Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Una mirada al principio de la buena fe, como requisito necesario en la configuración del enriquecimiento sin causa por parte del estado, en los contratos de obra pública

Julián Eduardo Blanco Coronado

**Trabajo de grado para optar al título de
Magister en Derecho**

Director

Dra. Johana Sarit Riaño Acosta

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Bucaramanga

2017

Tabla de contenido

Introducción.....	5
1. Evolución y Problemáticas jurídicas del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública.	9
1.1 Concepto de principio y desarrollo desde la perspectiva neo constitucional.....	10
1.2 Análisis comparativo entre principio y valor.....	16
1.3 El principio de enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública y su desarrollo jurisprudencial.	21
2. Operatividad del principio de buena fe en relación con el enriquecimiento sin causa desde los contratos de obra Pública.....	34
2.1. Concepto de buena fe	34
2.2. Buena fe subjetiva o buena fe de creencia.....	38
2.3. Buena fe objetiva o buena fe de lealtad.....	40
2.4. Principio de Buena fe en los contratos de obra pública.....	43
2.4.1. Sentencias en torno a la temática en evaluación.....	47
3. Condiciones necesarias para la configuración de la buena fe, como requisito probatorio en los contratos de obra pública frente a la <i>actio in rem verso</i>	52
3.1. Generalidades de la <i>actio in rem verso</i>	52
3.2. <i>Actio in rem verso</i> en los contratos de obra pública.	56
3.2.1. Situaciones fácticas de las problemáticas jurídicas del enriquecimiento sin causa en la contratación pública.....	58
3.3. Condiciones de buena fe como requisito probatorio, dentro de la <i>actio in rem verso</i> . ..	60
Referencias	67

Lista de Tabla

Tabla 1 <i>Resumen comparativo entre valores y principios jurídicos</i>	19
---	----

Principio de buena fe en la configuración del enriquecimiento sin causa por parte del estado, en los contratos de obra pública

Introducción

En Colombia, los contratos de obra pública pueden presentar adiciones o complementos por parte del Estado; sin embargo, en ocasiones éstos no se legalizan debido a los rigurosos trámites que se deben dar dentro de este tipo de contratos. Por consiguiente, se puede generar incumplimiento por parte del Estado en el no pago de dichas obligaciones, las cuales no fueron suscritas por las partes.

Es así, que el contratista en la espera de una remuneración por parte del Estado por su labor prestada, tiene la titularidad de interponer la acción administrativa *in rem-verso*, la cual se ha establecido por el Consejo de Estado jurisprudencialmente, con el fin de que sea declarado el enriquecimiento sin causa por parte del mismo. No obstante, este Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, más adelante hace un replanteamiento de su posición afirmando que el uso de este mecanismo no debe dar la posibilidad al contratista de prestar su servicio, sin que medie una relación legalmente establecida para que se genere el cumplimiento de obligaciones correspondientes, entre las cuales se encuentra el pago por su servicio prestado, ya que mientras éste tenga pleno conocimiento de que está actuando sin la protección jurídica, no puede posteriormente reclamar su falta de diligencia, para solicitar el pago de lo debido por la prestación de sus servicios.

Por lo tanto, el contratista tiene el deber y cuidado de actuar de buena fe, en el momento en que se adiciona o complementa necesariamente este contrato, con el fin de que se dé posteriormente su legítimo cumplimiento, ya que para el H. Consejo de Estado, el no actuar bajo

estos presupuestos puede generar el aprovechamiento de su propia culpa, lo cual conduce al no perfeccionamiento del enriquecimiento sin causa. El juez por su parte deberá verificar los presupuestos que se deben dar para la configuración de la buena fe, presupuestos que no son claros a la hora de declarar el cumplimiento de este principio.

En éste sentido se plantea la pregunta de investigación a abordar a lo largo del desarrollo del presente trabajo, como ¿Cuáles son los presupuestos necesarios de la buena fe, como requisito, para la configuración del enriquecimiento sin causa por parte del Estado, en los contratos de obra pública? Así mismo, se constituye el establecimiento de las condiciones sine qua non de la buena fe, dentro del principio del enriquecimiento sin causa, en los contratos de obra pública, como propósito principal.

Para cumplir la finalidad señalada, el trabajo se divide en tres segmentos. En la primera parte se analiza desde la perspectiva teórica neo constitucional el Principio de Enriquecimiento sin Causa y su problemática en los contratos de obra pública. Lo anterior, bajo las directrices de los postulados teóricos de autores como Juan Ruiz Manero- principios jurídicos, Robert Alexy, Manuel Atienza, D'workin, Hart, y Ferrajoli. Así mismo, se hace un análisis comparativo entre principio y valor; y por último se desarrolla el concepto de enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, noción del enriquecimiento sin causa, y enriquecimiento sin causa como principio general del derecho, así como los elementos para la configuración del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública. Éste primer capítulo presenta una revisión del principio de enriquecimiento sin causa; análisis académico que ha permitido profundizar en éste como uno de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado, fundamentado en el marco de una teoría general de derechos, de acuerdo a la estructura normativa que presentan los sistemas jurídicos propios del Estado Constitucional. En este acápite se abordarán tres secciones; en la primera se contempla el concepto de principio y su desarrollo desde la

perspectiva neo constitucional, destacándose el análisis de autores anteriormente mencionados. En la segunda parte se plantea un análisis comparativo entre principio y valor; y en la tercera parte se desarrolla el principio del enriquecimiento sin causa, incluyendo su operación en los contratos de obra pública.

En el segundo segmento se examina el principio de la buena fe, y su desarrollo teórico-práctico en el contrato de obra pública, evaluando el concepto de buena fe desde la mirada de diversos autores a nivel internacional y nacional, la diferencia entre buena fe objetiva y subjetiva, y finalmente la buena fe en la contratación estatal o contratación pública. El presente apartado establece un recuento del principio de buena fe, y su desarrollo teórico-práctico en el contrato de obra pública. Para desarrollar el objetivo planteado el capítulo se divide en cuatro secciones: la primera hace alusión al concepto de buena fe bajo la mirada de diversos autores a nivel internacional y nacional. La segunda aborda en detalle la buena fe subjetiva o buena fe de creencia; mientras que la tercera presenta la fe objetiva o fe de lealtad. Por último, la cuarta esboza las valoraciones del principio de buena fe en los contratos de obra pública o contratación estatal, estableciendo los postulados de las normativas referentes, tales como la Ley 80 de 1993 que expone el estatuto general de contratación de la administración pública, y la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se conforma el CPACA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así mismo se expone, la problemática a desarrollar, mediante análisis jurisprudencial,

En el último segmento del presente trabajo se establecen las condiciones necesarias de la buena fe, como requisito probatorio, dentro de la *actio in rem verso*. Para lo anterior se divide el capítulo en tres secciones, la primera enfocada a la evaluación de las generalidades de la *actio in rem verso*, la segunda al análisis de la *actio in rem verso* en los contratos de obra pública, o contratación con el Estado; y la tercera y última sección, se enfoca en el establecimiento de los

dos preceptos generales considerados como necesarios dentro del principio de la buena fe, como requisito probatorio dentro de la *actio in rem verso* en la contratación pública. Teniendo en cuenta el desarrollo de los capítulos anteriores se plantean dos condiciones necesarias de la buena fe, como requisito probatorio dentro de la *actio in rem verso*. El capítulo se divide en tres partes, en la primera sección se encuentran los aportes relacionados con las generalidades de la *actio in rem verso*; en la segunda sección se esboza un análisis de la *actio in rem verso* en los contratos de obra pública y se abordan situaciones fácticas de problemáticas jurídicas del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública. Por último en la tercera parte se evidencia el establecimiento de las dos condiciones necesarias de la buena fe, como requisito probatorio dentro de la *actio in rem verso*, las cuales toman su fundamento y soporte en todo el análisis desarrollado a lo largo de la investigación.

Finalmente se presentan las conclusiones de mayor relevancia en el caso. Es importante resaltar que el aporte del presente trabajo incide directamente en los estudios posteriores que pueden desarrollar los colegas en el ámbito académico; así mismo, el trabajo servirá como base para la validación de las condiciones *sine qua non* de la buena fe, no sólo en los contratos de obra pública, sino en otros campos del derecho.

1. Evolución y Problemáticas jurídicas del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública.

La representación del Estado Constitucional a nivel mundial, se encuentra en un momento de cambio continuo o transformación, que se proyecta de manera similar, pero que posee una profundidad variable de acuerdo al país (Jalkh, 2008). Una de las evidencias de dicha transformación corresponde a los planteamientos teóricos que conllevan a una percepción y entendimiento diferente de lo que representa la Constitución, los derechos fundamentales, los principios y las normas asociadas, entre otros; dicho cambio en las teorías se ha visto influenciado por el neo constitucionalismo, con gran impacto en los países de América Latina (Jalkh, 2008).

De manera general el neo constitucionalismo aborda a la Carta Magna bajo un concepto de compromiso con valores y principios que se vinculan directamente con los derechos fundamentales del hombre y a su dignidad (Prieto, 2005). La introducción del dicho neo constitucionalismo ha traído algunas consecuencias inmediatas, tal como lo afirma Alejandro Pérez:

Esos valores y principios sostienen con fuerza y vigor el acatamiento mismo al orden constitucional constituyéndose éste en una nueva moral laica exigible más allá del texto escrito coyuntural... La llegada de éste conjunto de valores y principios ha provocado, como consecuencias inmediatas, la valoración de los derechos humanos de rango social, la expansión de los principios y la interpretación propia de su régimen y una perceptible desestatización de los derechos Constitucional y Administrativo... También ha generado una ecomposición del rol del poder Judicial (Pérez, 2014).

De acuerdo a lo anterior, las normas de protección de derechos adquieren nueva dimensión, que conlleva a la interpretación universal de valor que lleva el compromiso; es así, que tras la inserción del neo constitucionalismo, se afectan todos los campos del Derecho, incluyendo las contrataciones, especialmente las contrataciones públicas.

En éste sentido, toda actividad contractual de la Administración hace contribución al Derecho Administrativo General, y las conductas relevantes que contemplan las normas, valores y principios los cuales sirven como eje orientador, han evidenciado una evolución desde las teorías del neo constitucionalismo.

1.1 Concepto de principio y desarrollo desde la perspectiva neo constitucional

El neo constitucionalismo se deriva de la necesidad de ponerle un alto a las atrocidades del derecho vigente de países europeos, cambiando el esquema jurídico, especialmente el papel y posición de la Constitución. En éste sentido se desarrolla un constitucionalismo más sensible a ciertos ideales morales, resultando en una restauración estatal, de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional o democrático de derecho (Romero, 2015). Es así que nace el concepto de Principio, entendido desde diversos sentidos, de acuerdo a los autores estudiados tales como Ávila, Viciano y Martínez, García, entre otros.

Dentro del elemento histórico es importante resaltar que el neo constitucionalismo nace en Europa después de la segunda guerra mundial, producto de los abusos a los derechos humanos en países como Alemania, Italia y España; lo que llevó a que dichos países presentaran un cambio profundo en su sistema jurídico y modelo Estatal (Ávila, 2011). A nivel de Latinoamérica, de acuerdo a Viciano y Martínez, el neo constitucionalismo se desarrolla bajo dos particularidades propias:

i) La exigencia de una nueva corriente constitucional surgió gracias a las reivindicaciones populares promovidas por los movimientos sociales de la década de los ochenta del siglo pasado como reacción a las nefastas consecuencias de las dictaduras militares de los setenta. ii) Ante el fracaso del modelo constitucional liberal europeo, adoptado de forma literal en varios países latinoamericanos, fue necesario el desarrollo de un modelo que considere las necesidades sociales, históricas y económicas propias de la región. (Viciano y Martínez, 2011).

Si bien, la argumentación jurídica principalista centra su fundamento en el contexto del neo constitucionalismo, corriente que se manifiesta inicialmente en diversos países europeos, y temporalmente en el periodo posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial (posguerra), es decir, a partir de 1945.

La cultura jurídica colombiana ha experimentado importantes transformaciones, las cuales le han servido a distintos teóricos del Derecho local, para elaborar explicaciones del cambio constitucional. Así pues, puede resaltarse como representantes locales a López Medina, Bernal Pulido, Rodolfo Arango, Alexey Julio, Jacobo Calderón, entre otros¹.

Dichos autores sustentan que el nuevo Derecho es constituido en Colombia desde la expedición de 1991, bajo los teóricos del neo constitucionalismo, que modifica la interpretación y aplicación del Derecho, el papel del juez en el sistema, la cultura jurídica, la relación derecho –sociedad, entre otros. Y en éste sentido, es válido afirmar que, de acuerdo a Leonardo García Jaramillo, quien resume el trabajo de los autores anteriormente mencionados, en su artículo “El

¹ En cuanto a los desarrollos teóricos, sobresalen los trabajos de Robert Alexy, Dworkin, Ferrajoli, Comanduchi, Zagrebelsky, Pozzolo, Carbonell. Ellos, de forma general, han tratado de explicar, desde diferentes enfoques, el fenómeno que se ha venido presentando en el Constitucionalismo contemporáneo.

Nuevo Derecho en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente?”:

El hecho de que estas teorías hayan sido postuladas y desarrolladas en sociedades con democracias más evolucionadas que la nuestra, industrializadas y, por sobre todo, como su pretensión no fue hacerse extensibles a sociedades de una inestabilidad social como la colombiana... dicho influjo debe concebirse y fortalecerse, más que mediante su adopción: por medio de una adaptación creativa y crítica al contexto de nuestra sociedad (García, 2008).

Al hablar sobre los principios jurídicos o principios generales del derecho, es importante mencionar a autores como Dworkin, quien presenta un planteamiento relativamente innovador y opuesto a la posición dominante de la teoría del Derecho del momento, que él mismo identifica con la obra del autor Hart (Dworkin, 1978). Así mismo, es preciso mencionar a los autores que constituyen los hitos fundamentales de la teoría del Derecho anterior y posterior al concepto de Derecho, tales como Kelsen, Alchourrón y Bulygin, quienes confluyen junto a Hart, en que principios jurídicos hace referencia a una de dos cosas: normas no coactivas, o enunciados sin influencia sobre (Ruiz & Atienza, 1991).

Es así que Hans Kelsen expone que el sistema jurídico no es más que la relación de un conjunto de normas jurídicas, ordenadas sobre la base del principio de jerarquía, que se representa mediante la pirámide Kelsiana. De acuerdo a lo anterior, el Derecho no podría ser comprendido exclusivamente desde el propio Derecho, sino que requiere la integración de normas, reglamentos, ordenanzas y sentencias, así como los principios, que coincide con Hart, en que éstos no son normas coactivas.

Por su parte Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin adoptan una posición que expone que los principios que se cumplen en la lógica de normas, no necesariamente se cumplen en la lógica de posiciones normativas (Alchourrón 2005: p. 134). Así mismo, afirman que la derrotabilidad no es, como a veces se piensa, una peculiaridad de los principios. Es posible que los principios sean "intrínsecamente" derrotables -en el sentido que la derrotabilidad forma parte del propio concepto de principio- pero lo que es cierto es que cualquier norma puede ser convertida en derrotable (Dworkin, 1991). Por último, los enunciados que presentan teorías políticas, de acuerdo a los autores, están constituidos por principios que representan normas no activas, es decir, enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas en determinados casos genéricos sin establecer sanciones; o enunciados que ni serían normas ni tendrían influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema.

Así mismo, Herbert Hart se centra en la construcción del concepto de Derecho tomando como fundamento las herramientas de la filosofía del lenguaje en lo metodológico; es así que evalúa las reglas dentro del sistema jurídico, considerando el Derecho como la amalgama entre reglas primarias y secundarias. Las primarias se encargan de las acciones que deben o no realizar los individuos, mientras que las secundarias se ocupan de las primarias, mediante un criterio de validez que correspondería a una regla social. En éste sentido, el autor no concibe los principios como incorporados al ordenamiento (Hart, 1961).

Sin embargo, partiendo del análisis fundamental de dos autores, correspondientes a Carrió en el año 1986 y Guastini en el año 1990, se puede tomar el principio jurídico desde diversos sentidos, como son:

a) Principio de manera general, entendido como una norma con propiedades de regulación generales. Como ejemplo de ésta concepción de principio podemos mencionar el artículo 1091 del código civil español que establece que: “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. No obstante, es importante considerar la generalidad de la norma y sus propiedades relevantes del caso que regula.

b) Principio entendido como una norma redactada en términos no concisos, un ejemplo de lo anterior corresponde al artículo 07 del Código Civil Español, que establece “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.

c) Principio entendido como una directriz, estableciendo una obligación de seguir ciertos fines. Un ejemplo corresponde al artículo 51 de la Constitución Española, que establece “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, salud y legítimos intereses de los mismos”.

d) Principio entendido como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico. Ejemplo de lo anterior corresponde al artículo 14 de la constitución española, que establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra índole o circunstancia personal o social”.

e) Principio contemplado como norma especialmente importante. Un ejemplo el artículo 56 de la Constitución Española “la persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”.

f) Principio entendido como norma elevada de jerarquía, que incluye a todas las normas constitucionales como principios, por ejemplo, el artículo 160 de la constitución española: “el

presente tribunal constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo tribunal en pleno y por un periodo de tres años”.

Por consiguiente, el principio puede entenderse desde diversos sentidos, de acuerdo a los autores que se sigan para establecer su significado, comprendiendo y resaltando que no existe uno esencial o verdadero. Sin embargo, en el presente análisis haremos énfasis en el principio contemplando todos los significados anteriormente mencionados, contemplando el término principio como un concepto general básico sobre el cual se cimienta un razonamiento con presentación de tipo explícita, es decir, formulados en el ordenamiento jurídico y presentación de tipo implícita, a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico.

Como ejemplo de la presentación explícita está la manifestación escrita, donde se permite o prohíbe algo; y como ejemplo de la presentación implícita la consecuencia de los articulados, que aunque no estén manifestados de forma escrita, son aplicables, razonables y destacables.

Los principios constitucionales no admiten razonamientos en contra, en la medida en que representan a la constitución misma (dado que se encuentran localizados en el cuerpo formal de la carta magna, como lo es el principio de la buena fe, y por tanto están ceñidos a los principios del derecho internacional, aceptados en el bloque constitucional), y tienen fuerza normativa, es decir, que los principios constitucionales representan normas generales en lo reglamentario. En éste sentido el principio se entiende como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento; en el apartado siguiente se expondrá la crucial diferencia de esto con los valores.

1.2 Análisis comparativo entre principio y valor

Los autores Atienza y Ruiz Manero (1996), en su libro “Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos”, han tratado en los capítulos 1º y 4º, los conceptos de principios y valor.

En el capítulo 1º del libro los autores hacen especial énfasis en debatir los conceptos de principio y su principal dicotomía con las reglas, abordando en problema como premisa para su posterior desarrollo. Como resultado de lo anterior, se resumen las concepciones expuestas en el apartado 1.1., acerca del concepto de principio y su desarrollo desde el neo constitucionalismo.

Por su parte, en el capítulo 4º se dedican al tema de los valores en el derecho. La concepción de lo que es un valor es compleja de definir, en la medida en que debe abordarse desde diferentes dimensiones tales como objetividad y subjetividad, realismo e idealismo, universalidad y relatividad, entre otros. Sin embargo, Carlos Pérez hace una aproximación en su trabajo “Sobre el concepto de valor, una propuesta de integración de diferentes perspectivas”, donde integra y sintetiza las diferentes dimensiones, y establece una conceptualización de lo que representa el término valor, de acuerdo a diferentes autores, afirmando que:

Sintetizando las posturas de diversos autores, podemos entender los valores como cualidades de la realidad material humana que nos permiten preferir aquellas manifestaciones de dicha realidad que son o nos parecen óptimas. Los valores son propiedades de la realidad que sólo aparece o se perciben en la relación que se establece entre las realidades presuntamente valiosas y los hombres que se vinculan con ellas... sea cual sea la forma de existencia de los valores, éstos no existen con independencia del sujeto o de la conciencia valorativa. (Pérez, 2008).

Así mismo, vale la pena resaltar el concepto de valor definido por Puig, 1995; quien afirma que:

“...Por ello, entendemos los valores como propiedades de la realidad que no son ni enteramente subjetivas ni enteramente objetivas, sino que surgen gracias a la relación socio-históricamente situada que se da entre los hombres y la realidad que los rodea” (Puig, 1995).

El uso del término “valor” ha sido relativamente novedoso desde la normativa y dogmática jurídico-política en el derecho constitucional, debido principalmente a la influencia de las escuelas de pensamiento alemanas. Nuestra Constitución Política se estrena condicionando el comportamiento del pueblo, tomando como base los lineamientos de principios y valores, a fin de establecer el Estado Social de Derecho.

No obstante, es importante reconocer que la Constitución Política no puede asumirse exclusivamente como el conjunto de normas, sino que también integra elementos morales (valores), políticos (directrices), y principalmente jurídicos (principios). Sin embargo, la inexistencia de una clara diferencia entre principio y valor conlleva a la ambigüedad de nociones y pluralidad de perspectivas desde las cuales se describen éstos elementos, impidiendo el claro uso del lenguaje jurídico.

Es así que se pretende analizar de manera comparativa los principios y los valores, generando una distinción significativa entre ambos. Estrada Vélez, en su artículo La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, establece que:

La incorporación de un modelo de Estado constitucional dio lugar a una profunda transformación de la cultura jurídica a partir, concretamente, del discurso

referido a los principios y a los valores. Ese proceso representó nuevos retos para la teoría y filosofía del derecho. La adopción de los principios entendidos como límites al ejercicio del poder del Estado, fundamentos de los derechos fundamentales y normas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento generó, como simple consecuencia lógica, cambios en la teoría jurídica derivados de la necesidad de adaptar el discurso jurídico legalista-formalista a uno axiológico-deontológico a través, a modo de ejemplo, de una reformulación de las fuentes del derecho. Así, los principios pasan de ser considerados como normas morales o auxiliares a la ley a las principales normas del ordenamiento jurídico configuradoras de la ratio de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas (Estrada, 2011).

En este sentido, se torna el lenguaje jurídico más complejo, asumiendo la constitución como normas de normas; no obstante, se atisba un reconocimiento de los principios como normas jurídicas y los valores como normas de carácter moral. Lo anterior, se convierte en los elementos bases (morales, políticos y jurídicos) del Estado Constitucional de Derecho.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, hace alusión al término principio constitucional en aproximadamente 1168 sentencias, y a los valores jurídicos y superiores, en cerca de 147 sentencias (Estrada, 2011).

En resumen, de la posición de la H. Corte frente a los valores y principios, puede resaltarse que los principios y valores no significan sinonimia, tal como señala Martínez Sospedra (2007):

A diferencia de principios y reglas, que son normas jurídicas, que son Derecho en el sentido fuerte de la expresión, los valores no reúnen esa condición. Los valores orientan al legislador, inspira institutos y normas, postulan reglas concretas, pero no son normas y de ellos no se puede predicar la estructura, propiedades y eficacia de aquellas (Martínez, 2007, p. 193).

Así mismo es importante resaltar para la presente investigación la diferencia entre valores jurídicos y valores superiores, encontrando de manera frecuente en los tribunales constitucionales que se usa el término Valor Jurídico para señalar el alcance o importancia de una norma jurídica, tal como lo expresa Estrada:

La Corte Constitucional utiliza la expresión valor jurídico para señalar el alcance o importancia de una norma jurídica a través de expresiones como “tiene el mismo valor jurídico”, “se debe reconocer igual valor jurídico”, “se debe otorgar valor jurídico”, “sin valor jurídico”, “verdadero valor jurídico”, “igual valor jurídico”. La expresión no es utilizada para definir qué es un valor jurídico, sino, generalmente, como parámetro de comparación entre dos normas o instituciones a partir de su mayor o menor importancia a la luz del ordenamiento jurídico (Estrada, 2011).

De igual manera, podríamos sintetizar comparativamente la diferencia entre valores y principios jurídicos, de acuerdo a la siguiente tabla, desarrollada por Sergio Estrada Vélez, en su artículo “La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, que se muestra a continuación:

Tabla 1 *Resumen comparativo entre valores y principios jurídicos*

<i>Valores</i>	<i>Principios Jurídicos</i>
Establecen fines	Establecen un deber específico
Eficacia indirecta	Eficacia directa (aplicables mediante subsunción de la regla adscripta derivada de cada principio)
Base axiológica del ordenamiento	Base axiológica-jurídica del ordenamiento
Sólo tienen eficacia interpretativa. Exigen de su concreción en principios o reglas.	Tienen eficacia directa sin necesidad de regla que los concrete ²
No sirven por sí solos para resolver situaciones específicas	Sirven para resolver situaciones concretas
Expresan fines jurídicos para el futuro	Expresan normas jurídicas para el presente
Sirven para la heterointegración del ordenamiento jurídico	Sirven para la autointegración del ordenamiento jurídico
No son fuente de derechos fundamentales	De ellos se derivan derechos fundamentales

Nota: * Adaptación de Sergio Estrada, 2011.

Por lo tanto, llegamos al concepto de principio como fuente del derecho dentro del ordenamiento jurídico actual y para el presente trabajo se asume el concepto de Martínez sobre principio, el cual a su vez está alineado a la posición de la Corte Suprema de Justicia frente a los mismos.

² Empero, señala la Corte: “Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa”.

1.3 El principio de enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública y su desarrollo jurisprudencial.

Antes de iniciar a hablar del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública, es preciso establecer la distinción entre los principios generales del derecho y principios contractuales.

Los principios generales del derecho son aquellos principios orientadores que no poseen naturaleza normativa y cumplen dos funciones principales: La primera, relacionada con informar al ordenamiento jurídico, por tanto son considerados en la creación y ejecución de normas; y la segunda, como medio de solución en casos determinados en defecto de la ley o la costumbre. En palabras de Karl Larenz, estos principios:

Los principios jurídicos no tienen el carácter de reglas concebidas de forma muy general, bajo las cuales pudieran subsumirse hechos, asimismo de índole muy general. Más bien precisan, sin excepción, ser concretizados. Pero, al respecto, cabe distinguir diferentes grados de concretización. En el grado más elevado, el principio no contiene todavía especificación alguna de supuesto de hecho y consecuencia jurídica sino sólo una "idea jurídica general", por la que se orienta la concretización ulterior como por un hilo conductor. De esta clase son, por ejemplo, el principio de Estado de Derecho, el principio de Estado social, el principio de respeto a la dignidad del hombre y el de protección de la personalidad, el de autodeterminación y el de autorresponsabilidad en el Derecho privado. Los primeros indicios de una especificación de supuesto de hecho y consecuencia jurídica y, por tanto, del comienzo de una formación de reglas, los muestran

aquellos principios como: el precepto de igual tratamiento jurídico de hechos iguales; el principio de confianza, en sus diferentes modalidades, así en cuanto prohibición de la retroactividad de leyes onerosas o como base de una "responsabilidad por confianza" en el Derecho privado; el precepto de salvaguardar la "buena fe" en todas las relaciones jurídicas especiales; el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad por riesgo y el de una imputación de aquellos riesgos que uno ha de soportar más "directamente" que otro en cuanto criterios de una responsabilidad por daño. Pero también tales "sub-principios" se están muy lejos de representar reglas de las que pudiera resultar inmediatamente la resolución de un caso particular (Larenz, 1980).

Por otra parte, se puede evidenciar que los principios generales del derecho regulan todo tipo de relación jurídica bien sea acto, negocio o contrato, sin embargo, los principios contractuales aplican de manera general a todos los tipos de contratos, no obstante, existen otros principios que son específicos conforme a cada contrato en particular. Dentro de los principales principios de contratación se resaltan los principios de autonomía, obligatoriedad, relatividad del contrato, causa concreta, consensualismo, solidaridad, eficiencia, y por supuesto buena fe, éste último, será analizado en más detalle en capítulos posteriores

Habida cuenta de la constante mención del concepto de principio y el análisis de éste frente al concepto de valor, se procede a analizar el enriquecimiento sin causa como otro subtema fundamental dentro de la presente investigación.

El enriquecimiento sin causa es una institución jurídica catalogada como principio general del Derecho, en la cual se establece un incremento en el patrimonio de un sujeto jurídico,

ocasionando un empobrecimiento en otro sin una causa que lo justifique y el cual no está en la obligación de soportarlo.

Es de manifestar que un patrimonio puede presentar incremento por causas que se estimen lícitas, como los son las herencias y las donaciones, entre otras; no obstante, el principio del enriquecimiento sin causa prohíbe a un sujeto aumentar su patrimonio a expensas de otro sin un título legítimo de adquisición.

Ahora bien, cabe resaltar que el principio del enriquecimiento sin causa no atiende a una creación de la escuela neo constitucionalista, por el contrario, dicha figura tiene sus orígenes en el derecho romano más específicamente, en el derecho pretoriano; donde los magistrados de la época a través de sus preceptos, confirmaba y complementaban el derecho civil vigente con bases en las leyes estatutarias.

Se trae a colación una interpretación que Ricardo Uribe Holguín expone del concepto del enriquecimiento sin causa desde el derecho romano:

En el derecho romano el enriquecimiento injusto no constituyó propiamente un principio general. Tenía lugar en varios casos concretos en los cuales el patrimonio de una persona aumentaba a costa de otra sin que hubiera causa o relación jurídica previa que justificara este desplazamiento, o mediando una inexistente, inválida, insubsistente o irreal (Uribe, 1982, p.99).

Vale la pena recalcar que para el derecho romano la noción del enriquecimiento sin causa no era propiamente la de un principio general, sino por el contrario, era una institución jurídica independiente la cual se aplicaba para casos específicos y determinados, en donde la pretensión consistía en reintegrar al empobrecido, lo que había perdido por causa ilícita.

Por otra parte, luego de la caída del imperio romano, éste derecho fue expandiéndose por el continente europeo mediante los preceptos existentes desarrollados por los glosadores y postglosadores de la época y que mediante sus concepciones postergaron en el tiempo ésta figura hasta llegar al derecho francés en donde se dio origen a la concepción del enriquecimiento sin causa como un principio general desarrollado por vía jurisprudencial y que propendía la justicia y la equidad.

En Colombia, el origen de esta figura jurídica ha sido doctrinario y jurisprudencial, ya que, en el ordenamiento jurídico de la época, no se encontraba taxativamente normatividad alguna antes del Código de Comercio artículo 831. En este orden de ideas, es oportuno exponer algunos conceptos dados en la jurisprudencia y en la doctrina, a partir de los cuales se aclara los fundamentos que giran en torno a éste principio general del derecho.

En primera instancia, se resalta el tratamiento de la Corte Suprema de Justicia al respecto, quien *afirma que*:

“... el enriquecimiento injusto de que trata la norma tiene un objeto propio, consistente no más que en remediar la injusticia provocada por un desplazamiento patrimonial que nada justifica” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Es decir, dicha figura nace de la necesidad de regular las relaciones entre particulares cuando se pasa de un “estado natural” a un “estado de guerra” en donde la inconformidad de uno frente al otro por una conducta injustificada altera el equilibrio patrimonial fundamental y debido dentro de las relaciones dadas en una comunidad

Así mismo, en un concepto más moderno de esta figura se expone lo siguiente:

El enriquecimiento sin causa es un aumento patrimonial que el derecho, por alguna razón no convalida; dicha ineficacia del enriquecimiento a los ojos del derecho no es otra cosa que una sanción al acto que lo produjo, lo que constituye una aplicación de la teoría de la causa, pues lo que se cuestiona es la causa de esa atribución patrimonial más que ella en sí misma (Terre, 1996, p. 788).

De la anterior descripción se deduce que el reproche va en contra del motivo que ocasionó el aumento patrimonial sin justificación alguna, motivo que no se aprueba como conducta típica dentro del derecho. Entonces en un concepto más específico, se tiene que:

“el enriquecimiento injusto se produce siempre que un patrimonio recibe un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique” (Valencia, 2004, p.298).

Por lo tanto, debido a que no existen fundamentos para sustentar el incremento del patrimonio de una de las partes a costa de la otra, surge la obligación de sancionar de alguna manera por el derecho dicha conducta, y de esta forma, retribuir por el daño ocasionado al patrimonio ajeno, tal y como se expresa a continuación:

Se produce un enriquecimiento sin causa, cuando una persona se beneficia o se enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió debería restituir y, por ello, se concede un remedio procesal (acción al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución) (Lete, 2005, p. 173).

Dentro del presente desarrollo también se referencian los contratos de obra pública; como se lee de acuerdo a Arce, 2003:

... los cuales en la vida económica genera grandes y difíciles conflictos sociales, económicos y jurídicos, todos los cuales nacen de una indebida interpretación y aplicación de las normas que regula estos negocios jurídicos. Este artículo resalta las razones legales que deben tener las partes involucradas en su ejecución para evitar demandas o reclamaciones de los contratistas. Todas ellas basadas en la equidad y justicia, valores que regulan la ejecución de cualquier contrato (Arce, 2003, p.281).

En la ejecución de los contratos de obra, se presentan dificultades materiales imprevistas consistentes en mayor cantidad de obra de la prevista al momento de la suscripción del contrato. Aun cuando existe una aproximación de la cantidad de obra, la ingeniería en la mayoría de los casos queda corta en su apreciación ocasionando al contratista una mayor onerosidad en el cumplimiento de la obligación y por ende se rompe el sinalagma funcional que ha de regir en justicia y equidad la ejecución de un contrato de obra. (Arce, 2009, p.296).

Por lo tanto, lo que se espera de acuerdo a lo descrito es establecer las condiciones bajo la cuales se configura la buena fe del contratista como requisito probatorio dentro del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública para lo cual se ha dado y se espera establecer un mejor desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal al principio de la buena fe, al enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública para analizar estos conceptos detalladamente y fundamentar bien la respuesta al planteamiento del problema.

Así mismo, el enriquecimiento sin causa se analiza como principio general del derecho, siendo válido aclarar que el desarrollo dado a la figura del enriquecimiento sin causa tomado por el Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido la de principio general, es decir, de mandato obligatorio y exigible de manera inmediata, sin que una norma lo exprese tácitamente, pero gracias a su alto grado de eficacia, logra por sí mismo alcance normativo. Tamayo establece que:

“... todo enriquecimiento sin causa debe ser sancionado aún en ausencia de texto expreso.” (Tamayo, 1979, p.300).

Ahora bien, Frente al enriquecimiento sin causa la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

[...] tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Sentencia 27 de agosto de 2015).

Al respecto, el Consejo de Estado en su sección tercera se ha pronunciado de la siguiente manera:

La teoría del enriquecimiento si causa parte de la concepción de justicia como fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el desequilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse- para que una persona se enriquezca y otra se empobrezca- mediante una causa que se considere ajustada a derecho. (Consejo de Estado, Becerra R. 2006).

El enriquecimiento sin justa causa puede ser invocado ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se den los presupuestos para su configuración y, por consiguiente, la respectiva parte no cuente con una fuente autónoma y definida para reclamar el cumplimiento de una determinada obligación compensatoria. La teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo. Entonces, el juez valorará cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas, hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado (Consejo de Estado, Sentencia 28 de junio de 2013).

En Colombia, de acuerdo a la Constitución y al H. Consejo de Estado, la acción de enriquecimiento sin causa constituye un remedio extraordinario y excepcional que, inspirado en el principio de equidad, apunta a evitar que pueda consolidarse un desplazamiento o desequilibrio patrimonial que carece de toda justificación o fundamento legal, y que la naturaleza esencialmente subsidiaria significa que solamente puede ser empleada por quien no tiene a su disposición ninguna otra acción o medio que le permita remediar o subsanar una determinada situación patrimonial injusta, tal como lo establece la máxima corporación de lo contencioso administrativo en Colombia:

La acción tiene el rasgo de excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el artículo 1494 del Código Civil. (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia 19 de noviembre del 2012)

El enriquecimiento debe entenderse en sentido amplio. La situación jurídica del enriquecido puede tratarse de la adquisición de un derecho, la obtención de la posesión, el ahorro de un gasto. Este enriquecimiento debe ser actual, es decir, “no debe computarse el enriquecimiento a la fecha en que se hizo el gasto, sino al momento de iniciarse la demanda. En el enriquecimiento siempre hay un acto jurídicamente perfecto, o una disposición legal como razón de traspaso o variación realizados.

El empobrecimiento implica toda disminución del patrimonio del demandante, del mismo modo entendido en sentido amplio. Debe mediar una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. (Borda, s.f, p.519).

Por consiguiente, ésta figura con el tiempo ha adquirido mayor raigambre normativo, a partir de su importancia como principio, es oportuno manifestar que han sido las altas corporaciones quienes lo han enfocado hacia un mandato con mayor grado de eficacia, a partir de su ubicación superior respecto a otras normas de menor relevancia en el ordenamiento jurídico. De esta manera, se expone un concepto claro y específico al respecto, por parte del H. Consejo de Estado, el cual manifiesta abiertamente su esencia como principio general del derecho en Colombia:

El enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, que restringe el aumento patrimonial sin razón justificada (Consejo de Estado sección tercera, Gil Botero, 22 julio de 2009)

Luego de describir y analizar la noción de esta figura jurídica desarrollada por la jurisprudencia colombiana como principio general del derecho, es pertinente para clarificar su naturaleza, estudiar los elementos requeridos para su configuración.

Por lo tanto, antes de conocer dichos requisitos desarrollados en la jurisprudencia, es acertado traer en comentario lo expuesto por Ospina:

Lo que sí es posible decir es que el enriquecimiento sin causa pertenece al hecho jurídico, lo que implica que el deber perteneciente a quien ha sido enriquecido es generado de acto ejecutado por el mismo, bajo el propósito directo y reflexivo de forzarse, pues, dada la situación de que aún el enriquecimiento proviniese de una acción voluntaria propia, como la de recoger el desembolso de lo no debido, mal podría afirmarse que al hacerlo haya tenido el designio de exigirse a restituir, por fortuna que la acción en cuestión es un hecho jurídico en relación del compromiso que genera (Ospina, 2008, 42-43).

Es así, que teniendo en cuenta, la obligatoriedad que desde el enfoque como principio general del derecho, se le ha dado al enriquecimiento sin causa, son varios los requisitos que se pueden dar a dicha teoría como fuente de obligaciones, tal y como lo expresa el Consejo de Estado en uno de sus pronunciamientos al estudiarlo, acorde con la jurisprudencia y la doctrina. Por lo tanto, dichos requisitos son: i) el enriquecimiento de un capital, ii) un empobrecimiento proporcional y en correlación de otro capital, iii) que tal situación de desequilibrio carezca de causa jurídica, es decir, que no sea producto de alguno de los sucesos determinados en el apartado 1494 del C.C., y iv) como causa de lo anterior, se debe faltar de cualquier ejercicio para requerir dicho resarcimiento de capital (Consejo de Estado, Sentencia 6 de diciembre de 2007). Al respecto Valencia Zea expone lo siguiente:

...cinco son las condiciones que ha exigido la jurisprudencia y la doctrina para la estructuración del enriquecimiento sin causa y para la procedencia de la acción in rem verso 1ª) un enriquecimiento, 2ª) un empobrecimiento, 3ª) una relación de causalidad entre las dos, 4ª) la ausencia de causa, 5ª) la ausencia de cualquier otra acción (Valencia, 1979, p.301).

Así como también Josserand expone lo siguiente:

...además se establecen ciertos elementos principales para que se aplique el principio general del enriquecimiento sin causa los cuales se reducen a tres, existen otros dos que se mencionaran posteriormente que son utilizados para la configuración de la acción que pretende restablecer el perjuicio: a) un enriquecimiento o aumento en un patrimonio, b) un empobrecimiento correlativo,

c) que el empobrecimiento se haya realizado ilegítimamente, es decir sin fundamento jurídico (Josserand, 1950, p. 474).

De acuerdo a lo establecido anteriormente por los autores y la jurisprudencia, es posible deducir que para la generación del enriquecimiento sin causa específicamente se deben dar tres elementos básicos que son: 1) El acrecimiento económico de una de las partes; lo cual implica un provecho o ventaja obtenida a expensas de otro, 2) un perjuicio al patrimonio del otro, derivado de dicho acrecimiento, constituyendo así un sacrificio para este que termina acabando con el equilibrio económico debido entre las partes, 3) dicho desequilibrio patrimonial entre las partes debe caracterizarse por la ausencia de una causa jurídicamente viable dentro del ordenamiento jurídico colombiano, Es así, que para el caso de los contratos estatales se determina cómo opera éste principio general, en contra de la administración y a favor del particular, tema que será desarrollado a posteriori; sin embargo, es de relevancia mencionar, que las posiciones respecto al desarrollo del principio del enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativo han tenido una evolución jurisprudencial importante, denotando diversidad de postulados en el cual, el H. Consejo De Estado Sección Tercera se ha visto en la necesidad de unificar criterios, estableciendo puntos de referencia para la correcta utilización de este principio.

Es así, que se exponen los puntos más notables tratados por la Alta Corporación en sentencia de Unificación del 19 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa:

La Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de

1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente... La Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó... El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 19 de noviembre de 2012)

Ahora bien, la misma Corporación manifiesta que en el caso de invocar la buena fe como fuente de la *actio in rem verso*, la misma debe darse en lo que se conoce, como buena fe objetiva, la cual en materia contractual tiene su fundamento no solo en ordenamiento jurídico positivo, sino también se encuentra estrechamente concatenada con los principios y valores del orden jurídico superior, tema que será tratado en el capítulo siguiente.

2. Operatividad del principio de buena fe en relación con el enriquecimiento sin causa desde los contratos de obra Pública

Tal como fue explicado en el capítulo anterior, el enriquecimiento sin justa causa corresponde al principio que impide el enriquecimiento a costa de otro sin una causa justificable; y desde el punto de vista de fuente de obligación, representa la atribución patrimonial sin una justificación que la soporte, constituyendo en éste sentido la obligación de restituir al empobrecido.

Cuando se habla de enriquecimiento sin justa causa en los contratos de obra pública, se suele traer a colación el principio de buena fe, entendido éste como el principio que obliga a las autoridades públicas y a la normativa en general, a presumir la buena fe en las actuaciones de los particulares, y que obliga a que ambas partes actúen de buena fe.

En éste sentido, se presenta en el presente capítulo el desarrollo del principio de buena fe y cómo éste se relaciona con el enriquecimiento sin justa causa en los contratos de obra pública.

2.1. Concepto de buena fe

Todas las figuras y modalidades del Derecho de Obligaciones, evaluando la participación de los agentes que intervienen en cualquier acto o negocio jurídico, bien sea a nivel internacional o nacional, establecen la importancia de la buena fe de los mismos. No obstante, el tema representa gran amplitud y complejidad en la medida en que irradia en un elemento subjetivo de las relaciones entre los hombres, bajo la propia naturaleza de las cosas.

Por lo anterior, se entiende que no existe un concepto unitario de la buena fe, en cuanto no es una creación del Derecho, sino una adaptación de un principio inherente a la conducta

humana en todas sus relaciones (Ojeda, 2016). Es así que se presenta a continuación la doctrina desde diferentes autores, tanto a nivel internacional como nacional en la materia, tales como:

Carlos Lasarte, en su obra Principios del Derecho Civil, nos evidencia el estudio jurídico desarrollado de la buena fe, su marco normativo y reformas, y una conclusión en cuanto a su concepto general, de la cual cabe resaltar que:

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto, resulta imposible describirla en términos positivos, pese a que el recurso de la misma sea una constante de los textos jurídicos desde los tiempos romanos (bona fides) y un principio ético desarrollado durante la etapa de los canonistas, con particular insistencia. Nuestro código al igual que sus homólogos, contiene desde su publicación bastantes referencias de la buena fe como actitud subjetiva de una persona que merece diferente trato al sujeto de derecho que actúa de mala fe, y de otro lado una referencia a la buena fe en sentido objetivo en materia de integración del contrato, que ha sido el dato normativo de mayor trascendencia en la materia hasta la reforma del título preliminar. Naturalmente, con independencia de tales referencias normativas, la buena fe ha sido siempre considerada por doctrina y jurisprudencia como un principio general de carácter expansivo.

(...) Así pues la buena fe sigue siendo un principio rector, pero ahora es un principio normativizado: buena fe en sentido objetivo y como pauta general de conducta en el ejercicio de los derechos (Lasarte, 1993, p. 165).

Ahora bien, es claro para el autor que la funcionalidad operativa del principio de buena fe sólo puede despejarse de forma casuística, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado.

Sin embargo, autores como Arturo Valencia Zea, se expresan de una manera más generalizada respecto a la buena fe, ofreciendo un concepto más claro y aceptado de manera general, al afirmar que:

La buena fe radica en dos fundamentos: primero, cada individuo debe actuar de manera sincera con quien instituye relaciones de tipo jurídico, esto hace referencia a actuaciones conforme los requerimientos del recato social; segundo, cada individuo está en el pleno derecho de esperar de la otra persona la actuación de sinceridad y honestidad. Para el primer caso, la situación hace referencia a la buena fe activa, y para el segundo caso, hace referencia a la buena fe pasiva correspondiente a la confianza.

(...) Obrar de buena fe indica, que la persona se satisface con la forma estándar de las actividades de quienes actúan de manera sincera, es decir, con un definitivo patrón de usos sociales y buenas costumbres. La buena implica que existe una ausencia de obras engañosas, con fraude, reserva mental, perfidia o vivacidad, en fin, de una conducta perniciosa de aquel hacer de los individuos que proceden en sus transacciones con ánimo de ecuanimidad y entereza, o del provenir sensato del negociante decente y formal (Valencia, 1996, p. 169-171).

Si bien, el término de buena fe para el Autor Arturo Valencia Zea “se caracteriza esencialmente por la confianza, seguridad y honorabilidad en la conclusión de nuestros actos y en el ejercicio de nuestros derechos”. (Valencia, 1996, p. 171). Así mismo nuestra jurisprudencia nacional, a través de las diferentes sentencias emitidas, ha conceptualizado la buena fe,

protegiendo a aquel que actúa en buena fe y condenando a quien no, recordando que el sistema jurídico dicta sus normas tomando como base el hombre recto. Es así que la sentencia C-54 de 1999, resalta que:

La buena fe no consiste simplemente, en actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de producir perjuicio a otro. El concepto involucra también actuar sin culpa, esto es, con un mínimo de culpa, prudencia, atención y cuidado a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúan el principio de la buena fe y es fuente de obligaciones y responsabilidad jurídica (Sentencia C-54, 1999, p. 631).

Así mismo, la sentencia de cesación civil del 14 de diciembre de 1941, la sentencia C-153 de 1997, la Cesación 2 de abril de 1941, 10 de julio de 1853 y 22 de marzo de 1956, sentencia 16 de diciembre de 1959, entre otras; acuerdan en lo anteriormente descrito, así como en que la buena fe debe considerarse como una realidad jurídica actuante y no solamente como la intención de legalidad. De igual manera en nuestra Constitución Nacional de 1991, en el artículo 83, podemos encontrar la referencia a las actuaciones de los particulares y autoridades, exigiéndoles el ceñirse al postulado de buena fe, por tanto, ceñirse a actuar con conciencia moral limpia y recta, sin vicios, tal como se expresa:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que

aquellos adelanten antes éstas” (Art. 83, Constitución Nacional, 1991).

Dentro del desarrollo que se ha dado al principio de la buena fe se extraen los siguientes apartes de autores que se han pronunciado al respecto:

Este concepto general del principio de buena fe, presente en todo el ordenamiento jurídico, se extiende de igual forma en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares; como toda figura jurídica, la buena fe no es un fin en sí mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales. La buena fe, en cuanto principio general del derecho, no puede resultar extraña a la propia conformación de los usos y al mandato legislativo; se ha de presuponer, por tanto, inserta en ambos o, al menos, teóricamente inspiradora de los mismos. Pero, al mismo tiempo, su virtualidad de principio general del derecho comporta por definición que su plasmación no puede reducirse a lo establecido en la ley o las reglas usuales (Monsalve, 2008).

Sin embargo, es importante diferenciar para el desarrollo y la descripción que se espera dar dentro de la presente investigación, a la buena fe objetiva de la buena fe subjetiva, por lo tanto, al respecto se tratan en los siguientes apartados.

2.2. Buena fe subjetiva o buena fe de creencia

Por su parte, se hace relevante dentro de la presente investigación, hablar de la buena fe subjetiva o buena fe de creencia, la cual se orienta a la evaluación de la intención con que obra un actor determinado. Ésta representa una convicción de tipo psicológica del hombre, al encontrarse en

situaciones jurídicas, permitiendo la actuación del sujeto en función de apariencia de lo externo, en relación a una circunstancia específica que le induce a creer en algo (Ojeda, 2016).

En ese sentido, de acuerdo a Ojeda Guillén, quien, en su obra expone la buena fe subjetiva como:

la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata de un estado Psicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto va a recibir (Ojeda, 2016, p. 185).

Así mismo, autores como Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra “El contrato en general”, establece que la buena fe subjetiva posee siete características, las cuales se mencionan a continuación:

a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.

Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.

b) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es, que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.

c) En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.

d) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.

e) La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido de que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.

f) El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

Para concluir es importante resaltar que en la buena fe subjetiva no se requiere que la conducta del agente sea legítima, no es preciso verificar que tales irregularidades no existieron realmente, basta con que en el agente se haya generado la conciencia de estar obrando conforme a derecho. De ahí que a fin de establecer la existencia de buena fe subjetiva no se valore la conducta del agente conforme al paradigma, sino su mera conciencia, creencia o convicción de estar obrando acorde con aquél (Neme, 2009, p.68)

2.3. Buena fe objetiva o buena fe de lealtad

Así mismo, se hace relevante analizar la buena fe objetiva o buena fe de lealtad, la cual es manifestada mediante un criterio de comportamiento conscientemente asumido, donde se evalúa si dicho comportamiento se ajusta al estándar jurídico que toma su base en las reglas de la sociedad, dejando de un lado la creencia personal del sujeto, obligando el actuar como mínimo con lealtad (Ojeda, 2016).

Para autores como Guillermo Borda, en su obra “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, el principio de buena fe:

...significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (...) el Juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la

declaración una persona honorable y correcta (Borda, 1969, p. 131).

En concordancia con lo anterior, autores como Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra “El contrato en general”, establece que la buena fe objetiva posee seis características, las cuales se mencionan a continuación:

a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.

b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.

c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.

d) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.

f) El standard jurídico aplicable, debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

En conclusión cabe resaltar que en materia de buena fe objetiva “para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe, no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente, no

creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad y suministrado la información adecuada, no estimar que se ha respetado el equilibrio sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje, en fin no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe” (Neme, 2009, p. 68).

Pues si de buena fe objetiva se trata no resulta necesario hablar de buena fe exenta de culpa, pues la buena fe objetiva presupone siempre la diligencia. De ahí que el uso de la mencionada expresión sea impropio, pues introduce confusión en torno a la necesidad de atribuir una característica que valide el comportamiento como de buena fe, esto es, que esta sea exenta de culpa, como si pudiese existir una buena fe objetiva que careciese de diligencia (Hinestrosa, 2003, p. 561).

Si bien es cierto que la presunción de la buena fe de los particulares que contempla el artículo 83 de la Constitución se refiere específicamente a las relaciones de éstos con las autoridades públicas y no a las relaciones entre particulares, este argumento no podría extrapolarse para sostener que la presunción de buena fe no encuentra aplicación en materia probatoria, ni puede tampoco soslayarse que con base en el aludido principio, cuya consagración constitucional es apenas una reiteración de su presencia como eje rector del entero sistema, el legislador ha establecido presunciones que operan en el ámbito de las relaciones entre particulares, por lo que no podemos eximirnos de examinar el alcance y aplicación de la presunción de buena fe en las relaciones procesales entre particulares.

Al respecto expone Martha Lucia Neme Villareal:

No encontramos en principio que exista campo de aplicación para la presunción de buena fe subjetiva dentro de las relaciones de los particulares con la administración en cuanto se refiere a la realización de gestiones de los administrados frente a aquella, esto es, eventos en los que resulte razonable amparar la mera creencia o convicción psicológica del administrado de no estar lesionando derecho alguno; aquél que parecería el más propicio: el de la ignorancia de la ley – error de derecho – ha sido descartado por la ley y la Corte Constitucional ha avalado la conformidad de tal norma frente al principio de buena fe (Neme, 2009, p. 88).

En sentencia de la Corte Constitucional C-575 de 1992, se estableció que:

...el artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo 1º de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico.

2.4. Principio de Buena fe en los contratos de obra pública

La buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que la manera en que se integra el contrato a todos los elementos

que son consecuencia de la obligación, o que por normativa forman parte de la misma, es consecuencia directa del principio de buena fe (Neme, 2006).

El principio de Buena Fe aplica de manera igual a todos los contratos en general, incluyéndose el contrato de obra pública, sólo que se exige en mayor medida a las contrataciones estatales en la medida en que en las relaciones comerciales se aduce la necesidad de reflejar en los negocios jurídicos la conciencia moral y proceder honesto.

Vale la pena resaltar que la alegación de la falta de derecho, entendida como alegar el desconocimiento de la ley a fin de justificar su incumplimiento, constituye una presunción de mala fe, dado que el alcance de la normativa busca exigir que ningún individuo evite el cumplimiento de la misma so pretexto de desconocerla, tal como se plasma en el artículo 9° del código civil. Así mismo, como lo resalta Giorgio del Vecchio:

“El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular en caso singular para cada ciudadano” (Del Vecchio, 1946 pág. 256).

El Código Civil Colombiano, en su Libro Segundo, Título VII, Capítulo I “De la posesión y sus diferentes calidades”, refleja la adquisición de dominio legítimamente, es decir, sin actividad fraudulenta, de manera clara, legítima y obrando de buena fe.

Así mismo, el artículo 768 del código civil, refleja un acercamiento a lo que representa la buena fe respecto a la posesión:

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de otro vicio. Así, los títulos traslativos del

dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de Derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (Código Civil, 1993).

De igual manera el artículo 769, hace referencia a los títulos traslaticios de dominio, donde se precisa la buena fe como el convencimiento de que la ley no se violó, al no existir fraude o vicios en el contrato, así como afectación a alguno de los contratantes:

“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria” (Código Civil, 1993).

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conocido como CPACA (Ley 1437 de 2011), señala en su artículo 3° los principios bajo los cuales deben regirse las actuaciones y procedimientos administrativos, expresando:

(...)Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes” (Ley 1437, 2011).

En referencia a la contratación estatal, se ha establecido en la ley 80 de 1993, donde la aplicación del estatuto se da en todos los órdenes y niveles de las entidades estatales, así como a los particulares que celebran los contratos con el estado, tal como afirma Pino, en su obra “El régimen jurídico de los contratos estatales”:

Los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal han sido establecidos en la Constitución Política mediante la incorporación de un derecho fundamental y una regla de Estado social de derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular. El derecho a la igualdad, como directriz fundamental de la contratación de la administración, impone a las entidades públicas, a favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones (Pino, 2005, p. 23).

En su relación con el principio de buena fe en la contratación estatal, se establece en la ley 80 de 1993, en el artículo 5°, que quienes contraten con el Estado están en la obligación de acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato se impartan, y que de manera general debe obrarse con buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilataciones y entrabamiento. Así mismo el artículo 28 señala las consideraciones referentes a los principios consagrados en la ley, destacándose los mandatos de buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos.

Lo anterior evidencia que, en términos de contratación estatal, como marco de confianza entre las partes, antes del acatamiento de cualquier postulado normativo, se debe dar cumplimiento al principio de buena fe, como principio general del derecho.

2.4.1. Sentencias en torno a la temática en evaluación.

En aras de sustentar y justificar lo anterior expuesto, se presenta algunas sentencias donde se hablan de los contratos de obra pública y el principio de buena fe, y las disposiciones de la Corte o el Consejo de Estado, sobre el principio de buena fe, para el caso en estudio

En la Sentencia 2012-00012 de diciembre 10 de 2015 –Consejo de Estado, se presenta una discusión contractual- principio de planeación en la contratación administrativa. De acuerdo al inciso 2º del artículo 3º de la ley 80 de 1993,

los particulares que participan en la contratación están cubiertos y tienen que procurar cumplir con el principio de planeación. Los deberes y principios que la constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general; dentro de lo anterior se resalta el deber de obrar bajo el principio de buena fe contractual. Las disposiciones del caso sobre el principio de buena fe indicaron que para la resolución del caso, la sala evaluó en el capítulo cuatro, el principio de buena fe contractual, definiendo en primera instancia el concepto, y reiterando que el principio impone fundamentalmente que las partes espeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su co-contratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio (Sentencia 2012, 2015)

En la sentencia T-209/06 –Corte Constitucional, la problemática está relacionada con la interposición de una acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable contra la dirección de inteligencia del ejército nacional, aduciendo la existencia de un proceso de contratación que presentó desproporción en magnitud en un contrato desequilibrado económicamente, que causó la firma oferente debido a un error de cálculo aritmético. Por tanto la parte demandada exige la firma del contrato dado que:

de conformidad con lo previsto en el artículo 846 del C. de Comercio, la oferta era irrevocable y una vez presentada no podía retractarse el oferente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocatoria causara al destinatario. Frente a lo acaecido, la Corte consideró que la tutela debe prosperar como mecanismo transitorio por violación clara de los principios del debido proceso y buena fe, además de la advertencia de vías de hecho en el proceso de adjudicación de contratación directa adelantado por la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional. Proyección clara del principio de la buena fe es el de la confianza legítima en la administración y en la esperanza de que no se actuará lesionando los intereses de los contratistas. Por esta especial circunstancia que la Corte quiere destacar, resultó lesionado el principio en comento, pues como se viene señalando, la aplicación del principio de la buena fe en el escenario contractual permite al administrado tener la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines que se persiguen. Y en que no le va a ser exigido en la forma más inadecuada y gravosa en atención a sus condiciones personales y a las propias de la administración pública. (Corte Constitucional, T-209/06, 2006)

En la sentencia C-892/01 –Corte Constitucional, se presentó una solicitud de inexequibilidad por cargos distintos donde se sostiene, que la disposición parcialmente demandada, al otorgar un plazo de noventa días a las entidades públicas para comenzar a

reconocer el interés equivalente al DTF por causa de incumplimiento, está consagrando una atribución que en ningún momento se le otorga a los particulares que incumplan en la contratación. De esta forma se entiende vulnerado el artículo 13 de la Constitución Política, en la medida en que no existe razón alguna que sustente un trato desigual respecto al reconocimiento de los intereses por parte del Estado y de los particulares, en la medida en que independientemente de que el deudor sea una entidad pública o privada, el hecho es el mismo –incumplimiento de una obligación contractual- luego la circunstancia es por lo tanto equivalente así como el daño que sufre el acreedor por causa del no pago. Sin dudas las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diferente de las que están a cargo de las personas privadas. En éste sentido la circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados. Por tanto, la decisión final de la Corte Constitucional resolvió Declarar INEXEQUIBLE la expresión “transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos”, contenida en el párrafo único del artículo 6° de la Ley 598 de 2000.

En Sentencia: CE SIII E 17935 DE 2010 -Consejo de Estado, un municipio celebró un contrato de suministro con una persona natural. En el contrato se estableció una cláusula en la que el municipio se obligaba a pagar como anticipo el 75% del valor del contrato, mientras que la contratista se obligaba a constituir unas pólizas por concepto de este pago. Luego de haberse celebrado el contrato, se realiza un “otro sí” por medio del cual se modificaron aspectos

relacionados con las pólizas, ya que la entidad encontró anomalías en el contrato. Debido a que el ente público encuentra que la estipulación del anticipo va en contra del tope que establece la Ley 80 de 1993, éste decide no realizar el pago del mismo. Sin embargo, la contratista inicia la ejecución del contrato, obtiene las pólizas y solicita el pago de un anticipo acorde al tope legal. Como respuesta la entidad niega el pago de ese anticipo, y no reembolsa los gastos realizados por la contratista en ejecución del contrato, incumpliendo con las obligaciones del contrato. La decisión de la corte aseguró que bajo el principio de buena fe contractual, los entes públicos deben buscar solucionar los problemas contractuales que puedan afectar los intereses del Estado y del contratista. Estas últimas conclusiones, aunadas a las anteriores —consistentes en que la contratista cumplió con las exigencias para la ejecución del contrato y, por tanto, se allanó a ajustar sus derechos contractuales a las prescripciones normativas; hacen que la Sala deba reprochar la actuación de la entidad estatal demandada y que la califique como una falta a la buena fe contractual, por no haber utilizado las herramientas con las cuales contaba para la adecuación del contrato a las prescripciones legales, como era la de haber elaborado y/o promovido la celebración de un acuerdo adicional para la modificación del porcentaje acordado a título de anticipo, tal como sí lo hizo para la modificación de las garantías mediante el otrosí del 1 de noviembre de 1996, más aun cuando de acuerdo con lo dicho en la contestación de la demanda esa habría sido supuestamente la intención de la entidad estatal.

Sentencia Número 76001233100020010014501 de 28-05-2015 del Consejo de Estado, se presenta un caso el 14 de diciembre del 2000:

la firma contratista CONALVIAS S.A. mediante apoderado judicial, presentó demanda contra el Municipio de Cali- Secretaria de Infraestructura Vial y Valorización-, solicitando la declaratoria de incumplimiento del contrato SIVV-SSM-OP-01-98

suscrito el 19 de mayo de 1998 por rompimiento del equilibrio financiero por causas imputables al demandado, y que se condene a pagar a la entidad demandada las sumas que a título de restablecimiento de la ecuación contractual y del equilibrio económico correspondan por la pérdida de utilidad y por los sobre costos inherentes y resultantes de la mayor permanencia en la obra. El Consejo de Estado determina que: por cuanto si acaso se le hubiera causado un daño al contratista este hubiese sido producto de la propia conducta del contratista, porque al suscribir varios negocios jurídicos (otrosíes), aceptó que estos reunían las condiciones necesarias para satisfacer sus pretensiones económicas al no dejar reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico, ya que de no haber sido así, simplemente no los habrían suscrito. Por lo tanto, no puede venir ahora en esta instancia a alegar un restablecimiento de la ecuación contractual y del equilibrio económico por ser extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual (Consejo de Estado, 28-05-2015)

Es así que se presentan las disposiciones de la Corte y el Consejo de Estado, sobre el principio de buena fe, evidenciando que las disposiciones finales están encaminadas a la protección del principio de buena fe en los contratos de obra pública, respetando los derechos de cada una de las partes y haciendo cumplir los deberes de las mismas.

3. Condiciones necesarias para la configuración de la buena fe, como requisito probatorio frente a la *actio in rem verso*

De acuerdo a lo establecido en el capítulo anterior, vemos cómo se relaciona el principio de buena fe en los contratos de obra pública, pero ¿Cuál es el mecanismo judicial para declararlo? *actio in rem verso*, corresponde a la acción o garantía judicial que permite la reclamación de compensación o restitución derivada de una fuente de obligaciones, o como cabría decir, del principio del derecho de enriquecimiento sin causa (Arias, 2013, p.3).

Se pretende desarrollar la *actio in rem verso*, y se evalúa la misma desde los contratos de obra pública, lo que permite al final realizar un análisis de la buena fe, el enriquecimiento sin justa causa y la *actio in rem verso*, estableciendo las condiciones de buena fe como requisito probatorio, dentro de ésta última.

3.1. Generalidades de la *actio in rem verso*.

Se debe tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa, configurado bajo estos requisitos, necesita de un mecanismo idóneo de defensa para la parte afectada y es así, que bajo dicha necesidad se creó la “*acción in rem verso*” locución latina que significa “acción de reembolso” o más conocida como acción del enriquecimiento sin justa causa, la cual se tratará a continuación.

Teniendo en cuenta los elementos para que pueda darse la configuración del principio de enriquecimiento sin causa, cabe manifestar que dicha configuración, se concreta en la acción *in rem verso*, la cual, tratadistas como Rene Abeliuk Manasevich han dado su concepto:

“La acción in rem verso o de repetición, es la que corresponde a quien ha experimentado un empobrecimiento injustificado para obtener una indemnización de aquel que se ha enriquecido a su costa sin causa” (Abeliuk, 1993, 180).

Es así, que dicha acción busca directamente la reparación del daño económico causado a una de las partes, reparación que corresponde a la persona o institución que ocasionó su empobrecimiento.

No obstante, pese a lo establecido por el anterior autor, el siguiente expone que dicha acción no se instaura con el objeto de indemnizar al afectado, sino con el objeto de restituir, por lo tanto vale la pena establecer la diferencia entre restituir e indemnizar, toda vez que la restitución es el valor real de lo empobrecido al momento de la demanda y el mismo, es objeto de la acción *in rem verso*, ya que la indemnización puede ser variable dependiendo del perjuicio ocasionado. Es así como se expone por el autor:

“La obligación que nace del enriquecimiento sin causa tiene por objeto restituir, mas no indemnizar” (De la Vega, 1996, p.135).

De tal forma, que el objetivo principal en que se fundamenta la acción *in rem verso*; es la de garantizar al empobrecido, la obtención o el restablecimiento de lo empobrecido, sin que éste, llegue a generar un nuevo enriquecimiento sin causa derivado del perjuicio ocasionado. Tal como lo manifiesta en su obra el tratadista Valencia así:

“El fin principal de la acción por enriquecimiento se encamina a restablecer el equilibrio roto entre dos patrimonios y por ello el enriquecido será condenado a devolver al empobrecido la ventaja o provecho obtenidos” (Valencia, 1974, p.352).

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos establecidos por la doctrina, es importante recalcar que dicha acción actualmente no tiene un carácter autonómico dentro del ordenamiento jurídico, desarrollado por la jurisprudencia, ya que su enfoque es de carácter sustancial y no procedimental, como se expone, a continuación:

(...) La autonomía de la actio de in rem verso se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que como quiera que no hay causa justificante se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiere. Emerge por consiguiente que la actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento in-causado, enriquecimiento éste que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. (...) lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 19 de noviembre de 2012)

Por lo tanto, es acertado decir, que este mecanismo no se configura con el fin principal de establecer un tipo de procedimiento encausado a subsanar a la parte afectada sino como una sanción debida frente a la falta de fundamentos jurídicos que justifique el aumento de la persona en un principio “favorecida”. Asimismo, frente a esta acción se considera por parte del Consejo de Estado, que tiene un carácter subsidiario, es decir, que solo se puede recurrir a esta acción cuando no existen otros medios que resulten eficaces para la defensa de lo reclamado.

“La actio in rem verso tiene un carácter subsidiario, al anotar que no se debe estar frente a una situación nacida de las tantas relaciones jurídicas previstas, en el ordenamiento jurídico, que tiene formas específicas de resolver sus desequilibrios” (Consejo de Estado, sentencia 22 de febrero de 1991).

Es entonces claro, que frente a la aplicación o uso de esta acción, se establece un primer requisito que constituye su origen. A partir del cual el perfeccionamiento de la acción, depende de la inexistencia de otro medio, por el cual se pueda pretender establecer el perjuicio al afectado.

La acción por enriquecimiento no es posible ejercerla cuando la ley ha establecido alguna acción especial para obtener la reparación del perjuicio. Así, el vendedor o comprador que en la venta de un inmueble ha sufrido lesión enorme, debe ejercer esta acción y no la de enriquecimiento indebido. Tampoco se puede ejercer la acción por enriquecimiento cuando el empobrecido pudo haber ejercido otra acción, pero ya no la puede ejercer por haber prescrito o por haber renunciado a ella. Este caso es bastante frecuente, dada las circunstancias de que la acción por enriquecimiento prescribe en veinte años y algunas acciones especiales prescriben en un tiempo menor. (Valencia, 1974, p.354-355).

Además de su carácter subsidiario, esta acción debe ser de carácter personal, es decir, no se puede ejercer indirectamente contra otros de los beneficiados bajo el aumento patrimonial atípico, tal y como se expone por Valencia Zea en el siguiente aparte:

La acción por enriquecimiento es una acción personal y subsidiaria.

i). Es acción personal y no real, y de ahí que solo puede ejercerse contra el enriquecido o sus herederos y no contra terceros poseedores de la ventaja o del

provecho que forma el contenido del enriquecimiento, si existe varios enriquecidos la acción se dirige contra todo ellos porque aquello en que se han enriquecido; no existe solidaridad a este respecto, ni la insolvencia de un enriquecido grava a los demás.

ii). En derecho moderno es uniformemente aceptada la doctrina según la cual la acción por enriquecimiento solo es posible ejercerla cuando el empobrecido carezca de otra acción especial para obtener la reparación.

iii). El carácter de subsidiario de la acción por enriquecimiento encuentra su justificación en que se ha instituido para completar el orden jurídico, no para reemplazar las acciones especiales expresamente establecidas por la ley o para suplir la negligencia de quien han dejado prescribir sus acciones. (Valencia, 1974, p.354-355).

Por consiguiente, queda expuesta la naturaleza y elementos, que se deben dar dentro de la acción *in rem verso*, para su configuración dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Elementos desarrollados especialmente por la jurisprudencia en pronunciamientos³ que dan paso a describir específicamente el siguiente tema vinculado a la problemática a desarrollar.

3.2. *Actio in rem verso* en los contratos de obra pública.

Como ya se mencionó anteriormente, la *actio in rem verso* corresponde a la acción o garantía judicial que permite la reclamación de compensación o restitución derivada de una fuente de

³ Dados en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección a, Sentencia del 13 de febrero del 2013, Consejo de Estado, Sala Plena, Sección tercera Sentencia del 19 de noviembre del 2012, Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección c, Sentencia del 30 de enero del 2013.

obligaciones, o como cabría decir, del principio del derecho de enriquecimiento sin causa (Arias, 2013, p.3).

De igual manera, cabe diferenciar las dos figuras (que aunque se encuentren muy ligadas son diferentes), en la medida en que la *actio in rem verso* corresponde al remedio o garantía judicial a favor de un empobrecido para recibir compensación de aquello que incrementó de manera injustificada el patrimonio de un enriquecido; mientras que el enriquecimiento sin causa corresponde a la fuente de obligaciones o principio del derecho en sí mismo, el cual establece que nadie puede enriquecerse de manera injustificada en perjuicio patrimonial de otro.

Aunque la figura *actio in rem verso* ha sido establecida, no es posible asistir a aquella acción en elemento de compromiso estatal en contratos de obra pública, limitando su alcance a tres casos específicos como petición restitutoria y no como acción autónoma e independiente. Lo anterior se justifica en que, de acuerdo a autores como el Dr. Enrique Gil Botero, “*la acción a través de la cual se deben tramitar las pretensiones por enriquecimiento sin causa sea la de responsabilidad extracontractual o reparación directa*” (Sentencia veintidós, 2009, p.48).

Ahora bien, esta postura fue confirmada en sentencia de unificación debido a la diversidad de posiciones que en el momento existían entre las diferentes subsecciones de la máxima corporación de lo contencioso administrativo, viéndose en la necesidad de tomar un concepto en común la Sala Plena:

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le

corresponde la vía de la acción de reparación directa. (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 19 de noviembre de 2012)

Por lo tanto, se puede establecer que la *actio in rem verso* es una pretensión de carácter excepcional la cual busca la restitución en la disminución del patrimonio económico en que se vio perjudicado el contratista, siendo la reparación directa el medio de control más expedito para configurarla.

En este sentido se procede analizar, la *actio in rem verso* en la contratación estatal, a partir de: i) el establecimiento de las situaciones fácticas de problemáticas jurídicas del enriquecimiento sin causa en los contratos de obra pública; ii) el marco legal colombiano de limitaciones en los contratos estatales frente al enriquecimiento sin causa; y iii) el enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones.

3.2.1. Situaciones fácticas de las problemáticas jurídicas del enriquecimiento sin causa en la contratación pública. Tal como se mencionó anteriormente, la *actio in rem verso* resulta no admisible para la obtención de una restitución o compensación patrimonial en la ejecución de obras sin formalización de un contrato o en su defecto la falta del mismo, en el caso en el que el contratista resulta empobrecido y el estado enriquecido de manera correlativa, a excepción de tres situaciones particulares.

Cabe señalar que la *actio in rem verso* es considerada actualmente como una pretensión restitutoria por el Consejo de Estado, de acuerdo a lo citado en la Sentencia del 19 de noviembre de 2012, como sigue:

La actio de in rem verso, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento este

que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la actio de in rem verso, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental. (Sentencia diecinueve, 2012, p.46).

Así mismo, la *actio in rem verso* puede aplicarse de manera excepcional en los siguientes casos:

i) Cuando se acredite de manera evidente e indiscutible que la entidad estatal, en virtud de su autoridad, impuso a la contraparte la prestación de los bienes o servicios en su beneficio, fuera de un contrato o prescindiendo de uno (Arias, 2013).

ii) Cuando la decisión de ordenar la ejecución de obras bajo la prestación de bienes o servicios, sea urgente y necesario, de manera que permita evitar una amenaza o lesión irreversible al derecho a la salud. Dicha urgencia debe ser objetiva, y manifestarse bajo el impedimento de planificación y adelanto del debido proceso para la selección de contratistas y celebración de contratos respectivos. La decisión debe ser realmente apremiante, útil, ineludible y consecuente con las circunstancias (Arias, 2013).

iii) Cuando, debiéndose declarar situación de urgencia, la administración ordena la prestación de bienes y/o servicios, o ejecución de obras, sin el respectivo contrato, en los casos en los que la exigencia imperativa no esté excepcionada conforme lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993 (Arias, 2013).

Ahora bien, cabe anotar que, para la viabilidad de la pretensión del enriquecimiento sin causa en contra de la administración, es de suma relevancia que las obligaciones ejecutadas no se encuentren sustentadas en un contrato perfeccionado conforme a las normas de contratación estatal vigentes más específicamente el artículo 41 de la ley 80, es decir que, para la situación específica en que se requiera mayores cantidades de obra no operaría esta figura por vía de reparación directa, teniendo en cuenta que dicha figura no se encuadra para definir controversias contractuales sino por el contrario extracontractuales.

3.3. Condiciones de buena fe como requisito probatorio, dentro de la *actio in rem verso*.

Una vez hemos evaluado la buena fe, el enriquecimiento sin justa causa y la *actio in rem verso* en los contratos de obra pública, procederemos a establecer dos condiciones generales de la buena fe, como requisito probatorio, dentro de la *actio in rem verso*.

Contextualizando el concepto de buena fe, ya discutido previamente en los apartados anteriores, es posible afirmar que nuestro ordenamiento jurídico ha elevado a rango constitucional el postulado de buena fe, y así mismo ha establecido una presunción con efectos procesales a favor del particular cuando actúa frente al Estado, así como a favor del servidor público en relación a su responsabilidad personal (Ospina, 2010). Así mismo, se hace de suma importancia recalcar lo contemplado por la Constitución Política Colombiana en materia de presunción de buena fe, en su artículo 83, el cual expone:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas” (Constitución Política de Colombia).

Del análisis del artículo anterior, es posible determinar la primera condición de la buena fe en las contrataciones públicas, y responde a la buena fe objetiva, no sólo a la simple creencia o estado psicológico, en la medida en que evalúa su conformidad con los deberes que impone el principio. Lo anterior implica confianza, honestidad, lealtad, seguridad y credibilidad de las actuaciones de las partes involucradas, de acuerdo a lo que podría esperarse de una persona correcta (*vir bonus*).

Por otro lado, al establecer la obligación de actuar de buena fe por igual a los particulares y a las autoridades públicas, es importante recalcar que en los contratos de obra pública también se requiere el cuidado, la diligencia, y la transparencia en la actuación de las partes involucradas, de lo contrario, se incumple la legalidad prevista en la normativa colombiana. Lo anterior, resume la siguiente condición de buena fe como requisito probatorio en Conciencia y Certeza de que la contratación se hace conforme a las condiciones exigidas por la ley.

Lo anterior implica que el ejercicio de las potestades administrativas requiere ajustarse al principio de legalidad, de acuerdo a los postulados de buena fe, a fin de establecer la condición de conciencia y certeza de que la contratación se realiza conforme a las condiciones exigidas por la ley. En este sentido, cabe resaltar el texto de Roosevelt Ospina, quien afirma que:

“... existe el deber de quien ejerce la prerrogativa, en demostrar ante los destinatarios de la norma y la comunidad en general (control social) que su decisión respetó las fuentes válidas del derecho, que las priorizó y categorizó adecuadamente y que, además, los hechos determinantes para adoptar la decisión fueron veraces” (Ospina, 2010).

Con las dos condiciones generales establecidas anteriormente, se abarcan los requisitos establecidos dentro de la *actio in rem verso* en las contrataciones estatales; por tanto, las condiciones hacen sus veces de requisito probatorio.

Sin embargo, es acertado afirmar que de acuerdo a lo establecido por la H. Corte Constitucional en diferentes sentencias, el principio de buena fe no es en esencia un principio absoluto, lo que conlleva a admitir la posibilidad de que se establezca (de manera excepcional), la presunción de mala fe, y se le atribuya los efectos considerados en cada caso específico, lo que implica si se admite o no prueba en contrario.

Es así que con fundamento en lo anterior:

“...la ley puede determinar criterios, antecedentes, o circunstancias conocidas, de las cuales se deduzca en una situación particular, una presunción de mala fe, de naturaleza legal o de derecho, conforme con lo que ella misma disponga, y que por tanto admita o no prueba en contrario.” (Corte Constitucional).

Esta situación de la buena fe es excepcional en materia contencioso administrativa y más específicamente en lo pertinente al enriquecimiento sin causa, esto se evidencia en los lineamientos actuales del H. Consejo de Estado, donde se expone:

La creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario.” (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 19 de noviembre de 2012)

Por lo tanto, queda establecido que para los casos en que se pretende alegar la buena fe dentro de la pretensión del enriquecimiento sin causa, ésta debe hacerse de manera excepcional y la misma debe ajustarse a las condiciones propuestas en precedencia.

Recapitulando, se simplifican a dos las condiciones de buena fe como requisito probatorio dentro de la *actio in rem verso* en la contratación con el Estado, la primera, que asegura que la buena fe a alegar es netamente objetiva, lo que implica la actuación de las partes de acuerdo a lo que podría esperarse de una persona correcta (*vir bonus*) y que además es posible probar, mediante el análisis de la conducta o comportamiento del sujeto, recordando que es integrante el deber de no actuar en perjuicio de los demás.

Y la segunda condición, toma su base en que los postulados de buena fe se encuentran estrechamente enlazados al principio de legalidad, lo que permite establecer la condición de conciencia y certeza de que la contratación se realiza conforme a las condiciones exigidas por la ley, lo cual admite por supuesto, acciones probatorias, las cuales son determinadas por las partes interesadas conforme el ordenamiento jurídico vigente.

Ahora bien, respecto de cómo se prueban estas condiciones en el proceso, el Consejo de Estado se ha referido así:

Para que se predique la existencia del enriquecimiento sin causa en virtud de un constreñimiento será necesario que el particular acredite de manera fehaciente y evidente que la administración lo conminó, compelió, apremió o compulsó a la prestación de un servicio o la ejecución de una obra... casos en los que la Sala estima que para la prueba del constreñimiento bastará con acreditar ese acto de autoridad. (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa 20 de febrero del 2017)

Así mismo, en los casos donde se predique evitar una amenaza o una lesión inminente o irreversible, será necesario que se cumplan dos requisitos: (i) La imposibilidad absoluta de planificar y adelantar el correspondiente proceso de selección y contratación y (ii) La acreditación plena de los elementos de la excepción. (Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 20 de febrero del 2017)

Finalmente, con los criterios establecidos anteriormente se busca acreditar probatoriamente las condiciones de la buena fe como elemento necesario en la configuración del enriquecimiento si causa por parte del estado, como mecanismo excepcional, a fin de obtener la compensación del correlativo empobrecimiento.

Es así, que cada caso en particular debe ser examinado cuidadosamente por parte del operador de justicia, esto con el fin de determinar las situaciones fácticas y jurídicas en que se pueda presentar la buena fe dentro de la *actio in rem verso*, como mecanismo restitutorio del empobrecimiento correlativo.

Conclusiones

Las siguientes conclusiones se remiten de acuerdo a la doctrina estudiada, y al análisis de algunos apartes de las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte establecidas en el capítulo 2, apartado 2.4., del presente trabajo.

Como primera conclusión es importante señalar que se dio cumplimiento a lo estipulado en cada uno de los objetivos de la presente investigación, estableciendo dos presupuestos o condiciones necesarias de la buena fe, como requisito dentro de la *actio in rem verso* en los contratos de obra pública.

Se evaluó el concepto de principio y se realizó un análisis comparativo de éste frente al valor, estableciendo un conjunto de diferencias básicas como base fundamental para el análisis del principio de la buena fe y su posterior desarrollo práctico en el contrato de obra pública, lo anterior permitió establecer las dos condiciones previamente mencionadas.

Con base en el estudio desarrollado de la buena fe en la configuración del enriquecimiento sin causa por parte del estado y las condiciones necesarias de la buena fe en la *actio in rem verso*, se extraerán a continuación dos ideas generales para resaltar; la primera consiste en evidenciar que la buena fe subjetiva no aplica en la práctica judicial dentro de la *actio in rem verso* en las contrataciones públicas; lo anterior responde al cambio de paradigma de la metodología jurídica, donde se inserta adecuadamente la erradicación de la alternativa de presunción de buena fe subjetiva, permitiendo de esta manera la relación de preceptos jurídicos

con base en referentes de coherencia, conciencia y certeza en la actuación de las partes involucradas, lo que a su vez representa un acto probatorio.

Con lo anterior se plantean lineamientos claros que aportan a la construcción de una teoría jurídica coherente con el ordenamiento jurídico, convirtiéndose de esta manera en un modelo plausible que permite hacer efectiva la fuerza normativa del principio de buena fe, tomando su fundamento en la buena fe objetiva, y no la que se presume por creencia (buena fe subjetiva).

La segunda idea esboza que la utilización del principio de buena fe está ligada de manera directa al principio de legalidad, determinando el segundo precepto mencionado, el cual se relaciona con la conciencia y certeza de que la contratación se realiza conforme a las condiciones establecidas por la ley colombiana, incluyendo las condiciones especiales en las cuales se da la *actio in rem verso*. Lo anterior permite evaluar de manera objetiva y bajo medio probatorio, que las acciones realizadas por las partes involucradas respetaron las fuentes válidas del derecho, que las priorizó categorizó adecuadamente y que, además, los hechos determinantes para adoptar la decisión fueron veraces.

Por último, es importante establecer que las condiciones presentadas son de tipo general, en la medida en que el principio de buena fe no representa en esencia un principio absoluto, y por tanto, de acuerdo a la especificidad de los casos presentados, la ley se encuentra en libre derecho de determinar criterios, antecedentes, o circunstancias conocidas, de las cuales se deduzca en una situación particular, una presunción de mala fe, de naturaleza legal o de derecho, conforme con lo que ella misma disponga, y que por tanto admita o no prueba en contrario.

Referencias

Alchourrón, Carlos E. Lógica. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2005.

Arces, D. (2003) el contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas. Universitas, Pontificia Javeriana Colombia.

Arias, J. (2013). El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción *IN REM VERSO* en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal. Jurídicas CUC, 9 (1), 143 – 181.

Ávila, Ramiro, Neo constitucionalismo Transformador. “El Estado de Derecho en la Constitución de 2008”, Abya Yala uasb, Quito, 2011.

Bayona, M. (1983) Enriquecimiento sin causa. Tesis Universidad Santo Tomas Facultad Derecho. Bucaramanga.

Borda, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1, 969º. Pág. 131.

Constitución Política de Colombia. Artículos 83

Gaceta Constitucional N°127 del 10 de octubre de 1991.

González, J. (2009) el principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Edición 5, 330 p.

Del Pilar M. (2008). Responsabilidad extracontractual de la administración pública. Primera edición, Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, editores. Buenos Aires Argentina.

Del kmVecchio. (1946), Giorgio. Filosofía del Derecho. Tomo I. México, editorial UTEHA., Pág. 256.

De la Puente y Lavalle, Manuel. (2003). “El Contrato en General.”. Palestra Editores. Lima Tomo I. Pág. 335.

- Dworkin, R. Taking Rights Seriously, II ed., London, (1978) L. Gianformaggio, "L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.
- Estrada Vélez, Sergio. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*. Vol. 41, No. 114 / p. 41-76 Medellín - Colombia. Enero-junio de 2011, ISSN 0120-3886. *Gaceta Constitucional* N°127 del 10 de octubre de 1991.
- Fernández, L. (1987) *responsabilidad contractual del estado*. 145 P. Bogotá Jurídica. Radar.
- García, E. (2006) *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Editorial Temis Palestra. Madrid, España.
- García Jaramillo, Leonardo. (2008). El "Nuevo Derecho" En Colombia: ¿Entelequia Innecesaria o Novedad Pertinente? *Rev. Derecho* no.29 Barranquilla, junio de 2008.
- Gil Botero, E. (2013) *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Temis, edición 6.
- Gil Botero, E. (2013) *TESAURO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO* jurisprudencia 1991-2011. Aspectos procesales, Tomo 4, volumen 1, Editorial Temis SA. Bogotá.
- Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las obligaciones*, 2a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 561.
- Hart, Herbert L.A. (1982). "Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Claredon Press, Oxford.
- Hart, Herbert L. A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford University Press.
- Hoyos, R. (1985) *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Ed. Temis, Bogotá.

- Jalkh Röhens, Gustavo. (2008). Neo constitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. ISBN: 978-9978-92-611-6. Ramiro Ávila Santamaría (Editor). Primera edición. Quito, Ecuador.
- Martínez, S. (2007). Manual de derecho Constitucional. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Monsalve Caballero, Vladimir. (2008). LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA: UNA DOCTRINA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN. Revista de Derecho, (30), 30-74. Retrieved January 06, 2017, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003&lng=en&tlng=es.
- Neme, M. (2009) La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. Revista de Derecho Privado, N° 18, 2010, pp. 65 a 94
- Lasarte Álvarez, Carlos. (1993). Principios del Derecho Civil. Tomo I. España. Editorial Trivium. Pág. 165.
- Larenz, Karl (1980): Metodología de la Ciencia del Derecho; IIª. ed., Ed. Ariel, S.A., Barcelona-Caracas-México, p. 465.
- Ojeda Guillén, Luis Fernando. (2016). La culpa in contrahendo y la responsabilidad precontractual en el Código Civil. Tesis de maestría en derecho con mención en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 365.
- Ospina Sepúlveda, Roosevelt Jair. (2010) Principio de buena fe y responsabilidad de la administración pública. Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXVII. N° 149,. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia
- Pérez Hualde, Alejandro. (2014). Los contratos públicos como regla del Derecho en el Neo constitucionalismo. AIDA –Opera Prima de Derecho Administrativo –OPUS No. 16. Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Pág. 573 -594.
- Pérez, Carlos. (2008). Sobre el concepto de valor. Una propuesta de integración de diferentes perspectivas. Bordón 60 (1), 2008, 99-112 Pág. 105

Pino, J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 23.

Prieto Sanchís, Luis. (2005). Neo constitucionalismo y ponderación judicial, en Miguel Carbonell (editor). Neo constitucionalismo(s), segunda edición, Trotta, Madrid, p. 132.

Puig, J. M. (1995). La educación moral en la enseñanza obligatoria. Barcelona: ICE/Horsori.

Romero Martínez, Juan Manuel. 2015. El neo constitucionalismo y los principios del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Ruiz Manero, Juan; Atienza, Manuel. (1991). Sobre principios y reglas. DOXA-10. Pág. 101-120.

Sentencia: CE SIII E 17935 de 2010. 28-04-2010

Sentencia C-575 de 1992. Santa Fe de Bogotá, octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Sentencia C-892/01. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil uno (2001).

Sentencia diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012) Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sala Plena- Sección Tercera

Sentencia diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce 2012. Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativa, Sección 3a, Rad.73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), p. 46.

Sentencia once (11) de abril de dos mil doce (2012) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección A.

Sentencia T-209/06. Corte Constitucional. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil seis (2006).

Sentencia treinta (30) de Marzo de dos mil seis (2006) Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado – Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sala Plena- Sección Tercera.

Sentencia veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera - Rad. 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), p.23.

Sentencia 2012-00012 de 10 de diciembre de 2015. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia 76001233100020010014501 de 28-05-2015. Consejo de Estado. Ecuación contractual. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia 76001-22-03-000-2015-00498-01 de 27-08-2015 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Consejero ponente: Margarita Cabello Blanco.

Sentencia 23001-23-31-000-2008-00149-01(48355) de 20-02-2017 Consejo de Estado, Sección Tercera subsección c. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia 68001-23-31-000-2006-01159-01(39253) de 20-02-2017 Consejo de Estado, Sección Tercera subsección c. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Tamayo, A. (2009) la responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá ediciones Doctrina y Ley, 3 edición 543 p.

Valencia Zea, Arturo. (1996) Derecho Civil parte General y Personas. Tomo I. Santafé de Bogotá. Editorial Temis.. Págs. 169-171.

Viciano, Roberto, y Martínez, Rubén, (2011) Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en “Crítica y Derecho 2. Política, justicia y Constitución”, Luis Fernando Ávila, Ed. Corte Constitucional Ecuatoriana.