

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 9

Tunja, 2008-1

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 9	pp. 1 - 204	Enero Junio	2008	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	----------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás seccional
Tunja

Director

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

NUEVE (9)
PRIMER SEMESTRE DE 2008

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador: Santiago Suárez

Corrector de estilo: José Miguel Gaona

Traducción de textos

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Departamento de Idiomas

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores.

CONSEJO EDITORIAL

Fray Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Decano de División

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de Facultad

Dra. Yenny Carolina Ochoa Suárez
Secretaria de División

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph. D. Juan Antonio García Amado
Universidad de León, España

Ph. D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad Paris X, Francia

Ph. D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph. D. Jorge Arenas Salazar
Universidad Nacional, Colombia

Ph. D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Universidad Externado, Colombia

Ph. D. Nidia Catherine González
Universidad Johannes Gutenberg, Alemania

Ph. D. Ana Yazmin Torres Torres
Universidad Carlos III, España

Mg. Germán Bernal Camacho
Universidad Flacso, México

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Universidad Nancy 2, Francia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Dr. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Dra. Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

PARES ACADÉMICOS:

Fray Faustino Corchuelo Alfaro, O.P.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Mg. Alejandra Susana Monteoliva
Directora de Posgrados, Pontificia Universidad Javeriana

Mg. Fernando Arias García
Procuraduría General de la Nación- Docente Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Esp. Miguel Angel García Castellanos
Juez Penal del Circuito Tunja-Docente Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

CONTENIDO

Editorial 11

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección I. Artículos de producción institucional

De la moral heterónoma a una Ética Autónoma 21
Róbinson Arí Cárdenas Sierra

La Política Transversal de Equidad de Género. Análisis comparado
de las herramientas más innovadoras para su implantación 31
Hugo Fernando Guerrero Sierra

Presunciones en Contratación Estatal 47
Jorge Enrique Patiño Rojas

Juicio como escenario del Debate Probatorio 69
Alfonso Daza González

El documento electrónico en la legislación colombiana: ¿Confiable
o no en el ejercicio de la actividad comercial? 87
Enrique López Camargo

La Movilidad y la Educación por Competencias en Colombia 101
Carlos Mario Molina Betancur

Sección II. Tema Central- Del pluralismo jurídico al interior del país.

Aporías alrededor del Pluralismo Jurídico: Hacia una configuración
del estado del arte y una crítica de sus supuestos conceptuales 117
Paulo Ilich Bacca Benavides

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 9	pp. 1 - 204	Enero Junio	2008	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	----------------	------	-----------------

¿Puede la Teoría Poscolonial fortalecer la Teoría Crítica del Derecho? 139
Oscar Andrés López Cortés

Sección III. Colaboradores Extranjeros

Controverses sùr le contròle de la constitutionnalité des actes
administratifs/ Controversias sobre el control de constitucionalidad
de los actos administrativos 175
Franck Moderne

CONTENTS

Editorial 11

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Part I. Research articles. Santo Tomás University

From the heteronymous morals to the Autonomic Ethics 21
Róbinson Arí Cárdenas Sierra

Transversal politics in gender issues (mainstreaming). Comparative
analysis of the most innovative tools for its implementation 31
Hugo Fernando Guerrero Sierra

Presumptions in state contracting 47
Jorge Enrique Patiño Rojas

The electronic document in the colombian law 69
Enrique López Camargo

Prove regime in the colombian criminal procedure 87
Alfonso Daza González

Mobility and education by competences in Colombia 101
Carlos Mario Molina Betancur

Part II. Central topic - From The juridical pluralism inside the country

Contradiction around the Legal Pluralism: Towards a set of state
of the art and criticism of its assumptions conceptual 117
Paulo Ilich Bacca Benavides

¿Can the postcolonial theory strengthen the critical theory of law? 139
Oscar Andrés López Cortés

Part. III. *International guest articles*

Controversies about the constitutional control of
administrative acts 175
Franck Moderne

EDITORIAL

La academia, en su razón de ser, no basta con ser una transmisora de conocimiento, sino que, a través de la investigación, debe avanzar en el estado del desarrollo intelectual humano para obtener una efectiva contribución al tratamiento de problemas sociales y humanos, así como en la naturaleza; todos los miembros del sistema deben cumplir con su rol, el cual es fundamental en tanto se es parte de un conjunto, la investigación se propone cumplir con una parte del inagotable esfuerzo del proyecto humanista: cohesionar y articular la academia. La investigación y la participación social, deben ser objetivos de todos los desarrollos en la universidad.

En coherencia con los principios anteriores y continuando con nuestro proyecto académico-institucional tenemos el gusto de presentar a la comunidad jurídica e intelectual en general, la revista *PRINCIPIA IURIS* Número Nueve. Esta revista integra los avances investigativos varios trabajos de profesionales, fundamentalmente, de los investigadores de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, así como también de docentes e investigadores de orden nacional e internacional. Estos estudiosos exponen los avances y resultados sus proyectos investigativos como un esfuerzo por apoyar la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico en los niveles regional, nacional e internacional, para contribuir a la solución de los problemas sociales con el máximo de calidad analítica y propositiva.

Conforme el formato diseñado, la revista *PRINCIPIA IURIS* Número Nueve presenta seis Artículos de producción institucional: la obtención de una ética de liberación autonómica tras desarrollarse una moral de cumplimiento a las normas y los valores en desarrollo de la voluntad, es expuesta en las reflexiones del profesor

Róbinson Cardenas ; por su parte el docente Hugo Fernando Guerrero presenta de forma comparativa varios modelos de desarrollo de la equidad de género, como una política pública transversal, la cual es reconocida pero no aplicada en Colombia; La contratación estatal es analizada por el docente Jorge Enrique Patiño, quien expone las presunciones aplicables a estos actos jurídicos, partiendo de las más generales a las aplicables a toda la administración *pública*, para llegar a aquellas más específicas en materia de contratación.

La conjunción entre el derecho probatorio y el actual sistema procesal penal son abordados por el profesor Alfonso Daza, examinándose la adaptación a este nuevo ordenamiento; El docente López Camargo cuestiona la fiabilidad del documento electrónico en las actividades comerciales en Colombia, anticipándose a la visión probatoria del documento electrónico en el contexto económico universal de conformidad con la legislación vigente; La necesidad de implementar un sistema educativo flexible que permita desarrollar las habilidades y competencias exigidas por la competitividad de la vida moderna son expuestas por el profesor Carlos Mario Molina Betancur.

En la sección dedicada al tema central, presentamos con agradecimiento, dos interesantes Artículos de prestigiosos colaboradores nacionales: el profesor Paulo Ilich Bacca Benavides nos ofrece en un escrito humanista y reivindicatorio sus estudios sobre la diversidad de los pueblos, exponiendo las contradicciones, aparentemente insuperables, respecto de la posibilidad de desarrollo del pluralismo jurídico en el contexto colombiano contemporáneo. Por su parte, la Teoría Poscolonial es disertada por el profesor Oscar Andrés López Cortés en un Artículo que examina la posibilidad de esta para fortalecer la teoría crítica del derecho, comparando varios de los desarrollos más interesantes en dicha materia.

Con orgullo y agrado presentamos el Artículo de colaboración internacional redactado por profesor emérito de la universidad de París I Franck Moderne, en el cual se exponen las controversias respecto del control de constitucionalidad de los actos administrativos, enfocándolos hacia el derecho público francés contemporáneo desde sus orígenes, hasta llegar a la ampliación de competencias de control del Consejo Constitucional, así como de la Corte Europea de Derechos Humanos. Este Artículo llama la atención de lo internacional en perspectiva de la actualidad en contexto de la comunidad tomasina, a su vez, invitando a todos los nuestros a participar con sus producciones intelectuales en las discusiones académicas de tipo internacional.

En este momento podemos decir que nos encontramos satisfechos, no como quien ha llegado a su meta, lo cual es cuestionable que sea posible, sino como aquel que se ha esforzado en la búsqueda de sus objetivos, el camino que se ha formado, como fin en sí mismo, nos impulsa a seguir adelante en la profundización de nuestros trabajos y en el mejoramiento de los mismos.

Es por esto que la próxima edición de la Revista, cuyo tema central será «la actualidad del derecho público en Colombia», tendrá un espacio dedicado a la investigación formativa, en el cual se publicará los trabajos de grado más destacados entre los estudiantes de los programas de posgrado. A todos los gestores de este proyecto, los profesores investigadores, los colaboradores externos, los comités académicos, administrativos y directivos de nuestra universidad, nuestros sentimientos de profunda gratitud. Esperamos humildemente que esta publicación se acerque a los objetivos aquí plasmados.

Diego Higuera
Editor

PRESUNCIONES EN CONTRATACION ESTATAL

PRESUMPTIONS IN STATE CONTRACTING

Jorge Enrique Patiño Rojas**

Fecha recepción: 25-06-08

Fecha de aceptación: 30-08-08

RESUMEN*

En este artículo se aborda el tema de las presunciones en la contratación estatal en Colombia, partiendo del concepto y las distintas modalidades de presunción; se precisan las más generales, aplicables a toda la actividad de la administración pública, y las particulares, propias de la contratación oficial. En éstas, se examinan las de pacto de las cláusulas excepcionales, de la cláusula de caducidad y del sometimiento a las leyes nacionales estipuladas en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, en los de prestación de servicios públicos o explotación y concesión de bienes del Estado y en los de obra; igualmente aludimos al pacto concretado en la cláusula de reversión para los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, así como la presunción de equilibrio financiero del contrato, y la de compra a precios de mercado en ciertos contratos. Finalmente, hacemos referencia a la presunción de legalidad de algunos actos administrativos propios de la contratación estatal, a la culpa, sus consecuencias jurídicas.

PALABRAS CLAVE

Presunción, contrato estatal, equilibrio contractual, buena fe, cláusulas excepcionales, incumplimiento.

** Mg. en Historia. Investigador, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas USTA Tunja; jorgeepr@yahoo.es

* Artículo de investigación científica resultado final de una etapa del proyecto, «contexto del derecho administrativo y contratación estatal», en desarrollo de la línea de investigación en derecho administrativo.

ABSTRACT

This article discusses the presumptions in state contracting in Colombia, based on the concept and different forms of presumption; in this article are specified the most general, applicable to all activities of public administration, and specific presumptions, typical of public contracting. Those different forms examine compact clauses, exceptional clauses, lapsing of legal action clause and submission clause of national laws stipulated in contracts relating to the exercise of an activity that constitutes a state monopoly, provision of public services and concession or exploitation of state property. Also referring to the pact resulted in the reversion clause in the contracts for operating and grant of

state property, as well as the presumption of financial balance of the contract, and the clause of purchase at market prices on certain contracts, particularly those whose monetary amount is equal to or less than 10% of the amount, if the assets are acquired in a trade officially named as 'department store'. Finally, we refer to the presumption of legality of certain administrative acts typical of public contracting, and the blame clause and their legal consequences attributable that, without valid justification breach a contract, including the state.

KEYWORDS

Presumption, presumption of pact, agreement, state contract, contractual balance, market prices, good faith, clauses exceptional, failure..

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia, hasta antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, en materia de contratación estatal, solamente se conocían las presunciones generales de pacto de que trata la ley 80 de 1993. Con la entrada en vigencia de la nueva ley, la institución en mención amplió su espectro jurídico, pues se crearon algunas más. En este artículo nos proponemos integrar las presunciones propias de la contratación pública,

junto con las que, siendo generales, tienen que ver con dicho tema jurídico - administrativo, procurando su estudio sistemático.

Metodológicamente, previo al examen de las presunciones particulares propias de la contratación estatal, cada vez de más creciente utilización tanto en el procedimiento administrativo como en la instancia procesal, como marco inicial, aludimos a las presunciones generales, de común utilización en el desenvolvimiento de la actividad estatal. Así mismo, para el

desarrollo del tema, primero se hace necesario acercarnos al concepto de presunción en sus distintas modalidades, al de contrato estatal, y dentro de éste, tangencialmente, al de su equilibrio financiero: la obligatoriedad inicial, el eventual rompimiento y la perentoriedad del reequilibrio, dentro del marco jurídico holístico de las presunciones.

Con la paulatina incorporación de las presunciones en esta materia, esencialmente de orden técnico, no solo se honra el mandato del art. 228 de la Carta Política, de prevalencia del derecho sustancial sobre las simples formalidades, sino que, de contera, lo estrictamente reglado va cediendo un pequeño pero persistente espacio a lo discrecional¹ (Locke, 1995) (que, como se sabe, es diferente a lo arbitrario), pero siempre en procura del bien común y de la equidad.

Precisamente, en este sentido, el nuevo delito tipificado en el Código Penal (ley 599 de 2000, artículo 409), es el de «*interés indebido en la celebración de contratos*» (que reemplazó al de «*interés ilícito en la celebración de contratos*», del Código Penal de 1980), en razón de la importancia que cobra cada día la función teleológica en la contratación estatal, y en general en la actividad

pública, en desmedro paulatino de la rigurosa formalidad. A pesar de que los dogmáticos penalistas aleguen que el nuevo tipo penal se halla incompleto, y tengan que remitirse a la criticada figura del tipo penal en blanco -entendida como la conducta penal definida por el legislador de manera genérica-, obligando al juez a valerse de otros ordenamientos legales, en este caso del ordenamiento administrativo, y a hacer del ejercicio jurídico necesariamente una operación integradora.

2. METODOLOGÍA

La metodología que hemos considerado más adecuada para desarrollar el problema es necesariamente histórico-sociológica, esto es, primordialmente buscando una explicación que desde el pasado explique el deber ser del nuevo Estado, teniendo como instrumento el derecho administrativo. Dependiendo de la información disponible, del pasado, se especificará y estimará un modelo moderno de derecho administrativo, para un Estado equitativo y moderno.

Al respecto poseemos las fuentes primarias los datos obrantes en las entidades oficiales sobre la evolución del derecho administrativo, (Congreso), Gobierno, Asambleas, Concejos,

¹ El tema de la discrecionalidad en las decisiones públicas no es nuevo. Desde el siglo XVII, Locke manifestó claramente: «Allí donde el poder legislativo y el ejecutivo residen en manos distintas –como ocurre (...) en los gobiernos bien estructurados – el bien de la sociedad requiere que varios sean los asuntos que se dejen a la discreción de quienes ostentan el poder ejecutivo; pues como los legisladores no pueden prever y procurar mediante leyes todo lo que pueda serle útil a la comunidad, el ejecutor de las leyes, al tener el poder en sus manos, tiene, por derecho común natural, el derecho de hacer uso de dicho poder para el bien de la sociedad...». LOCKE, John. «Segundo tratado sobre el gobierno civil». Altaya. Barcelona. 1995. p. 164.

Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.) y como fuentes secundarias las bibliográficas para reforzar los conceptos básicos tratados en la investigación sobre derecho administrativo, administración pública, legitimidad, participación, equidad, etc.

3. PRESUNCIONES

En general, en derecho, una presunción tiene que ver con la prueba, mejor con la afectación que ella le ocasiona al sistema probatorio, pues con su presencia en un caso determinado, la carga de probar se invierte, correspondiendo a la contraparte demostrar lo contrario de lo que una parte afirma; se quiebra, así, el viejo y conocido aforismo, *actori incumbit onus probando* (Incumbe probar las obligaciones a quien las alega, dice el art. 1757 del C.C.), y se ingresa al mundo de las presunciones, muy comunes en el derecho administrativo, precisamente por el carácter pretoriano² de esa jurisdicción. Así las cosas, en síntesis, en derecho, una presunción es una forma de probar y se diferencia del hecho notorio (Bentham, 2000. ps. 61 y 62) en que éste no se pone en duda por las partes litigiosas, y no requiere prueba, como lo establece el artículo 177 del C.P.C.

En concreto, desde la perspectiva del mero pensamiento filosófico, una

presunción jurídica, «*consiste en el proceso lógico o razonamiento en virtud del cual de un hecho dado, que en todo caso ha de constar fehacientemente, se induce otro hecho cuya realidad no consta, pero del que, por la relación que tiene con aquel en que la presunción se funda, se exime de la prueba directa*» Mans, 1978. p. 132) Desde la norma positiva, en Colombia, el artículo 66 del C.C., estipula que: «*Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas*», y, desde la doctrina jurídica reciente, una presunción, «*corresponde a un modelo de razonamiento que permite tener por cierto lo que es probable*»(Paillet, 2001. p. 157).

Sin embargo, las presunciones no son patrimonio exclusivo de la disciplina del derecho: se practican en economía, en filosofía y en general en las ciencias sociales; en economía, por ejemplo, existe la denominada renta presuntiva; en filosofía, particularmente en la lógica formal, se relaciona estrechamente con el tema de las inferencias, inductivas y deductivas.

Las presunciones jurídicas tienen su fuente bien en la ley, llamadas presunciones legales (*praesumptio iuris* o *praesumptio legis*), o son creación del propio juez, presunción judicial (*praesumptio facti* o *praesumptio hominis*). Las dos admiten prueba en

² *El Pretor romano era simultáneamente juez y legislador. «El ejercicio del ius edicendi, que puede ser definido como el derecho que tenían los magistrados romanos superiores de expresar o indicar la norma por la que habría de regirse la relación jurídica llevada a su conocimiento, es el que posibilita la amplia labor edictal que cumplieron en Roma los ediles, los gobernadores de provincia y, muy especialmente, los pretores». ARGÜELLO, Luis Rodolfo. «Manual de Derecho Romano». Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. ps. 94 y 95*

contrario, por lo que se denominan «*iuris tantum o simpliciter iuris*». También existe la presunción de derecho o absoluta, que no admite prueba en contrario, como lo estipula el artículo 66 del C.C. Sin embargo, en Colombia, jurídicamente, no es de recibo esta presunción absoluta, pues la Corte Constitucional determinó que era inexecutable la única de ese tipo vigente hasta entonces, al declarar así la expresión «*de derecho*» contenida en el inciso segundo del artículo 92 del C.C., pasando a ser «*simplemente legal*» o «*praesumptio iuris*» o «*praesumptio legis*». (Corte Constitucional, C-004 del 22 de enero de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía, 1988. ps. 323 y ss). Lo que significa que en nuestro país todas las presunciones tienen carácter relativo, esto es, potencialmente pueden ser desvirtuadas.

4. PRESUNCIONES GENERALES EN ADMINISTRACION PÚBLICA

Por razones metodológicas consideramos pertinente referirnos, en primer lugar, a las presunciones generales de la administración pública, también tenidas en cuenta en materia de contratación, pues esta actividad estatal, en su desarrollo práctico, involucra distintas manifestaciones de la administración, desde actos y hechos hasta omisiones, como la que genera el silencio administrativo positivo previsto en el artículo 25-16 de la ley 80/93.

4.1. Presunción de buena fe. De acuerdo con un viejo principio del derecho que se remonta a 1789, con el advenimiento de la Revolución Francesa, hoy elevado en Colombia a norma constitucional, en el artículo 83, se concreta en nuestra legislación la presunción de la buena fe. Principio que queda incorporado de suyo en toda la actividad estatal, como presunción de carácter legal o *praesumptio iuris*. Mediante ella se cree, legalmente, que la actuación de los particulares y de las autoridades públicas se ciñe a los postulados de la buena fe, en particular las distintas manifestaciones de la actividad contractual. Además, el artículo 28 de la ley 80 de 1993 concreta la presunción de la buena fe para la interpretación de las normas relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en lo referente a las cláusulas y estipulaciones de los propios contratos estatales.

Un estado de derecho, fundamentado en la buena fe y en la confianza legítima de las partes, materializa, necesariamente, la actividad de la administración pública en actos, hechos, operaciones administrativas y contratos. No obstante, eventualmente, el Estado también se manifiesta mediante omisiones, derivadas tanto de lo que debieron ser actos administrativos, o hechos dejados de consumar, y hasta con contratos no formalizados. La primera forma de omisión es denominada por el derecho

como silencio administrativo (sustantivo o procedimental), en sus modalidades de negativo o positivo, éste determinado casuística y excepcionalmente en el ordenamiento jurídico. La omisión derivada de un hecho, o mejor, de lo que debió ser un hecho es simplemente eso, una omisión; pero, jurídicamente tomada como una actuación del Estado.

En cuanto a la contratación, se define como la actividad preferentemente consensuada de la administración pública, desarrollada bajo condiciones legales, con reglas «claras», naturalmente preestablecidas, con el propósito que el Estado cumpla con las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico, según los artículos 2° de la Carta Política «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...» y 3° de la ley 80 de 1993 «*DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (...)*». Pero, paradójicamente, dicha actividad no es totalmente consensuada

debido a dos razones fundamentales propias de la contratación: **i**). Porque se pueden adelantar procedimientos simplificados (de contratación), para garantizar la eficiencia en la gestión contractual (art. 2° No 2° L. 1150/07); y, en consecuencia, el jefe de la entidad o su delegado, mediante acto administrativo debidamente motivado justificará la decisión (art. 5° Dec. 2474/08); y, **ii**). Porque las entidades públicas pueden hacer uso de las llamadas cláusulas exorbitantes (de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato), y de la cláusula de caducidad, que se entienden incorporadas en los contratos estatales previstos en la ley, aun cuando no se consignen expresamente (artículo 14-2 de la ley 80). Aparecen así la dimensión distributiva de los contratos estatales y la dimensión de imperio de las decisiones de las autoridades públicas, que, en conjunto, le hacen perder la dimensión al carácter reglado que debe primar en la contratación estatal, haciéndola cada vez más discrecional.

Sin embargo, a pesar de las prerrogativas estatales, el sometimiento al estado de derecho, tanto de la entidad contratante como del contratista, es perentorio y, además de la presunción de la buena fe, la relación administración – administrado se basa en las siguientes adicionales presunciones generales:

4.2. De autenticidad de documento público.

El documento público, sostiene el artículo 252 del C.P.C. (mod. Dec. 2282 de 1989, art. 1º num. 115), se presume auténtico, mientras no se pruebe lo contrario, mediante la tacha de falsedad. Que un documento sea auténtico, en sentido técnico, significa que: «*por oposición al documento privado, se aplica al documento que, habiendo sido protocolizado o solamente redactado por un funcionario público competente y cumpliendo las formalidades requeridas, da fe por sí mismo hasta que no sea tachado de falsedad*» (Cornu, 1995).

4.3. De legalidad de la actuación administrativa,

incluida la adelantada a través de la actividad contractual. Por el principio de la buena fe, toda la actuación administrativa del Estado se presume hallarse conforme con el ordenamiento jurídico. A pesar que en el campo del derecho administrativo es más conocida la presunción de legalidad de los actos administrativos, con sustento jurídico general e implícito en algunas normas constitucionales y legales. Dentro de las primeras, son los artículos 6, 121, 122, 123 inciso segundo y 124; mientras el art. 66 del C.C.A., es el sustento legal.

4.4. De certeza de los fundamentos de hecho,

en los que el Estado sustenta su actuación administrativa, incluidos los fundamentos fácticos de la actividad contractual. Es decir, se presume que

toda la motivación jurídica y material del procedimiento de contratación estatal y su valoración³, corresponden con lo que por su parte la realidad enseña. Correspondiendo en este punto el derecho con lo que en la lógica formal se denomina criterio material de verdad.

4.5. De indemnización por daño antijurídico.

Significa que, si con la actividad contractual, o con cualquiera otra desplegada por la administración, se causa un *daño antijurídico* a un particular, esto es, un daño que quien lo sufre no está en la obligación de soportarlo, se presume la responsabilidad del Estado, y la obligación de repararlo (art. 90 C.P.). No obstante, el Código Civil ya había estipulado el daño en general como fuente de las obligaciones civiles, «*Las obligaciones nacen (...) ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona...*», afirma el artículo 1494 de dicha obra. El aporte del artículo 90 es el estatus superior que con él adquiere la responsabilidad objetiva o de pleno derecho, de creciente aplicación en la jurisdicción, particularmente con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991.

4.6. De validez de las firmas.

Mediante la cual se presume que quien suscribe un documento privado es su autor, a menos que él lo desmienta. Lo que determina la abolición de las

³ En lógica, la valoración coincide con el criterio trascendente de verdad, según el cual, la descripción del fenómeno del conocimiento, «...consiste en la concordancia del contenido del pensamiento con el objeto», y hace parte del 'concepto de verdad'. HESSEN, Juan. «Teoría del Conocimiento». Gráficas modernas. Bogotá. p. 115

autenticaciones y del reconocimiento de firmas por parte de autoridad o funcionario alguno, para estos eventos, siempre y cuando, estimamos, quien presente el documento ante la dependencia estatal sea la misma persona que lo suscribe (artículo 24 L. 962 de 2005).

Para la efectividad de la presunción, en los casos anteriores, probatoria y administrativamente, se procede de la siguiente manera:

4.6.1. Las presunciones de buena fe y de autenticidad de documento público

favorecen a las partes por igual. La buena fe es presumible y aplicable a las partes, administración y administrado, en principio⁴, en igualdad de condiciones. El documento público, inicialmente favorece a quien lo haga oponible, a menos que se pruebe lo contrario o haya tacha de falsedad.

4.6.2. Las presunciones favorables a la administración. En éstas la carga de la prueba recae en el administrado.

- **En cuanto a la legalidad de la actuación administrativa.** El afectado, normalmente un particular, debe probar la ilegalidad o ilegitimidad de la actuación administrativa; si nó,

sencillamente la actuación fue legítima, correspondiendo con las exigencias legales⁵.

- **En la de certeza de los fundamentos de hecho, sustento de la actuación administrativa.** El afectado, normalmente un particular, debe probar la falsedad de los fundamentos de hecho en los que la administración sustenta su actuación.

4.6.3. Las presunciones favorables al administrado. En las siguientes, la carga de la prueba recae en la administración.

- **En la de indemnización del daño antijurídico.** En este caso la administración, así demuestre la legitimidad y legalidad de su actuación, debe indemnizar a quien resulte perjudicado, pues este tipo de daño implica que el particular no debe soportar el perjuicio.

- **En la de presunción de validez de las firmas.** En este caso la administración debe suponer que la firma en los documentos privados corresponde a la que en ellos se estipula, por lo que los funcionarios deben aceptar su radicación u oponibilidad, a menos que el supuesto suscriptor la niegue.

⁴ Se dice 'en principio' porque, como se sabe, el derecho no es estrictamente neutral

⁵ El estructural funcionalismo hace coincidir, consideramos que inadecuadamente, lo legal - racional con lo legítimo. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. FCE. Primera reimpresión de la segunda edición en español de la cuarta edición en alemán. Santafé de Bogotá. 1997. p. 214

5. PRESUNCIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En este tema de la contratación, a pesar de ser rigurosamente reglado, existen las siguientes presunciones:

5.1. Presunción especial de pacto.

Dispone que **en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, en los de prestación de servicios públicos⁶ o en los de explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra**, se entienden pactadas, genéricamente, algunas cláusulas excepcionales al derecho común, antes denominadas cláusulas exorbitantes, propias del poder soberano del Estado, aun cuando no se consignen expresamente en el texto del contrato (art. 14, numerales 1º y 2º, ley 80/93).

Dentro de la presunción de pacto, tenemos:

5.1.1. Cláusulas excepcionales. En los contratos atrás referidos, las cláusulas excepcionales al derecho común, de interpretación, modificación y terminación unilateral por parte de la entidad contratante, propias de los contratos estatales, se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente (art. 14, numerales 1º y 2º, ley 80/93). En criterio de la Corte Constitucional en Sent. T-1341 del 11

de diciembre de 2001. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis, en principio, estas cláusulas de privilegio en favor de la administración desfavorecen el debido proceso, particularmente la garantía del derecho de defensa y contradicción del contratista, previsto en el artículo 29 de la Carta Política. Sin embargo, en particular, en cuanto a la terminación unilateral del contrato, agrega que: *«la finalidad inscrita en la potestad excepcional aludida y las consecuencias que derivan para el contrato por razón de las nulidades absolutas señaladas como causantes de su terminación (L. 80/93, art. 44, num. 1º, 2º y 4º) justifican razonablemente la limitación de ese derecho»*, en concreto, es la finalidad estatal de los contratos de esa naturaleza lo que determina la preeminencia de la posición estatal y su posición dominante.

En síntesis, para la Corte, en la citada sentencia, las causales de terminación del contrato estatal previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la ley 80/93⁷, *«atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene»*.

No obstante, para otros eventos propios de la ejecución del contrato, y los

⁶ Una categoría importante de servicios públicos son los domiciliarios: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública, básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible. Art. 14-21, ley 142 de 1994

referidos en los numerales 3° y 5° de la ley 80 /93⁸, atendiendo el mandato del artículo 27 de la ley 80, si se llegare a romper la ecuación contractual por causas no imputables a quien resulte afectado, «*las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento*». Es decir, previo a la terminación unilateral, debe buscarse el arreglo directo entre los contratantes. Así se previó, además, en el artículo 11 de la ley 1150/07, para la liquidación de los contratos estatales: primero hacer uso de la posibilidad de mutuo acuerdo, así sea sólo de manera parcial, o sea, para algunos ítems del total de las diferencias surgidas del desarrollo o ejecución del contrato.

5.1.2. Cláusula de caducidad.

Esta presunción dispone que en los contratos ya referidos (num. 4.1), se entiende pactada la cláusula excepcional de caducidad, aun cuando no se consigne expresamente (art. 14, numerales 1° y 2°, ley 80/93). Como es sabido, la aplicación de la cláusula de caducidad a un contratista del Estado le deriva su correspondiente sanción, consistente en quedar inhabilitado por cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que la declaró, para participar en licitaciones y celebrar contratos con las

entidades estatales, aplicable a quienes a ella dieron lugar, incluyendo «*los socios de sociedades de personas a las cuales se les haya declarado la caducidad, así como a las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria*» (art. 8° lit. c) e i), L. 80/93).

5.1.3. Sometimiento a las leyes nacionales.

Establece que en los contratos en este punto referidos, se entiende pactado que están sometidos a las leyes nacionales aun cuando esto no se consigne expresamente (art. 14, numerales 1° y 2°, ley 80/93). No obstante, para algunos contratos, como los celebrados con organismos de cooperación internacional, financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, es potestativo someterse a los reglamentos de tales entidades. (Art. 20 L. 1150).

5.2. Presunción de inclusión de la cláusula de reversión.

Por mandato legal, en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado quedará incluida la cláusula de reversión, denominada por algunos doctrinantes cláusula de garantía. Mediante la

⁷ Las tres causales de nulidad absoluta por las que se puede dar por terminado unilateralmente el contrato, por cuenta de la administración, son cuando éste se celebre, 1° Con personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad, previstas en la Constitución o en la ley; 2° Contra expresa prohibición constitucional o legal y 3° Cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten

⁸ Las dos causales de nulidad absoluta (nums. 3° y 5°), por las que puede haber arreglo directo entre las partes, antes de darse por terminado unilateralmente el contrato, por cuenta de la administración, son cuando éste se celebre, 3°. Con abuso o desviación de poder y, 5°. Cuando se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la ley 80.

cláusula de reversión se pactará que, al finalizar el término de explotación o concesión, los elementos y los bienes afectados en la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna (art. 19, ley 80/93). Esta norma constituye otra presunción especial de pacto (art. 14, ley 80/93). Según la doctrina, la finalidad de esta cláusula es la seguridad de la continuidad en la prestación del servicio público objeto del contrato de concesión, pero debe morigerarse, pues «*la reversión no constituye una especie de «comiso» que le permita a la administración entrar a ocupar la totalidad de los bienes utilizados por el contratista*» (Consejo de Estado. Sent. de 19 de Julio de 2002. En, «Estatuto general de la contratación de la administración pública», 2006. p. 144).

5.3. Presunción de equivalencia de prestaciones. Todo contrato estatal, al igual que los contratos del derecho privado, es simultáneamente oneroso y conmutativo, por la recíproca carga obligacional y por la equivalencia de las mismas, respectivamente; en consecuencia, se deben mantener tales condiciones a lo largo de la vigencia jurídica del contrato. Sin embargo, a pesar de la condición de imperio del Estado, si se llegare a romper la equivalencia, como es posible, por su condición de contrato conmutativo,

debe surgir su resarcimiento inmediato⁹ sobre la base de que quien obtenga el provecho, debe soportar la carga; «*ubi emolumentum, ubi onus*», reza el aforismo latino.

Al respecto, se halla en juego el concepto de justicia, de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (art. 95-9 C.P.). «*Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*», sostiene el art. 831 C. de Co. Así mismo, «*La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es a los sistemas de pensamiento*» (Rawls, ____, p. 19).

- **Naturaleza del contrato estatal.** La clasificación del contrato estatal como oneroso y conmutativo, al igual que en el derecho privado, obedece, respectivamente, a que, primero, «*tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*» (art. 1497 C.C.); y, segundo, porque «*cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez*» (art. 1498 C.C.). En el caso del contrato estatal, mientras no haya incumplimiento del contratista, no importa la condición de imperio del propio Estado, ni las implicaciones derivadas de tal situación privilegiada, pues el contrato, en la mayoría de las eventualidades en que se presente desajuste, se debe reequilibrar; bien

⁹ El ordenamiento jurídico colombiano prevé distintas modalidades para el restablecimiento de la ecuación financiera: arreglo directo (conciliación interna, amigable composición y transacción); conciliación externa (en tribunal de arbitramento, prejudicial y judicial); y vía jurisdiccional (acciones, principalmente la contractual).

sea a cargo de la entidad contratante, como ocurre con mayor frecuencia, o a cargo del contratista y a favor de la entidad estatal.

La condición dominante o de imperio del Estado hace que el contrato estatal, en principio conmutativo, se torne, eventualmente, distributivo¹⁰. Al respecto Ulpianus, citado por Gaius sostiene que, «*aquello que es voluntad del príncipe tiene vigor de ley, ya que por lex regia llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido todo imperio y toda potestad*» (Ulpianus, citado por Gaius. «. 1975. p. 8). Lo anterior significa que los contratos estatales surgen a la vida jurídica como conmutativos, esto es, con equivalencia de prestaciones; pero, dada la presunción de pacto que incorpora las denominadas cláusulas excepcionales en todo contrato estatal, en pro de la administración, en razón de la ratio esencia del poder del Estado, la equivalencia se puede romper a favor del contratante, trocándose en modalidad onerosa el contrato estatal inicialmente conmutativo.

Continuando con la idea anterior, generalmente es mediante la conocida figura del hecho del príncipe, en sus distintas modalidades, que el Estado, de manera unilateral y potencialmente hablando, pone en desequilibrio la ecuación contractual, bien sea: i). Por una decisión interna de la entidad contratante, como por ejemplo, la

obligación al contratista de la ejecución de mayor cantidad de obra de la acordada en el contrato; ii). Por una decisión externa a la entidad contratante, por ejemplo del legislativo, estableciendo un nuevo impuesto, o el incremento de uno existente; iii). Por el hecho negativo del príncipe, que en todo caso le genera menores ingresos al contratista, como cuando en un contrato de concesión de una vía, el Estado abre paralelamente una nueva que baja el flujo vehicular por la vía en concesión, perjudicando pecuniariamente al contratista.

En nuestro ordenamiento jurídico, la presunción de equivalencia de las prestaciones se puede discriminar de la siguiente manera:

5.3.1. Al perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado, expresa el artículo 40 de la ley 80, se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Desde este momento, obligatoriamente, surge la equivalencia entre derechos y obligaciones. No obstante, en sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 1992, se dejó en claro que la equivalencia contractual surge, no desde el contrato, sino desde los propios pliegos de condiciones. «*Mientras el pliego señala -dice la sentencia- que los impuestos, derechos y gastos de legalización que por motivo de él cobre el Gobierno colombiano los*

¹⁰ «...la justicia conmutativa ha sido definida como la que tiene lugar entre las partes, la distributiva es aquella que tiene lugar entre el todo y las partes.» BOBBIO, Norberto. «Estado, gobierno y sociedad». Primera reimpresión. FCE. Bogotá. 1997. p. 21.

pagará el contratista, la cláusula contractual introduce una nota de futuro («llegue a cobrar el Gobierno») que como tal obliga al contratista no sólo a pagar los vigentes al momento de su legalización sino todos aquellos que se establecieron en el futuro» (Tomado de revista Legis, 1992 p. 384). Por lo cual, por presentarse la ruptura del equilibrio financiero del contrato, con ocasión de la aparición de impuestos surgidos con posterioridad al perfeccionamiento del mismo, y en contra de los estipulado en el pliego de condiciones, la Corporación ordenó la correspondiente indemnización a favor del contratista.

Entonces, desde el perfeccionamiento del contrato surgen las siguientes puntuales presunciones relativas con la equivalencia de las prestaciones de los cocontratantes:

a). Presunción de recibir oportunamente lo pactado. Según el artículo 5 numeral 1° de la ley 80 de 1993, dentro de los derechos y deberes de los contratistas, estos, «Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada...», y a que su valor intrínseco no sea alterado durante la vida jurídica del contrato. Es decir, el contrato estatal debe surgir equilibrado a la vida jurídica y así permanecer, durante su vigencia legal, hasta la liquidación.

b). Presunción de igualdad entre prestaciones y derechos. En los contratos conmutativos, la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas, y en la interpretación de las cláusulas y estipulaciones de los contratos se tendrá en consideración, entre otros elementos, «*la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*»; como lo estipula el artículo 28 de la ley 80/93.

c). Presunción de equivalencia entre derechos y obligaciones. El artículo 27 de la ley 80, referido a la ecuación contractual, sintetiza tal condición: «*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento*».

5.3.2. Preservación de la ecuación económica. Además de la obligación que el contrato, desde su inicio o perfeccionamiento, esté signado con la prevalencia del equilibrio contractual, éste debe preservarse hasta el final. Así quedó establecido en nuestro

ordenamiento jurídico, en los siguientes eventos:

a). Actualización o revisión de precios a favor de la entidad contratante.

Dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales, para mantener a su favor el equilibrio contractual, el artículo 3° numeral 4° de la ley 80 de 1993, establece que para la consecución de los fines de la contratación estatal, ellas solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio financiero o económico del contrato. Es decir, en caso de romperse la ecuación económica en contra de la entidad estatal, se prevé la actualización o revisión de los precios para preservarla (art. 4° numeral 3° de la ley 80).

b). Mantenimiento de la ecuación o equilibrio inicial.

No obstante, la aplicación de las conocidas potestades exorbitantes de las entidades estatales, la ley dispone el sostenimiento de la ecuación o equilibrio inicial del contrato. Para estos casos, dice, «*deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial*» (artículos 14-1 y 27 de la ley 80).

c). Inalterabilidad del equilibrio financiero del contrato.

Los contratistas, tendrán derecho a que el valor intrínseco de la remuneración no se altere o modifique durante la vigencia del contrato (artículo 5 numeral 1° de la ley 80 de 1993). Así mismo, se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (artículo 27 de la ley 80).

Lo que significa que, en situación de normalidad, en la vigencia jurídica del contrato estatal, debe prevalecer finalmente su carácter conmutativo sobre el distributivo.

Cabe indicar, por último en este punto, que son cuatro los áleas generales a los que se halla sometido el contrato estatal y que de presentarse uno de ellos puede venir intempestivamente su desequilibrio financiero: i). El administrativo, referente a las decisiones estatales, concretadas en el hecho del príncipe, interno o externo, según si fue la entidad contratante la que ocasionó el desequilibrio, o no, correspondiéndole dicho evento a otra entidad estatal; ii). El económico, referente al albur de la economía y del mercado; iii). Tecnológico, relacionado

con los adelantos científicos, con la tecnología y. iv). Material, relacionada con un hecho extraño (caso fortuito o fuerza mayor). Sin embargo, por fuera de los anteriores, también se presentan otros factores de desequilibrio del contrato estatal: la denominada teoría de la imprevisión o de riesgo imprevisible y el eventual incumplimiento de una de las partes. En estos dos últimos casos, el restablecimiento del equilibrio es distinto entre sí (y también con respecto a los cuatro áleas generales). En la teoría de la imprevisión, referida a circunstancias excepcionales, ajenas a las partes contratantes, se procederá por la revisión del contrato; mientras que dado el incumplimiento, como adelante se verá, el contratante incumplido debe indemnizar al contratante cumplido o que se allane a cumplir.

Sobre la teoría de la imprevisión, el artículo 868 del Código de Comercio establece que, «*Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles (...), alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión*». Las circunstancias extraordinarias, no imputables a las partes, «...*determinan un trastorno de la economía financiera del contrato que lleva al contratista a suministrar las prestaciones con pérdida*» (González Rodríguez, 2007, ps. 383 y 384). La teoría de la

imprevisión tuvo su origen en el fallo de Gas de Burdeos, del Consejo de Estado de Francia (1916), que estableció su aplicación, «*cuando el contrato está cumpliéndose y es transformado por un suceso excepcional que no depende de la voluntad de las partes contratantes y que razonablemente no podía entrar entre sus previsiones en el momento de la suscripción del contrato*» (Long, 2000. p. 119)

A pesar de la distinción referida inicialmente entre la teoría de la imprevisión y el incumplimiento del contrato, si existe alguna similitud entre ellas está en que en estas causales de alteración del equilibrio financiero del contrato no habría, en sentido estricto, lugar al reequilibrio, pero sí a la revisión o la indemnización, respectivamente, en favor del contratante cumplido o que se allane a cumplir, de cuenta del contratante incumplido.

Por último, en cuanto a la posibilidad de aplicación del derecho privado (civil y comercial) a la actividad de la contratación estatal, se halla prevista en el artículo 13 de la ley 80/93, pero solo de manera supletiva, esto es, «*salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*».

5.4. Presunción de compra a precios de mercado. Dentro de la submodalidad de contratación de mínima cuantía (correspondiente a la modalidad de menor cuantía), según el artículo 46

del decreto 2474 de 2008, inc. 2º, «Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de ‘gran almacén’ señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado».

Esta presunción es reiterativa en los siguientes tres casos:

5.4.1. Modalidad genérica. Según el parágrafo del artículo 46 del decreto 2474 de 2008, lo señalado en esta norma para los contratos de mínima cuantía (como especie de la submodalidad de menor cuantía que a su vez forma parte de la modalidad de selección abreviada), entre otras cosas, se aplica a las demás causales de selección abreviada (no solo a la causal de menor cuantía), y al concurso de méritos cuando la cuantía o monto pecuniario del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía. Es decir, en todas las submodalidades de la selección abreviada y en el concurso de méritos, cuando la contratación sea de mínima cuantía, y los bienes y servicios se adquieran en establecimientos que correspondan a la definición de ‘gran almacén’, señalada oficialmente, se presumirá la contratación a precios de mercado. Sin embargo, es poco explicable, racionalmente hablando, cómo la *inteligencia*, como objeto de contratación abstracto, suplida mediante el concurso de méritos, pueda adquirirse considerando los ‘precios de

mercado’ y en establecimiento de comercio calificados como ‘gran almacén’. Creemos más bien que en esta clase de contratos podría primar el concepto de *intuitio personae*, como sucede en los servicios profesionales, de apoyo a la gestión y los trabajos artísticos, que se contratan directamente (art. 2, num. 4, lit. h. L. 1150).

5.4.2. Adquisición de bienes homogéneos. En la modalidad de selección abreviada, para el caso de los «bienes homogéneos» (normalmente adquiridos mediante el procedimiento de la menor cuantía), como norma especial, el artículo 17 del Dec. 2474/08, establece que en tal evento la entidad podrá optar por adquirir dichos bienes en los términos del artículo 46 del referido decreto, esto es, que en los contratos de mínima cuantía, es decir, cuando el valor de los mismos no exceda el diez por ciento de la menor cuantía (10%), se presume, que se han adquirido a precios de mercado.

También, para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales, denominados bienes homogéneos (art. 52 Dec. 2474/08), sus contratos destinados a cubrir programas de protección de personas amenazadas, o desmovilizadas, o desplazadas por la violencia; programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, y en

general, contratos que cubran determinados objetos sociales, de que trata el artículo 2° numeral 2° literal h de la ley 1150 de 2007, se presume, que se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración los precios del mercado, creemos, así se supere el 10% de la menor cuantía, pero respetando el procedimiento que según el manual de contratación de cada entidad permita obtener la oferta más favorable, teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

5.4.3. Contratación reservada del sector defensa y DAS. Los contratos que se suscriban para la adquisición de bienes y servicios con reserva legal, del sector defensa y del DAS (literal d, numeral 4 del artículo 2° de la ley 1150), pertenecientes a la modalidad de contratación directa, como lo establece el parágrafo del artículo 79 del decreto 2474, no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado, concretándose así la presunción tratada en este aparte, referente a la compra en condiciones del mercado. Agregándose la consideración legal que las condiciones técnicas de estos contratos no pueden ser reveladas, exceptuándose, en consecuencia, su publicación.

5.5. Presunción de los contratos con ciertos fines sociales. Los contratos estatales previstos en el artículo 2°

numeral 2° literal h de la ley 1150 de 2007, a cargo de entidades que ejecuten «...*programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención a grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población de alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden*», se presume, se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado (art. 52 del decreto 2474/08).

Por lo tanto, a criterio de la entidad contratante, para los anteriores contratos no se hará la publicación en el SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública), exigida para la generalidad de los contratos estatales, con miras de preservar la seguridad de los beneficiarios del programa.

5.6. Presunción de legalidad de algunos actos relativos a la contratación. Como se ha venido sosteniendo, todos los actos

administrativos emanados de la administración pública se presumen legales, incluidos los de la contratación. Sobre este particular, por lo novedosos, nos parece relevante referirnos a los dos siguientes: i. El manual que en cada entidad regula la forma de selección del contratista y, ii. El de apertura del procedimiento contractual que, además, tiene la facultad de establecer la modalidad de selección.

5.6.1. Del manual de contratación. A partir del artículo 89 de decreto 2474 de 2008, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación tienen la obligación de elaborar y expedir un manual de contratación que señale los procedimientos internos, los funcionarios intervinientes y todos los asuntos propios de la selección del contratista, así como la vigilancia y control de la ejecución contractual, en los términos establecidos en la norma mencionada; manual que, se presume, se expide en concordancia con el ordenamiento legal.

5.6.2. Del acto administrativo de apertura del proceso de selección. Cada entidad, mediante acto administrativo de carácter general, de manera motivada, ordenará la apertura del procedimiento de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos. Dentro del mismo se debe señalar, entre otras exigencias, «*La modalidad de selección que*

corresponda a la contratación» (art. 3º. Dec. 2474/08). Igualmente, el acto de apertura de la contratación directa debe justificarla, señalar la causal invocada y determinar el objeto a contratar (art. 4º. Dec. 2474/08), lo que también implica la necesidad de su motivación.

Por su parte, la selección abreviada corresponde a la modalidad de escogencia objetiva del contratista prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o la destinación del bien, obra o servicio, mejor convenga para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (art. 2º num. 2º L. 1150).

De lo anterior se deduce la relativa discrecionalidad en la escogencia de la modalidad de contratación, pero siempre buscando la eficiencia en los procedimientos y justificando, cualquiera haya sido el criterio determinante de la modalidad, el que, debe presumirse, está acorde con el ordenamiento legal. No obstante, de acuerdo con la ley, la regla general para la escogencia del contratista sigue siendo la licitación pública (art. 2º num. 1º L. 1150).

Las presunciones anteriores, derivadas de la legalidad de los manuales de contratación expedidos por las entidades estatales y del acto de apertura del procedimiento de selección, indican que las decisiones en ellos contenidas se hallan conforme al

ordenamiento legal, y serán obligatorias, «*mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo*» (art. 66 C.C.A.).

5.7. Presunción de culpa por incumplimiento de contrato. Según la Corte Suprema de Justicia, en contundente sentencia, «*Las obligaciones se contraen para cumplirse. Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a la fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (C.C., art. 1604). Pero como la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que al deudor, para exonerarse de responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación.*

‘Esta consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible, y en poner diligentemente los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado era realizable y no se realizó, o si con cierta diligencia pudo evitarse que se hiciera imposible, el deudor es

responsable.’(Tomado del C.C. Editorial Temis, 1986. ps. 690 y 691).

En este evento, de incumplimiento, aparece el concepto de indemnización del contratante incumplido o culpable en favor del cumplido o dispuesto a cumplir.

6. CONCLUSIÓN

Las presunciones en la contratación estatal, al igual que en otras áreas del derecho, y del derecho administrativo en particular, van ganando cierto espacio desde la ley y la jurisprudencia. A pesar de inspirarse la actuación contractual de la administración pública como una actividad eminentemente reglada, las distintas presunciones (bien legales o bien de hombre) a ella aplicadas, la posicionan como una actividad relativamente discrecional a lo largo de su procedimiento administrativo y hasta la finalización de la vida jurídica del contrato. Por lo mismo, el manejo probatorio para los casos presumibles cambia de forma radical, principalmente para las partes. El rol del juez se hace más dinámico y analítico, pues en cada caso debe resolver la siguiente inquietud: quien debía contrarrestar la presunción ¿lo hizo, o no?

En contratación estatal, además de las presunciones generales de la administración pública, son relevantes, en síntesis, las siguientes: i). La que

indica la incorporación de las cláusulas exorbitantes en todo contrato celebrado por la administración pública, incluidas las de caducidad y reversión, denominada genéricamente presunción de pacto; ii). La de equivalencia en el equilibrio económico del contrato; iii). En ciertos contratos estatales, algunas compras, se tienen como realizadas en condiciones (o a precios) de mercado, particularmente cuando se lleven a cabo en establecimientos denominados oficialmente como 'gran almacén'; iv). Los actos administrativos relacionados con la contratación estatal, como todo acto en general, se presume, están de acuerdo con el ordenamiento jurídico. v). En caso de incumplimiento de un contratante, sin causal que lo justifique, se presumirá la culpa del contratante incumplido.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ARGÜELLO, Luis Rodolfo. «*Manual de Derecho Romano*». Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979.
2. ASAMABLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. Legis. Bogotá. 2008.
3. BENTHAN, Jeremías. «*Tratado de las pruebas judiciales*». Tomo I. Giro Editores Ltda. Bogotá. 2000.
4. BOBBIO, Norberto. «*Estado, gobierno y sociedad*». Primera reimpression. FCE. Bogotá. 1997.
5. Colombia, Código Civil. Decimoctava edición. Editorial Temis. Bogotá. 1986.
6. Colombia, Código De Comercio. Duodécima edición. Editorial Temis. Bogotá. 1987.
7. Colombia, Congreso Nacional de la República. Ley 80 de 1993.
8. Colombia, Congreso Nacional de la República Ley 142 de 1994.
9. Colombia, Congreso Nacional de la República Ley 1150 de 2007.
10. Colombia, Consejo De Estado. Sección Quinta. Sentencia del 19 de julio de 2002. Exp. AP-98.
11. Colombia, Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 1992.
12. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia 004 del 22 de enero de 1998.
13. Colombia, Corte Constitucional Sentencia T1341 del 11 de diciembre de 2001.
14. Colombia, Corte Suprema De Justicia. Casación del 7 de junio de 1951. LXIX.
15. Colombia, Departamento Nacional De Planeacion. Dec. 2474 de 2008.
16. Cornu, Gerard, *Vocabulario jurídico*. Temis. Bogotá. 1995

17. GAIUS. *Institutas*. Ediciones Librería Jurídica. La Plata. 1975.
18. GONZÁLEZ R., Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Duodécima Edición. U. Libre. Bogotá. 2007.
19. HESSEN, Juan. «*Teoría del Conocimiento*». Gráficas modernas. Bogotá. 1995.
20. LEGIS. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Varios números.
21. LOCKE, John. «*Segundo tratado sobre el gobierno civil*.» Altaya. Barcelona. 1995.
22. LONG, Marceau (y otros). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Primera Edición en español. Ed. Librería El Profesional. Bogotá. 2000.
23. MANS Puigarnau, Jaime M. «*Lógica para juristas*». Reimpresión. BOSCH – Casa Editorial. Barcelona. 1978.
24. PAILLET, Michel. «*La responsabilidad administrativa*». Primera edición. Externado. Bogotá. 2001.
25. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. ____ FCE.
26. ULPIANUS, citado por GAIUS. «*Institutas*». Ediciones Librería Jurídica. La Plata. 1975.
27. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. FCE. Segunda edición en español. Santafé de Bogotá. 1997.

