continua atención de la fuerza obligatoria contractual. Esta primacía de la ley, que en la actualidad representa la existencia del principio de legalidad, existe de manera acentuada en la contratación de las entidades públicas, y en virtud de ella es que se atenúa la autonomía de la voluntad porque se entiende que esta actividad es derecho administrativo y se hace demasiado rigurosa, procedimental y poco eficiente.

La ley se convierte en el desestímulo porque genera riesgos y mayores costos, inestabilidades que afectan el beneficio, deterioran el consumo e incrementan la ineficiencia.

Bajo esta presencia del principio de legalidad se evidencia la inexistencia de discrecionalidad en la actuación de la administración en materia de contratación estatal, pues el ejercicio de las cláusulas

excepcionales es estrictamente reglada, y pese a que la ausencia de regulación no significa discrecionalidad, es claro que existiendo el principio de habilitación legal, no todas las actuaciones son fruto de la voluntad, sino el ejercicio de una actividad regulada. Los formalismos en las actuaciones administrativas indican que toda autoridad pública se somete a la regulación dada por la ley, razón por la cual hay un formalismo obligatorio en toda actuación administrativa.³²

Las actuaciones de la administración pública son expresión de la voluntad de la administración en ejercicio de potestades discrecionales

Quiere ello decir que el principio de legalidad somete todas las actuaciones de la administración al imperio de la ley y la alejan de la discrecionalidad, y esa discrecionalidad en términos de decisiones racionales, desde el punto de vista del AED, permite que los ordenadores de gasto puedan tomar decisiones más útiles y convenientes dentro del marco de las relaciones contractuales.

Lo anterior implica tener una nueva visión del Estado. La tendencia general del derecho constitucional del siglo XX, en torno a la idea de estado constitucional, es

³² Guecha, C. *Inexistencia de discrecionalidad en la actuación de la administración*.

la superación del celoso término de soberanía donde se entendía que el estado no podía tener competidores, lo que se buscaba era que el estado dejara de ser el todo para que fuera una parte y que no fuera difícil entrar en relaciones jurídicas con el estado.

El derecho público se constituyó sobre el principio fundamental de la soberanía, concepto que ha ido adaptándose a las nuevas realidades y que comenzó su declive con los principios políticos del liberalismo y la democracia

El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales sino su pérdida de posición central. El estado de derecho elimina la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, fortalece el estado de razón. Ahora hay un estado constitucional.

El derecho público representa hoy pérdida de la posición central como se da en un estado constitucional, renovación de concepciones jurídicas, es un derecho puesto al servicio del Estado.³³

Se impone, entonces, el tema de lo público no estatal. En el tema político se queda el estado y entrega a particulares lo público

no estatal.

El estado requiere renovar su institucionalidad para desplegarse y servir mejor a la sociedad y al desarrollo socioeconómico; por ello, se requiere que el aparato del estado se torne realmente público y que el espacio de lo público no se agote en lo estatal.

El impacto que ha tenido la participación de actores no estatales en la prestación de servicios públicos para ampliación de servicios y fortalecimiento de la democracia ha fortalecido el concepto de lo público no estatal.

Lo público no estatal se tiene como una noción que contribuye a remarcar la importancia de la sociedad como fuente del poder político, y tiene un rol en la formación de la voluntad política reivindicando su responsabilidad en la satisfacción de necesidades colectivas.³⁴ Se pretende entonces, que, la actividad contractual de las entidades del Estado sea considerada y tratada como un asunto público no estatal para que de esta manera las entidades estatales sean vistas como agentes de mercado dentro de los extremos de proveedores y consumidores, para que ello facilite tomar decisiones de mercado, más

³³ Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho Dúctil*. Editorial Trotta. Décima edición.

³⁴ Consenso de Washington. (1990). *La privatización como reducción del gasto Público*.

que decisiones administrativas.

Lo anterior implica desligar la actividad contractual de la actividad administrativa y del servicio público, en la medida en que el Estado requiere recurrir a particulares para la prestación de algunos de esos servicios, pues se requiere de la celebración de contratos entre el organismo estatal y particulares.

En aras de abordar el tema con mayor claridad, conviene retomar lo señalado por el Consejo de Estado ³⁵ en cuanto al servicio público y la función administrativa. Señala el Consejo de Estado que existen a nivel doctrinario 3 posturas tendientes a determinar si la prestación de los servicios públicos puede o no ser considerada función pública; así lo plantea la tesis que dice que la prestación de servicios públicos debe ser considerada como función pública porque con la Constitución de 1991 los servicios públicos tienen doble dimensión: actividad económica y función social del Estado y pese a ser considerados actividad económica, el Estado no puede desconocer el interés general. Una segunda teoría que señala que para que una actividad sea considerada como función pública, la constitución o la ley deben atribuir a una

autoridad el deber exclusivo de realizarla, circunstancia que no ocurre con los servicios públicos y por eso su prestación no puede ser función administrativa, porque ni la constitución ni la ley señala que estos servicios sean solo prestados por el Estado, y, por el contrario, habilitan a los particulares para ello. Y una tercera teoría que señala que la prestación de los servicios públicos no constituye función pública y solamente unas actividades que se llevan a cabo durante su desarrollo pueden calificarse como tales, plantea, también, esta teoría que la constitución de 1991 ordena que los servicios públicos se desarrollen en condiciones de libre competencia entre públicos, mixtos y privados y se sometan a un régimen de igualdad donde el Estado ejerza funciones de regulación, control y vigilancia y por ello la prestación de los servicios públicos no se podría considerar función pública salvo que conlleve poder inherente al Estado; circunstancia esta que se refleja en el proyecto de reforma de la Ley 80 de 1993 en virtud de la cual, se quiere considerar función administrativa, en la actividad contractual del Estado, el ejercicio de poderes especiales. De esta manera, se tendría que ejercer una atribución especial o un poder excepcional lo que implicaría ejercer función pública; así, la función

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Hernández Alíer. 17 de febrero de 2005. Expediente Número 27673.

pública se diferencia de la privada por su carácter unilateral y por la fuerza ejecutoria de las decisiones, y encuentra su justificación en la prevalencia del interés general y la continuidad del servicio público.

Puede decirse que el desplazamiento de actividades privadas al sector público y de encargar actividades de servicio público al sector privado, generó una crisis de la noción de servicio público y se tuvo que revisar su conceptualización; hoy se puede decir que predomina una cultura de tipo comercial, razón por la cual se busca el balance entre los conceptos de costo-beneficio y por ello se concibe el servicio público como el desempeño de una actividad económica que se desarrolla en condiciones de igualdad y garantía de libre acceso; se da una penetración del derecho privado en los servicios públicos y una penetración del Derecho Público en las actividades particulares. Por lo anterior, se llega a la conclusión que no todas las actividades de servicio público las realiza la administración porque algunas las efectúan particulares y no siempre la administración cumple actividades de servicio público, en sentido tradicional, pues a veces desarrolla actividades de carácter privado, como ocurre con las de empresa industrial y comercial. Es decir, que no por ser actividad de servicio público es sólo del Estado, y que tampoco por ser

servicio público quiera decir que los particulares actúen de manera general como el Estado, porque prevalece entonces el sentido material en el que el servicio público es una actividad no necesariamente desarrollada por organismos públicos.

Se puede señalar que la concepción del servicio público, entendido como una actividad administrativa que no se impone a la comunidad sino que sirve a la misma, no se desarrolla en virtud de la autoridad de la administración pero que sí dota a los prestadores de unas precisas facultades que garanticen las finalidades públicas. Incide también en la concepción de los contratos estatales, y favorece que en ellos se puedan aplicar las disposiciones del derecho civil y comercial, toda vez que hacen parte de un contexto económico y social del Estado. Ese régimen de derecho privado, en armonía con los principios que rigen la actividad administrativa y la contratación estatal, se convierte en un garante del desarrollo de la actividad que involucra finalidades públicas, evidenciando una adaptación del derecho administrativo al modelo de estado y una adaptación del derecho público que ha generado la desestatización de funciones a favor del mercado. Se da entonces un repliegue de las funciones del Estado a favor del mercado, se habla de un Estado regulador para resolver los

intereses del mercado y de la ciudadanía lo que conlleva a replantear el régimen jurídico de prerrogativas y potestades excepcionales y se dan unas limitaciones y un control a la discrecionalidad. Surge la despublicación para hacer más ágil la actividad administrativa y equilibrar la posición del particular, lo que se conoce como la huída del derecho administrativo que tiene como alcance aplicar, como régimen propio de la organización y actividad de la administración el derecho civil y comercial como presupuesto para que la administración, alcance los estándares de eficiencia y eficacia, lo que no se logró con las prerrogativas especiales.³⁶

La Constitución Política incluye otros principios fundantes orientadores del comportamiento, tanto de las autoridades públicas como de los particulares, los que son también derroteros de la función administrativa, tal como lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado al manifestar:

La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de

igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.³⁷

Sin embargo, al considerar la actividad contractual como actividad administrativa y manejarla en estricto sentido como tal, estos principios entran en tensión con algunos propios de los contratos, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la legalidad, la transparencia, la libre concurrencia y la eficiencia, la discrecionalidad y la legalidad; en cuanto a ello, el Consejo de Estado señaló:

Además, los principios funcionalmente son soporte

³⁶ Restrepo, Manuel. La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. Revista Saberes. Universidad Alfonso X El Sabio. Vol. 5 2007

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente Fajardo Gómez Mauricio.

estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas.³⁸

Estos parámetros genéricos esbozados por el Consejo de Estado, no han dado mayores luces en la adopción de decisiones en materia de ejecución contractual, pues para definir ciertos aspectos han respetado, por ejemplo, el principio de transparencia; pero, han sacrificado el de eficiencia, sin poder establecer criterios reales de la prevalencia que al surtir la ponderación tiene uno sobre otros.

Con base en lo expuesto, se tiene que, con la apertura económica se generaron retos de Gobernabilidad, razón por la cual el

Estado debe tener nuevas maneras de ejercer la función administrativa mediante la delegación de algunas competencias y la colaboración privada; ello representa la desestatización de funciones a favor del mercado, cambios en la interacción entre el Estado y los particulares lo que favorece que la tradicional actividad administrativa imperativa y desarrollada con actos unilaterales se transforme en actividad contractual y consensual. Este campo abre la posibilidad de que la actividad contractual pública de las entidades no sea solo de derecho público sino que se sirva del derecho privado sin que esto implique en estricto sentido la privatización de esta actividad. Puede decirse, entonces, que los contratos estatales se entienden dentro de un concepto de derecho económico o de análisis económico del derecho, encuadrado dentro de la regulación económica compatible con las cargas y prerrogativas del derecho público y en armonía con la competencia, fundamentando el contrato estatal como el servicio público en el modelo constitucional económico que supera la noción francesa del servicio público conforme al cual era asimilable a una función pública y entender que sólo sea función pública o administrativa el ejercicio de poderes especiales, para, de esta manera, armonizar el derecho público y

³⁸ Consejo de Estado. Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007.

privado en la actividad contractual del Estado.

En materia de contratación, la Ley 80 de 1993 permitió que las entidades estatales celebraran contratos previstos en el derecho privado, y los que se deriven de la autonomía de la voluntad, no solo aquellos enlistados de manera específica.³⁹

Este principio de legalidad, en materia contractual, se ve reflejado, tal como lo señala el Dr. Güecha⁴⁰, en la formación del contrato como tal, y en algunos de los requisitos que le son propios, lo que se origina por ser el contrato actividad administrativa.

Igualmente, como lo señala la sección tercera del Consejo de Estado, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que ésta se define desde el punto de vista orgánico

(entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral).⁴¹

Lo que se pretende es que, sin perder la naturaleza pública del contrato, se puedan adoptar decisiones sin el rigorismo principialista del derecho administrativo y promover la adopción de decisiones racionales en términos de eficiencia, eficacia y economía. Así, entonces, lo público no estatal es el ámbito que incentiva, promueve y fortalece la capacidad de participación y expresión de formas de organización social y ciudadana en la gestión de los asuntos que son de interés público y que en concurrencia con el estado, busca la democratización de lo público para la construcción de instituciones con valor público social.

De esta manera se debe reconceptualizar el contrato como tal, pues en sí mismo está constituido tanto por cláusulas convenidas como por cláusulas reglamentarias, que son por esencia mutables y que en el

³⁹ En este aspecto, vale la pena señalar que en el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 continúa manejando el criterio orgánico pero se habla entonces de compra pública y se entiende como las decisiones que toma el Estado para ejecutar gasto público; de igual forma el proyecto de reforma señala una ausencia de tipicidad de los contratos, no se hace referencia a tipos de contratos en particular como lo hace el artículo 32 de la ley 80 de 1993, pues la premisa es la aplicación del derecho privado y la autonomía de las entidades estatales para definir su alcance y contenido de los contratos que celebran con la finalidad de satisfacer las necesidades, cumplir funciones y objetivos estratégicos.

⁴⁰ Güecha. Ciro. (2007). Contratos Administrativos Control de Legalidad de los actos precontractuales. Ibáñez.

⁴¹ Consejo de estado sección tercera auto 20/08/98 exp. 14202.

evento de ser modificadas darán lugar al restablecimiento del equilibrio contractual, quebrado por el hecho del príncipe. La jurisprudencia y la doctrina consideran que algunas de las cláusulas que suscribe el contratista derivan su fuerza, no de su asentimiento sino del poder de la administración para organizar el servicio.⁴²

De acuerdo con lo anterior se concluye que el contrato, en su mayoría de veces, se suscribe por el poder omnímoto de la administración y el contratista no cuenta con una posición igual; por ello, se ejercen unas cláusulas excepcionales que tienen habilitación legal pero la mayoría de las veces rompen el equilibrio frente a las cargas públicas y lo que ocurre es que las entidades adoptan decisiones desde el derecho administrativo y no desde el análisis de mercado que sería el que resulta benéfico para el interés general.

Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública para Colombia, en aras de lograr la implementación del buen gobierno,⁴³ dan luces sobre los motivos por los cuales el legislador ha realizado la tarea de adaptar nuestra normatividad a las nuevas formas de contratar para buscar mayor transparencia, competencia y flexibilidad en la contratación estatal. Se evidencia que

nuestra normatividad genera mucha inestabilidad e inseguridad jurídica, lo que en términos de derecho económico se traduce en mayores costos de transacción situación que implica menores índices de eficiencia.

En igual sentido, el Impacto de la globalización, en el derecho administrativo, refuerza la idea señalada por algunos de que el derecho administrativo no es solo derecho público, pues las muchas ocasiones se sirve en gran medida del derecho privado para poder actuar, como sucede en el caso de los contratos sin que ello implique que se esté privatizando la Actividad contractual del estado.⁴⁴

El nuevo derecho administrativo se ha entendido en Alemania como una empresa científica que tiene por objetivo mejorar las condiciones de eficiencia de esta rama del derecho por cuanto la administración ejecuta la ley a través de actos formalizados; no se revisa tanto la forma o reglas formales sino la legalidad material de la resolución adoptada.

En cuanto al Derecho Administrativo y la Administración Pública, se tiene que el primero se ocupa de las relaciones en que

⁴² Vedel, G.(1980). *Derecho Administrativo*, (pp. 710-711). Biblioteca Jurídica Aguilar.

⁴³ Compromiso de la OCDE en la promoción del buen gobierno. (2012) *Estudio e implementación de prácticas de buen Gobierno en Colombia*.

⁴⁴ Smith, E.(2006). Cuestiones fundamentales sobre reforma a la teoría general del derecho administrativo,

al menos una de las partes sea el estado o la administración pública y que tiene por objeto a esta última y es el derecho que la administración obedece. El derecho administrativo no es solo derecho público, también es derecho privado; el Estado se vale del derecho administrativo para su organización y forma de actuación e interacción; sin embargo, se da un reduccionismo del derecho administrativo porque el modelo de legalidad no ha sido eficiente y se debe pensar en una ciencia de la dirección, y así, el derecho administrativo concebido como tal para dirigir con eficacia procesos sociales.⁴⁵

En la actualidad se puede decir que hay una gestión por procedimientos legales establecidos, en aras de limitar el uso arbitrario de la ley y garantizar la continuidad del servicio; lo anterior, fundamentado en el principio de legalidad que regula la actividad contractual y que la hace rígida, generando márgenes de ineficiencia por cuanto el crecimiento y la complejidad de esos procedimientos hacen que se trascienda el marco de lo burocrático. Por esto resulta necesario acoger modelos propios del sector privado para que, de esta manera, se deje de lado el proceso político con base en el cual se da

la provisión de bienes y servicios, sometido a reglas ajenas a las pautas del mercado. Se pretende así generar una nueva perspectiva para que esta provisión se haga en términos de mercado estableciendo que la gerencia deje de preocuparse por el qué y se interese por el cómo, a fin de encontrar soluciones más eficientes y eficaces, en términos de principio de economía. La teoría de la Nueva Gestión Pública, establece que la eficiencia se puede lograr mediante el diseño adecuado de incentivos apropiados y incentivos económicos, razón por la cual esta nueva gestión se orienta hacia el rendimiento y los resultados con lo que pretende aproximar las formas de producción al sector privado lo que de suyo implica un rediseño del sector público que lo alinea con el sector privado.⁴⁶

El reto es entender al ordenador de gasto como un verdadero gerente que debe buscar el manejo eficiente de los recursos y que propenda por surtir procesos de desburocratización y competencia, para liberar a las organizaciones del lastre del procedimentalismo, el formalismo y la irresponsabilidad. Lo que hoy se exige no es solo que se satisfagan las necesidades

⁴⁵ Smith, E. (2006). Cuestiones fundamentales sobre reforma a la teoría general del derecho administrativo, necesidad de innovación y presupuestos metodológicos.

⁴⁶ Smith, E. (2006). Cuestiones fundamentales sobre reforma a la teoría general del derecho administrativo, necesidad de innovación y presupuestos metodológicos.

sino que sea de manera eficiente y eficaz. Hay una competencia que acaba el monolitismo y esa competencia implica entrar en el mercado. Para lograr lo anterior, se debe promover la evaluación de los procesos y procedimientos; evaluar el rendimiento de los contratos y de los procesos de contratación acabando un poco con los criterios formales promoviendo criterios de la nueva escuela institucional para que haya retribuciones con arreglo al rendimiento; lograr que la gestión pública se desarrolle en términos de decisiones de mercado en materia de la actividad contractual de las entidades públicas. Así, la nueva gestión pública supone, entre otras cosas, cambiar la orientación de la gestión de regulaciones al suministro de resultados; eliminar las trabas administrativas; satisfacer las necesidades de forma rápida y potenciar la gestión.

Del mismo modo, supone armonizar los conceptos de eficiencia y autonomía de la voluntad con una nueva dimensión del principio de legalidad, para entender que el Estado, cuando contrata, lo hace como un agente del mercado; y por ello, debe cumplir, no solo un objetivo de satisfacción del interés general, sino también objetivos a nivel de costos de transacción creando

procesos de Gerencia estratégica que sean herramientas para una eficiente y eficaz gestión contractual.

Por lo anterior, es evidente la necesidad de tener una nueva perspectiva de las relaciones contractuales del Estado, en cuanto al procedimiento de formación del mismo y las implicaciones jurídicas de las decisiones que las entidades públicas deban y puedan adoptar en este tipo de actividades tales como las que se enmarcan dentro de los presupuestos teóricos del Análisis económico del derecho en cuanto al hombre racional, los niveles de optimidad y los costos de transacción en búsqueda de la eficiencia mediante acuerdos que entre las partes eviten costos de transacción y generen costos de oportunidad.⁴⁷

CONCLUSIONES

Tal como se ha desarrollado en el texto, se analizan las implicaciones jurídicas de la regulación pública y de la aplicación del derecho administrativo en la actividad contractual pública al considerarla como actividad administrativa; se plantea la posibilidad de abordar la misma desde el análisis económico del derecho y los costos de transacción como institución

⁴⁷ Gutiérrez, J. A. (2008). Análisis Económico del Derecho. Revisión al caso colombiano. Revista Derecho y Economía No (24).

propia de la Nueva Escuela Institucional con el propósito de establecer si esta perspectiva logra dinamizar y flexibilizar esta actividad para que se tengan actuaciones con mayores incentivos que redunden en mejor inversión de los recursos públicos.

Se observa que el estatuto de contratación reconoce la presencia de la autonomía de la voluntad pero esta se modula por la existencia del principio de legalidad, razón por la cual se propone que en materia de contratación pública, el Estado pueda ser tenido como un agente de mercado para que adopte decisiones en términos de eficiencia y eficacia; es

evidente, la necesidad que existe de tener una nueva perspectiva de las relaciones contractuales del Estado, en cuanto al procedimiento de formación del mismo y las implicaciones jurídicas de las decisiones que las entidades públicas deban y puedan adoptar en este tipo de actividades tales como las que se enmarcan dentro de los presupuestos teóricos del Análisis económico del derecho para lograr un mejor manejo del presupuesto público y una satisfacción de las necesidades de la comunidad, una continua prestación de los servicios públicos, y la optimización de la actuación del Estado en la contratación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, F. *Una aproximación a la Ley 1150 desde el Derecho Económico.*

Amador, L. E Análisis (2014). *Económico del Derecho: un paradigma en construcción. Serie de Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho: Nuevas vertientes y diferentes aplicaciones.* Número 3. Bogotá, Colombia: Universidad Externado

Amazo, D.C. (20079). *¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?* Revista Estudios Socio-Jurídicos. (pp. 181-203). Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario. Vol. 9 Núm. 2.

Ballesteros, J.A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad.* (p. 20.). Barcelona: J. M. Bosch Editor,

Benavides. J.L. (2014). *Contratos Públicos Estudios.* Bogotá, Colombia: Primera Edición Universidad Externado.

Coase, R. (1995). *La empresa, el mercado y la ley.* Madrid: Alianza.

Compromiso de la OCDE en la promoción del buen gobierno. Estudio e implementación de prácticas de buen Gobierno en Colombia. Julio de 2012.

Consejo de Estado. Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C Consejero Ponente. Santofimio, J O. 7 de septiembre de 2015. Expediente Número 44321.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente LafontPianettaPedro.

Corte Constitucional. Sentencia C-341, 3 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Expediente D-6020.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 230 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Barrera Carbonell, Antonio. Bogotá, D.C., 1995.

Consejo de Estado. Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Alier Hernández. 17 de febrero de 2005. Expediente Número 27673.

Consejo de Estado. Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Sección Tercera auto 20/08/98 exp. 14202.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 50

Consenso de Washington. (1990). *La privatización como reducción del gasto Público*.

Dávila, L.G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Legis.

Decreto 1670 de 1975

Decreto ley 222 de 1983

Decreto reglamentario 1082 de 2015

Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En Betancur Cuartas, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

Eberchard, -S.A. (2006). *Cuestiones fundamentales sobre reforma a la teoría general del Derecho Administrativo, necesidad de innovación y presupuestos metodológicos*.

Estatuto de Contratación Estatal. Ley 80 de 1993

Guecha, C.(2007).*Contratos Administrativos Control de Legalidad de los actos precontractuales*. Ibáñez.

Guecha, C. *Inexistencia de discrecionalidad en la actuación de la administración*.

Gutiérrez, J. A. *Análisis Económico del Derecho. Revisión al caso colombiano*. Revista Derecho y Economía No 24.

Ley 1150 de 2007

Núñez, A. José.(2006). *Contratación estatal vs presupuesto público. Elementos microeconómicos para una armonización normativa*. Colección Enrique LowMurtra. Derecho Económico. Bogotá, Colombia: Universidad Externado. Tomo V.

Oliás de Lima, B.(2003). *La nueva Gestión Pública*.

Pinzón, M. (2009).*Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho Público*. Universidad Externado.

Posner, Richard.(2013).*Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Pinzón M. (2009).*Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá:Universidad Externado de Colombia.

Quiroga, E.A.(2014)*Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales. Nociones Básicas. Serie de Derecho Económico No 3*. Bogotá, Colombia: U. Externado.

Restrepo, M. (2007)*La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho*. Revista Saberes. Universidad Alfonso X El Sabio. Vol. 5

Safar, M. (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del estado en el Derecho Colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Salgado C. E. (2003).*Teoría de Costos de Transacción. Una Breve Reseña. Cuadernos de Administración*. Volumen 16. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.

Sessarego, C.(2001).*El Supuesto de la Denominada Autonomía de la Voluntad. En Contratación Contemporánea. Volumen I: Teoría General y Principios.*(p. 215). Bogotá, Colombia y Lima: Editorial Temis Bogotá - Colombia y Palestra Editores. Lima,

Vedel, G.(1980). *Derecho Administrativo.* (pp. 710-711).Biblioteca Jurídica Aguilar.

Williamson, O.(1985). *Las Instituciones Económicas del Capitalismo.* México

Zagrebelsky, G. (2011).*El Derecho Dúctil.* Editorial Trotta. Décima edición.