

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – Especialización en Derecho**  
**Administrativo**

**MECANISMO JURÍDICO VIABLE PARA HACER EXIGIBLES  
OBLIGACIONES LEGALES O CONTRACTUALES QUE DERIVARON EN  
OBLIGACIONES NATURALES**

**LEGAL MECHANISM VIABLE TO MAKE DEMANDABLE LEGAL OR  
CONTRACTUAL OBLIGATIONS WHICH DERIVED IN NATURAL  
OBLIGATIONS**

Gloria Vanessa Fonseca Bello<sup>1</sup>

**Resumen**

El presente trabajo pretende plantear las alternativas legales que subsisten ante la materialización de situaciones en las cuales entidades públicas (sujetas a la Ley 80 de 1993 y/o 1150 de 2007 o propias del régimen de excepción contemplada en la primera de éstas) omiten el deber legal de dar el balance final de las obligaciones derivadas del contrato, mediante la suscripción del acta de liquidación final, bien sea bilateral o en ejercicio de la facultad legal o contractual mediante la liquidación unilateral, derivando entonces las obligaciones contractuales en obligaciones naturales, las cuales a la luz de la normatividad no pueden ser objeto de reconocimiento o satisfacción por parte de las entidades públicas so pena de constituir, per se, un detrimento patrimonial. A partir de ello y en aplicabilidad de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal (regladas en el artículo 209 de la Constitución Política) que rigen a este tipo de entidades, se advierte la necesidad jurídica de establecer el mecanismo idóneo al que la entidad, o su contraparte, pueda acudir para la satisfacción de las hoy obligaciones naturales, sin menoscabo del erario público.

**Palabras clave**

Obligación natural, caducidad, detrimento patrimonial, entidades del régimen excepcional

---

<sup>1</sup> Estudiante de pregrado en derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, estudiante de especialización en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás y auxiliar jurídico en la Vicepresidencia jurídica de Ecopetrol S.A.. El año 2017 ha sido uno de los de mayor crecimiento intelectual y profesional.

### **Abstract**

The present work pretend to propose the legal alternatives that subsist before the materialization of the situations in which the public entities (subject to the Law 80 of 1993 and / or 1150 of 2007 or those of the regime of exception contemplated in the first of these) omit the legal right to hand the final balance of the obligations derived from the contract, by signing the final settlement act, either bilateral or in the exercise of the legal or contractual power through the unilateral liquidation, deriving then the contractual obligations in natural obligations, in which in the light of the regulations cannot be object of recognition or satisfaction by public entities thus constitutional penalty, per se, a patrimonial detriment. Based on this and on the application of the principles of the administrative function and the fiscal management (regulated in article 209 of the Political Constitution) that govern this type of entities, there is a legal need to establish the appropriate mechanism for the satisfaction of the entity, or its counterpart, can go to the satisfaction of current natural obligations, without detriment to the public treasury

### **Keywords**

Natural obligation, expiration, patrimonial detriment, entities of the exceptional regime.

### **Introducción**

Las consecuencias derivadas, desde el punto de vista de la omisión al deber de liquidar los contratos en término, que le corresponde a las entidades estatales sometidas al régimen de la ley 80 y a las entidades estatales pertenecientes al régimen excepcional<sup>2</sup> de la misma, de liquidar ciertos contratos ya sea de forma bilateral, unilateral<sup>3</sup> o judicialmente, conlleva a la aparente imposibilidad de pretender disponer de un mecanismo jurídicamente idóneo que permita, en primer momento hacer exigibles obligaciones que en teoría no serían exigibles a

---

<sup>2</sup> Entiéndase por entidad del régimen excepcional, las empresas sociales del Estado, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios, universidades públicas, entre otros. Entidades éstas que a pesar de ser entidades estatales su regulación contractual se fundamenta en el régimen de derecho privado, las cuales están en la obligación de aplicar los principios que regulan la función administrativa y el régimen de inhabilidades de las entidades que manejan el estatuto general de la contratación pública.

<sup>3</sup> Es necesario aclarar que las entidades estatales pertenecientes al régimen excepcional de la ley 80 de 1993, pueden realizar la liquidación unilateral de sus contratos, cuando esta facultad se haya consagrado contractualmente, pues, en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado estima procedente el ejercicio de la facultad de liquidar el contrato unilateralmente por parte de las entidades estatales que se rigen por el derecho privado, en el entendido de que esta facultad es una mera liberalidad de las partes derivada en virtud de una facultad contractual y no una facultad legal; Consejo de Estado, expediente 38134 del 14 de junio de 2017, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth y Consejo de Estado, expediente 57394 del 19 de junio de 2017, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

las partes por imposibilidad de disponer de mecanismos judiciales y extrajudiciales para su cumplimiento, en el entendido de que ahora estas son obligaciones naturales.

Efectivamente, resulta un tanto extraño pretender que una entidad estatal haga exigibles obligaciones naturales derivadas de un contrato, dentro del cual las partes omiten el deber legal de dar el balance final de las obligaciones derivadas del mismo, mediante la suscripción del acta de liquidación final, bien sea bilateral o en ejercicio de la facultad legal o contractual mediante la liquidación unilateral, por lo tanto, se pretende en el desarrollo de este trabajo plantear las posibles alternativas legales para poder hacer exigibles las obligaciones que en su momento fueron contractuales, finiquitar el proceso contractual por cualquier medio o simplemente realizar un documento que permita concluir y/o ejecutar las obligaciones, con sujeción a las consecuencias que pueda acarrear esta última decisión.

El ordenamiento jurídico permite en primer momento la utilización de mecanismos jurídicos para la solución de este tipo de controversias, tales como: 1.) Conciliación extrajudicial, la cual resultaría fallida por aprobación judicial, aun cuando esta haya resultado próspera; la normativa torna improcedente la solicitud de conciliación extrajudicial en los casos en que la acción o el medio de control se encuentra caduco (Colombia. Ministerio del interior y de justicia, 2009, pág. Art 2), aunque en el fundamento fáctico de una reciente sentencia del Consejo de Estado (Colombia. Consejo de Estado, 2017) se hace alusión a que la procuraduría aceptó una solicitud de conciliación extrajudicial aun cuando la acción de controversias contractuales del caso ya había caducado, solo no prosperó la conciliación por inexistencia de ánimo conciliatorio de las partes; 2.) Acción de enriquecimiento sin causa, con el fin de manifestar que una de las partes incrementó su patrimonio injustificadamente; 3.) Por medio de una acción declarativa de la existencia del contrato y de las obligaciones contenidas en este; 4.) El contrato de novación regulado por el derecho privado; 5.) Por último, ¿Por qué no se podría realizar un contrato diferente con los mismos sujetos y obligaciones contractuales?.

En principio, para algunos no es tan extraño pensar que una entidad del Estado pueda gozar de prerrogativas de carácter particular en los procesos de contratación, porque no se niega que los contratos estatales toman criterios de carácter civil y comercial, para otros resultaría una situación especial y poco entendible, dependiendo desde qué punto de vista o en qué etapa contractual pueda aplicarse el derecho privado.

Es complejo determinar en qué casos específicos o situaciones fáctico jurídicas, puede resultar aplicable en los procesos contractuales de las entidades del régimen excepcional de la contratación estatal, principios como el de la autonomía de la voluntad de las partes frente a situaciones y problemas jurídicos contractuales, en los que las partes cuestionan la aplicabilidad de mecanismos para dirimir inconvenientes que a la larga podrían resultar de fácil manejo, pero por la condición de entidad del Estado, aparentemente resultaría inviable la toma de una decisión concertada entre las partes del contrato.

Las partes de un contrato expedido por una entidad de régimen excepcional, pueden tomar medidas de carácter particular, pero sin afectar el patrimonio público, en cumplimiento de los formalismos jurídicos que impedirían la disposición absoluta de su voluntad, contrario a esto, la falta de regulación jurídica unificada para este tipo de regímenes permite que las

partes a su interés y conveniencia puedan aplicar lineamientos del derecho privado y del derecho público bajo el imperativo de permisibilidad para la aplicación de los dos regímenes.

Las entidades del régimen excepcional, pertenecen a este terreno jurídico en razón a que se encuentran sometidas de manera parcial a un régimen privado, porque desarrollan “actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público” (Colombia. Congreso de la República, 2007, pág. Art 14), situación que no las exime de la aplicación de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal que la condicionan a delimitar su actuar. En este sentido, a pesar de que existan posibilidades jurídicas y aparentemente viables frente a problemas jurídicos con poca regulación, la entidad estatal puede dar aplicación de estos por la inexistencia de prohibición expresa, disponiendo contractualmente con el contratista, la realización de contratos que dentro del ámbito del derecho público aparentemente serían improcedentes, como por ejemplo, el contrato de novación.

Esto evidencia la necesidad de establecer por parte del legislador un desarrollo normativo exclusivo para las entidades del Estado que hacen parte del régimen excepcional, en razón a la duda frente a la aplicabilidad de elementos e instituciones que en principio serían jurídicamente viables, pero su poco uso puede dar a entender de forma equivocada que la destinación de los dineros públicos están siendo malversados.

Finalmente, por medio de este trabajo se busca determinar la aplicabilidad, viabilidad e idoneidad jurídica del contrato de novación o cualquier otro mecanismo, en el que se pueda dar por extinguida una obligación natural, que a simple vista no se debe pagar con patrimonio público, para crear una nueva obligación que se pueda hacer exigible, teniendo como parámetro las obligaciones derivadas del contrato anterior y con el mutuo objetivo de las partes de lograr el cumplimiento de las obligaciones en beneficio de sus intereses o la realización de un documento que simplemente cierre el proceso contractual sin más obligaciones.

### **Método y plan**

Se busca determinar si las entidades del régimen excepcional de la ley 80 de 1993 pueden utilizar instituciones del derecho privado, como el contrato de novación, que tiene como objetivo la extinción de una obligación y la creación de una nueva en condiciones similares o distintas, teniendo en cuenta que la obligación primigenia no puede hacerse exigible jurídicamente, su condición ontológica está desligada de los parámetros del derecho público y su pago resulta un evidente desentendimiento al ordenamiento jurídico colombiano.

Para el caso, es entendible que la figura jurídica de la novación en la actualidad no dispone de un amplio margen jurisprudencial y normativo en Colombia, además existen otras figuras jurídicas que pueden ser más eficaces para dirimir problemas jurídicos contractuales dentro ámbito del derecho público, por esta razón los métodos aplicables en esta investigación serán de carácter documental y doctrinario desde la perspectiva del derecho público y el derecho privado, con doctrinantes imprescindibles de la época, tanto colombianos como extranjeros, hasta los que en la actualidad pueden dirimir de mejor manera la conceptualización de las diferentes figuras jurídicas inmersas en el desarrollo del presente

trabajo, tales como: Arturo Valencia Zea, en su tratado de obligaciones, Horacio Pedro Guillén, con el manual de obligaciones, Luis Moisset de Espanés, con Obligaciones naturales y deberes morales, Fernando Hinestrosa con el Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, Juan Carlos Cassagne, con el Tratado general de los contratos públicos, entre otros doctrinantes que permitirán el avance del presente trabajo; adicionalmente se tendrán en cuenta tesis y trabajos de grado desarrollados por estudiantes de universidades colombianas.

Se pretende recopilar la mayor información posible que permita lograr los objetivos de la investigación y definir la aplicabilidad de instituciones de derecho privado en los contratos de las entidades del régimen excepcional de la ley 80 de 1993, empezando por consolidar la situación jurídica de las entidades que pertenecen a este tipo de regímenes en los casos en que existe duda e inseguridad sobre cómo resolver un problema jurídico en que eventualmente podría encontrarse una entidad del Estado cuando le resulta complejo exigir el cumplimiento de obligaciones a un contratista y este del mismo modo reclamar pagos cuando la acción se encuentra caduca y aparentemente no existen mecanismos normativos de solución y cierre de cuentas en beneficio de los intereses contractuales; explicar el carácter ontológico de las obligaciones naturales y prohibición de pago de las mismas por parte de entidades estatales del régimen excepcional de la ley 80 de 1993, en este caso cuando la acción ha caducado; puntualizar sobre el origen del problema jurídico planteado del presente trabajo, que en principio se fundamenta en la caducidad del medio de control y la imposibilidad de acudir a medios judiciales o extrajudiciales en pro del cumplimiento contractual; finalmente, se tiene en cuenta como elemento transversal el principio de autonomía de la voluntad de las partes para la realización del contrato de novación y las razones jurídicas por las cuales este comportamiento u/o actuación jurídica pueda considerarse o no detrimento patrimonial.

### **Conclusiones**

Es necesario recordar que en Colombia no existe normativa unificada para entidades del régimen excepcional de la contratación estatal, se tiene por sabido que estas actúan conforme al derecho privado, cuestión que no se niega respecto de las demás entidades a las que se les aplica el régimen de la contratación estatal, además determinan su propio manual de contratación permitiéndoseles la competencia con entidades de otros sectores dentro del ámbito comercial, técnico o financiero.

Es de aclararse que no está mal que estas entidades a las que se hace mención puedan disponer de su propio manual de contratación, pues esto les permite desde otro punto de vista tener autonomía propia, tomamos como ejemplo las sociedades de economía mixta las cuales como bien se sabe son entidades descentralizadas por servicios, es decir que realizan actividades especializadas, que de forma directa no le corresponden al Estado, pero si sirven como medio para cumplir los fines esenciales del mismo dispuestos constitucionalmente.

Ahora bien, en lo atinente al tema de investigación, las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad pueden disponer del mecanismo más idóneo para la mejor eficiencia de los dineros públicos, pues a simple vista resulta necesario determinar la importancia de la actuación jurídica, porque no se puede pensar en el hecho de que se dejó

caducar la acción o que de alguna manera las partes olvidaron interponer el medio de control o acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, y no hacer nada, lo que verdaderamente se debe cuestionar es ¿Cómo se podrían hacer más eficientes los recursos públicos sin generar pérdida por el temor de incurrir en un aparente detrimento patrimonial?

Evidentemente como se planteó en el desarrollo de este trabajo, quedan pocos mecanismos jurídicos para ejecutar las obligaciones en beneficio de las partes y que en principio fueron determinantes en el contrato origen, pues la mayoría no resultan procedentes por la existencia del fenómeno jurídico de la caducidad y la obligación natural resultado de esta.

Los términos que dieron lugar a la caducidad son de orden público, es decir, inmodificables e improrrogables, según lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado en recientes pronunciamientos, razón por la cual se descartó en primer momento la procedencia de la acción o medio de control verdaderamente idóneo, pero esto no es óbice para actuar frente a tal situación por el temor o la desidia de incurrir en un aparente detrimento patrimonial, pues en el derecho y desde el punto de vista jurídico no se puede negar u omitir el objetivo y deber primordial en el que se deben destacar los profesionales del derecho en su ejercicio profesional, esto es, responder a problemáticas jurídicas.

En torno al tema base del desarrollo conceptual del trabajo, se desatan ciertas controversias y opiniones contrarias entre los juristas, algunos consideran que las obligaciones derivadas del contrato ni si quiera existen, razón por la cual no se podrían catalogar como obligaciones naturales, civiles o de cualquiera otra índole, así mismo la doctrina concibe la eminente necesidad de que todos los procesos contractuales sean concluidos, por lo tanto podría pensarse que con algún informe, documento de conclusión o cualquiera sea su denominación permitiría que en teoría las partes estén a paz y salvo.

Con fundamento en lo anterior, el mecanismo legal o contractual idóneo para ejecutar obligaciones que son consideradas como obligaciones naturales es la realización de un contrato de novación; en principio puede considerarse que las obligaciones naturales tienen como consecuencia directa la imposibilidad de llevar a cabo la materialización de las mismas por parte de una entidad estatal perteneciente al régimen excepcional de la ley 80, limitando la posibilidad de que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad puedan hacer exigibles dichas obligaciones por intermedio de un contrato de novación, en el entendido de que se pretenda extinguir la obligación primigenia de carácter natural, para crear una obligación civil con circunstancias similares; para algunos resulta imposible exigir su cumplimiento por medio de la figura de la novación, por el mero hecho de que no existe desarrollo práctico en el sector público, específicamente en la contratación de las entidades pertenecientes al régimen excepcional, es decir dentro de las cuales el derecho privado es imperativo.

Se menciona que efectivamente es considerado imposible aplicar la figura de la novación, pero la terminología “imposible” no debería estar en el derecho, pues el ordenamiento jurídico permite que en la solución de los casos “difíciles” o de poca regulación, puedan ser de aplicación imperativa los principios, los cuales a la luz del orden constitucional colombiano son considerados de igual forma como normas jurídicas, que al ser vinculantes al caso concreto deben prevalecer frente a las reglas del derecho. Tal es el

caso del principio de eficacia desarrollado constitucionalmente (art. 209), igualmente la sujeción al principio de eficiencia de la gestión fiscal (ley 610 de 2000, art. 3), entre otros principios que permitirían su aplicación a efectos de no dejar inconclusas las obligaciones derivadas del contrato primigenio.

Ahora bien, como resultado de la aplicación del principio de eficiencia y eficacia de la gestión fiscal dentro del caso concreto, con la realización del contrato de novación, las partes por intermedio de su voluntad podrían transformar la obligación natural en una obligación exigible a la luz del ordenamiento jurídico, con el fin de que las obligaciones que en principio eran naturales se puedan ejecutar y pagar en beneficio tanto de la entidad estatal contratante y del contratista, pues de nada serviría simplemente resignarse a la idea de que no se pueden ejecutar tales obligaciones y permitir un desfase mayor en el patrimonio, en otras palabras se podría decir que se están ponderando situaciones, como ya se mencionó, la primera que es la más desacertada, la cual consiste en cerrar el caso con cualquier informe de conclusión del proceso contractual y la segunda, la realización del contrato de novación, en virtud del principio de eficiencia y eficacia que beneficiaría a las dos partes (entidad estatal y contratista).

Finalmente, otros consideran que el tema de la novación no debería ni entrar en el debate investigativo, pues es un concepto bastante arraigado al pasado y en la práctica no permitiría una aplicación experimentada con base en la normativa legal y jurisprudencia actual, los principios generales del derecho, ni las fuentes de las obligaciones, y por último en un reciente debate entre abogados se determinó que podría ser viable el proceso ejecutivo, tema que menciono para que sea desarrollado por quien considere que aún la obligación derivada del contrato original es una obligación clara, expresa y “actualmente exigible”.

### **Estado del arte**

De forma integral se plantearon diferentes puntos de vista y aparentes soluciones al problema jurídico descrito, los cuales se desarrollarán con posterioridad a puntualizar sobre los siguientes temas:

#### **1. Obligación natural:**

Se estableció por el código civil Colombiano en el artículo 1527 la existencia de las obligaciones naturales, en el entendido de que “no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas” (Colombia. Congreso de la República, 1873, pág. Art 1527), es decir, que el ordenamiento jurídico no prohíbe su pago, pues no resulta ilícito que las partes a su criterio y voluntad decidan pagar lo debido a pesar de la inexistencia de documento expreso que coaccione el deber de cumplimiento. Resulta necesario hacer alusión a la posición de Arturo Valencia Zea, frente a la posibilidad de convertir una obligación natural en una de carácter civil, en el entendido que “una obligación natural puede transformarse en obligación civil mediante la novación” (Valencia, 1982, pág. 47), sustituyendo la obligación primigenia y convirtiéndola en una obligación exigible a la luz del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los diferentes criterios expuestos en el desarrollo del presente trabajo.

## **2. Autonomía de la voluntad:**

Se entiende como la manifestación de la voluntad y el consentimiento de las partes contratantes para la realización y ejecución de un negocio jurídico. Adicionalmente, los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta mencionan específicamente que la autonomía de la voluntad privada “consiste precisamente en ese reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares.” (Ospina Fernández & Ospina Acosta , 2009, pág. 6), esto no quiere decir que la autonomía de la voluntad privada no tenga aplicación en el derecho público, porque esta afirmación resultaría contradictoria frente a la naturaleza de los contratos en general.

De igual forma, la autonomía de la voluntad es entendida como una facultad otorgada por el legislador para que las partes sujetas a un contrato puedan disponer y establecer las obligaciones y derechos durante la ejecución contractual, en otros términos, el contrato es una ley para las partes, razón por la cual en el mismo se pueden estipular sanciones que impidan que una de las partes pueda verse afectada por el actuar de la otra.

Por lo tanto, esta autonomía de la voluntad “consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos” (Ospina Fernández & Ospina Acosta , 2009, pág. 6)

## **3. Controversias contractuales:**

En reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha manifestado la naturaleza jurídica de la caducidad, entendiéndose esta como la imposibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para reclamar por situaciones acaecidas durante la ejecución de un contrato estatal. El término que posibilita a las partes para acudir al juez es de dos años, contados a partir de la liquidación del contrato, bien sea esta de mutuo acuerdo o en ejercicio de la facultad legal para liquidarlo unilateralmente, cuando haya resultado imposible para las partes liquidarlo bilateralmente. (Colombia. Congreso de la República , 2011, pág. Art 164)

Conforme a lo anteriormente mencionado, las partes contratantes pueden acudir ante la Jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de controversias contractuales, siempre y cuando no haya fenecido el término para demandar. Adicional, la respectiva ley 1437 del año 2011, contempla de manera rigurosa el término para demandar y el deber de agotar el requisito de procedibilidad previamente, es decir conciliación extrajudicial. (Colombia. Congreso de la República , 2011, pág. Art 161)

En cuanto al término de liquidación, la ley contempla un periodo establecido para liquidar el contrato bilateral, unilateral y judicialmente, en cuanto a la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo se contempla el término de 4 meses, en cuanto a la liquidación unilateral se contempla el término de 2 meses y la liquidación judicial el término de 2 años. Es de aclararse que el término de liquidación bilateral y unilateral puede ser inferior al establecido



en la ley, en virtud de la autonomía contractual. (Colombia. Congreso de la República , 2011, pág. Art 161)

"Siendo preciso indicar, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el hecho de existir un término de caducidad, no significa que se abandone el principio de legalidad, ni queda desprotegido el interés público, sino que debe haber celeridad en la defensa de la legalidad" (Güechá, 2015, pág. 499)

Las pretendidas soluciones al problema jurídico se discriminan de la siguiente manera:

### **1. Procedencia de la conciliación extrajudicial:**

No resulta coherente con el ordenamiento jurídico colombiano actual, concebir el nacimiento y la exigibilidad de obligaciones contractuales que en principio se podría decir que son inexistentes porque el plazo del contrato terminó y el medio de control para hacerlas exigibles ya no procede, aunque en términos prácticos, la entidad competente para recibir la solicitud de conciliación podría aceptarla y llevar a cabo la audiencia, permitiendo que los sujetos que intervienen en el proceso conciliatorio puedan resolver sus diferencias o se declare fallida la conciliación, empero con sujeción a la aprobación judicial del acta de conciliación. (Colombia. Congreso de la República, 2001, pág. Art 14), esto es, las obligaciones a las que se someten las partes en el acta de conciliación no se podrían hacer exigibles por control jurisdiccional, pues como ya se mencionó la acción está caduca y razonablemente el juzgador no aprobaría el acta conciliatoria.

### **2. Acción de enriquecimiento sin causa:**

La normativa de derecho público, ni en general el estatuto de la contratación pública determina expresamente la aplicabilidad de esta acción, pero la jurisprudencia si hace alusión a que en "todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción." (Colombia. Consejo de Estado, 2012), en razón a que el enriquecimiento no necesariamente se origina de la existencia de un contrato, sino que la procedencia deriva del hecho jurídico de que una de las partes se haya enriquecido a costa de otra, en este sentido, la ley 1437 de 2011 en el artículo 140, menciona que en la reparación directa el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho. No se profundizará sobre esta posible solución, porque si hablamos de que existe una obligación natural en razón a que el medio de control de controversias contractuales caducó, no podríamos hablar de utilizar esta acción, pues el término de caducidad del medio de control de reparación directa, según la misma ley es de 2 años, entonces esta vía también resultaría improcedente.

### **3. Proceso declarativo:**

En la contratación pública se entiende que todos los contratos deben realizarse con las formalidades y requisitos necesarios en pro del interés general y el patrimonio público, por esta razón, los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 se menciona que "los contratos que

celebren las entidades estatales constarán por escrito”, lo cual quiere decir que los formalismos en este sentido prevalecen, pues, en principio no se podría concebir un contrato con el Estado de forma verbal, aunque existe la excepción, en los casos en que la entidad contratante se encuentra en una situación de emergencia y requiere contratar inmediatamente, en este caso con el solo consentimiento de las partes el contrato existe y tiene plena validez jurídica (Colombia. Congreso de la República, 1993, pág. Art 42).

Pretender la utilización de los mecanismos judiciales para “declarar la existencia de un contrato” del cual su acción se encuentra caduca, darle vida jurídica y poder hacer exigible las obligaciones contenidas en este, resulta una idea un tanto absurda, pues este mecanismo es aplicable por regla general a los contratos en los que no existió formalidad alguna, en el caso hipotético el contrato si se realizó con la formalidad requerida, simplemente las obligaciones contenidas en este se han convertido en obligaciones naturales, desde otro punto de vista y mencionándolo de forma escueta, se pretende que por medio de declaración judicial, las obligaciones puedan ser exigibles; “adicionalmente, que para efectos de establecer si procede dicha acción (...), debe establecerse si las partes, en la práctica, han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar. Si la respuesta es afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, dicha acción no podrá prosperar.” (Colombia. Consejo de Estado, 2000).

En otros términos, esta acción tampoco sería procedente, porque si se está hablando de que acción contractual caducó y esta declaración se hace utilizando el medio de control de controversias contractuales, mecanismo que en principio no se tuvo en cuenta a pesar de ser el medio más idóneo en los casos en que la figura de la caducidad no se ha consolidado, tampoco es viable jurídicamente.

#### **4. Contrato de novación:**

Dentro de los diferentes paradigmas que se pudiesen encontrar en el desarrollo de la investigación, existe un criterio unificado respecto de los elementos que pueden constituir contrato de novación, en principio, el hecho de que las partes deben tener la voluntad de novar; que esta voluntad esté libre de vicios, es decir, los sujetos contratantes deben ser conscientes de que su actuar les acarrea derechos y obligaciones; la obligación primigenia debe ser modificada en todo o en parte, o por lo menos constituirse con un cambio esencial, y por último, la obligación primigenia y la posterior deben ser válidas, es decir, consentimiento libre de vicios, capacidad para contratar, objeto y causa lícitos (Valencia, 1982)

Muchos de los autores modernos coinciden en que en la actualidad la figura de la novación no tiene igual trascendencia que en la antigüedad, siendo esta remplazada por nuevas instituciones jurídicas. “En el derecho moderno el fenómeno de la novación, como instrumento para el nacimiento y la extinción de obligaciones, ha perdido gran parte de su antigua utilidad. Muy amplio era su radio de acción en el derecho romano, por cuanto en ese sistema no se conoció en un principio la cesión de créditos, y se hacía necesario, por lo tanto, cuando se requería en cambio de sujetos de la obligación, o el cambio de la obligación por

otra entre los mismos contratantes, extinguir primeramente la obligación originaria y dar nacimiento a una nueva" (Valencia Zea & Ortíz, 2015, pág. 532), en igual forma el tratadista Alberto Tamayo Lombana fundamenta el criterio descrito en este trabajo en el sentido de decir que "la novación, en sus varias formas, no tiene en la actualidad un interés similar al que tuvo en el derecho Romano" (Tamayo, 2011, pág. 207).

Entonces si en la práctica moderna no resulta en la mayoría de los casos viable la utilización de la figura de la novación, es claro que su desarrollo, jurisprudencial, doctrinal y legal no va a tener un criterio diferente del estructurado con anterioridad, pues su concepción, elementos y fundamento no ha tenido modificaciones relevantes que permitan tener un criterio de discusión muy amplio, aunque a pesar de ello, varios autores modernos la incluyen en sus textos jurídicos, redefiniendo y mencionándole al lector la poca influencia practica de esta institución.

Los doctrinantes que actualmente mencionan la figura de la novación, algunos mantienen el criterio respecto de que el código civil no define en concreto los elementos claros o de una manera exegética permite que el lector piense o interprete, en el sentido de que la novación al ser la sustitución de una obligación y la creación de una nueva, puede pensar, en primer lugar, que al dejar de existir la obligación primigenia, y se crea una obligación nueva, se puede entender que es una nueva obligación, porque la obligación primigenia ya no existe o dejó de existir sustituyéndose, en este aspecto su contenido puede ser similar, la diferenciación puede radicar porque simplemente la anterior dejó de existir, por lo tanto la obligación es totalmente nueva; desde otro punto de vista, que es el más apoyado, es que la obligación que desaparece como consecuencia de la creación de la nueva obligación, no debe parecerse en nada a la nueva, pues en todo caso no existiría novación, porque "no todo cambio o modificación que se produzca en una obligación engendra novación, pues se requiere que el cambio o modificación sea de tal naturaleza que dé nacimiento a una obligación nueva extinguiendo la antigua, ya que por definición la novación es, por una parte, un medio de extinción de las obligaciones, y por otra una fuente de derecho" (Valencia Zea & Ortíz, 2015, pág. 532 y 533)

Ahora se cuestiona que tan viable o qué tan contraproducente puede ser para las partes realizar un contrato de novación en este caso, ¿Puede considerarse daño patrimonial que una entidad del estado exceptuada de la ley 80 realice contrato de novación para convertir una obligación natural en civil?, Si la realización del contrato de novación beneficia a las partes contratantes, e incluso a la entidad estatal ¿Se podría considerar daño patrimonial?, ¿existe condición expresa que catalogue que determinados hechos sean daño patrimonial al Estado?

El ordenamiento jurídico colombiano consagra la existencia de la responsabilidad fiscal, cuando: "Existe una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores" (Colombia. Congreso de la República, 2000, pág. Art 5), en lo que concierne al daño patrimonial como el elemento más importante para determinar la responsabilidad del funcionario público o particular que administre dineros públicos, es necesario tener en cuenta que el funcionario o ente investigador se encargará de determinar hasta qué punto una actuación contractual puede considerarse daño patrimonial, teniendo en cuenta que "no existe una fórmula universal para determinar cuándo se incurre en detrimento patrimonial, será

necesario entonces analizar en cada caso concreto y a la luz de la ley 610 de 2000” (Colombia. Contraloría General de la República, 2017).

En este sentido se replantea la pregunta, así: ¿Se podría considerar daño patrimonial al Estado el hecho de que una entidad perteneciente al régimen excepcional de la ley 80, en beneficio de sus intereses, salvaguardando el erario público, pueda realizar un contrato de novación con el fin de convertir una obligación natural en una de carácter civil?, aparentemente utilizar la terminología “salvaguardar el erario público” puede parecer contradictorio, porque finalmente para la realización de este contrato se requiere que las partes del mismo estén de acuerdo, en ese sentido el sujeto pasivo, en este caso el contratista debe verse también beneficiado económicamente, pero este no es el punto al que se quiere llegar; lo importante aquí es que el Estado o el erario público se pueda beneficiar en mayor medida, contrario a la no utilización de ningún instrumento y simplemente cerrar el caso.

### **Marco Teórico**

La existencia de una normativa objetiva, referente a como determinar que ciertas actuaciones constituyen responsabilidad fiscal, es muy precaria, pues su desarrollo se concreta principalmente en la ley 610 del 2000, por medio de la cual se establece el proceso de responsabilidad fiscal, así mismo, en sentencia reciente de la Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2013), se destaca en el proceso de responsabilidad fiscal las siguientes características:

1. Es un proceso administrativo, cuyo objeto es establecer la responsabilidad patrimonial que corresponde a los servidores públicos o particulares por su conducta, que tramitan los órganos de control fiscal (Contraloría General y contralorías departamentales y municipales).
2. La responsabilidad que se declara es administrativa, porque se juzga la conducta de personas que manejan bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, y es patrimonial, pues se refiere a un daño y a su resarcimiento;
3. La declaración de responsabilidad fiscal no es una sanción y, en esta medida, no se enmarca dentro de los presupuestos propios del proceso penal o del proceso disciplinario, sino que es una responsabilidad autónoma, que apunta a resarcir un daño patrimonial;
4. En este proceso se debe observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal es aplicable a todas las entidades del Estado, sin importar el régimen jurídico aplicable o la naturaleza jurídica de la entidad, dentro del marco de los principios constitucionales y legales, como el debido proceso (artículo 29 Constitucional), igualdad, imparcialidad, economía, entre otros (artículo 209 constitucional), con base en los cuales el operador jurídico determina de acuerdo con las circunstancias

especiales de cada caso la carga de responsabilizar por una conducta dolosa o culposa, daño patrimonial al Estado y nexos causales como elementos de la responsabilidad fiscal.

### **1. Conducta dolosa o culposa:**

En el libro de Contratación Estatal se predica “que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo” (Sotomayor O. , 2013, pág. 17) y recae sobre una persona determinada que tuvo o debió tener a su cargo la gestión fiscal, es decir “el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración (...) de los bienes públicos, (...) con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales” (Colombia. Congreso de la República, 2000, pág. Art 3)

### **2. Daño patrimonial al Estado:**

“La lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.” (Colombia. Congreso de la República, 2000, pág. Artículo 6)

Acorde a la conceptualización legal anterior sobre daño patrimonial, en la práctica es frecuente la dificultad de delimitar en qué momentos jurídicos puede presentarse este elemento a la hora de ejecutar actividades dentro de los procesos contractuales, e incluso, en diferentes situaciones jurídicas que se tornan complejas, por el simple hecho de que la ley no determina con claridad en cuáles situaciones fáctico jurídicas se deja entrever este elemento dentro de la responsabilidad fiscal, permitiendo de manera indirecta, que el responsable de la gestión fiscal, servidor público o particular que gestiona patrimonio público se limite o extralimite en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido “el detrimento patrimonial del erario no puede entenderse únicamente como el hecho material de la reducción (por despilfarro, malversación, etc.) del mismo, esto es, como el gasto ilícito o anti-económico de los dineros públicos –como podría desprenderse de una lectura parcial del artículo 6º de la ley 610 de 2000- sino que, además, implica todas aquellas conductas que atentan contra el mantenimiento u optimización de los dineros públicos, ya en forma de gastos, inversiones o entradas.” (Corredor, 2009, pág. 118), ahora bien, acorde a lo dicho anteriormente, no debe entenderse necesariamente como malversación de los dineros públicos, sino permitir que la ejecución de estos, se torne eficiente en pro del “mantenimiento y optimización” de los mismos, mostrándose como un tipo de inversión que permitiría la recuperación de los dineros, los cuales en principio se previeron ver perdidos por el incumplimiento de las obligaciones mutuas en el respectivo contrato y la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

En este entendimiento, resulta claro que cualquier actuación no puede considerarse detrimento patrimonial, pues puede esta actuación desarrollarse en beneficio de la entidad contratante con el fin de optimizar sus recursos o evitar que se pierda gran parte de estos a razón de situaciones contractuales, que a la larga a cualquier entidad del sector público le puede ocurrir.

Adicionalmente, sin dejar a un lado que a pesar de que el ordenamiento jurídico discrimine respecto de cuáles son las actividades peligrosas, la actividad contractual para algunos juristas ha sido considerada como una actividad de este orden, pues cualquier actuación durante la ejecución de un contrato podría generar un verdadero detrimento patrimonial o calificarse subjetivamente como reprochable, a sabiendas de que el ordenamiento jurídico ni la jurisprudencia describen en qué circunstancias se configura el detrimento patrimonial, o como se mencionó en apartes anteriores de este trabajo, en un concepto de la Procuraduría General de la Nación, en donde manifiesta que “no existe una fórmula universal para determinar cuándo se incurre en detrimento patrimonial, será necesario entonces analizar en cada caso concreto y a la luz de la ley 610 de 2000” (Colombia. Contraloría General de la República, 2017); entonces, ”los distintos sistemas de control confluyen, al momento de establecer un detrimento patrimonial del fisco, en el análisis de gestión en términos de eficacia, eficiencia y equidad, haciendo eco de esta manera, a los principios consagrados a este” (Corredor, 2009, pág. 128 y129)

Dentro de los elementos que tiene el operador investigativo para determinar la existencia de detrimento patrimonial son los principios constitucionales y legales que rigen para todos los funcionarios y particulares que administran recursos públicos, estos son los mencionados, en principio por la constitución política de 1991, artículos 2, 29, 209, 267 y los discriminados en la ley 1437 de 2011, ley 1474 de 2011 y ley 610 del 2000, pues como bien se sabe, el ordenamiento jurídico colombiano le da la potestad a un funcionario para que determine, pondere y defina, de acuerdo a los diferentes elementos si existe responsabilidad fiscal y a pesar de todo “se han visto limitadas las opciones para tomar medidas correctivas, en lo contencioso administrativo en general, y resarcitorias, en el control fiscal en particular. Lo anterior, además, en el contexto particular del control fiscal, se agrava porque frente al desmedro no puede advertirse cuándo, al cobijo de la equivocidad conceptual del detrimento patrimonial, se le asocian, para bien o para mal, consecuencias no siempre con nexo causal evidente” (Corredor, 2009, pág. 122)

### **3. Nexo causal:**

Es uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, el cual resulta necesario para determinar si un sujeto u operador de la gestión fiscal omite o se extralimita en el ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, adicionalmente, la ley 610 del 2000 relaciona este concepto, con el elemento doloso o culposo de la conducta y el elemento del daño patrimonial, es decir en principio estos tres elementos son concomitantes para determinar la responsabilidad en mención.

En segundo lugar, desde el punto de vista doctrinario, “La relación de causalidad, o nexo causal, implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida, y el daño producido debe existir una relación determinante y condicionante de causa – efecto, nexo cuya ruptura se produce cuando opera la llamada causa extraña, que

IDONEIDAD DE MECANISMO LEGAL O CONTRACTUAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE  
OBLIGACIONES NATURALES– Gloria Fonseca

abarca la fuerza mayor y el caso fortuito, es decir, los imprevistos a que no es posible resistir” (Amaya, 2002, pág. 46)

“El tercer elemento de la responsabilidad fiscal, el cual implica que entre la conducta y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto, de manera que el daño sea el resultado necesario de la conducta activa u omisiva.” (Sotomayor, Gestión fiscal de los funcionarios públicos y particulares que participan en contratación estatal como elemento estructural de responsabilidad fiscal, 2011), es decir el resultado dañoso no puede ser atribuido por una conducta diferente a la alegada.

### Trabajos citados

Amaya, U. (2002). *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Colombia. Congreso de la República . (2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C.: Diario oficial 47.956 .

Colombia. Congreso de la República. (1873). Ley 84. *Por medio del cual se expide el Código Civil Colombiano*. Bogotá D.C.: Diario oficial 2.867 .

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, Art 39, art41. Bogotá D.C.: Diario oficial N° 41.094.

Colombia. Congreso de la República. (2000). Ley 610. *Por medio de la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. Bogotá D.C.: Diario oficial N° 44.133.

Colombia. Congreso de la República. (2001). Ley 640. *Por medio de la cual se modifican normas relativas a la conciliación*. Bogotá D.C.: Diario Oficial 44303.

Colombia. Congreso de la República. (2007). Ley 1150. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 46.691.

Colombia. Consejo de Estado. (2000). *Sentencia 11897*. Bogotá D.C.: M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



IDONEIDAD DE MECANISMO LEGAL O CONTRACTUAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NATURALES– Gloria Fonseca

- Colombia. Consejo de Estado. (2012). *Sentencia 24897*. Bogotá D.C.: M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado. (2017). *Sentencia 57142*. Bogotá D.C.: M.P. Hernán Andrade Rincón.
- Colombia. Contraloría General de la República. (26 de 4 de 2017). Concepto 090. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-512*. Bogotá D.C.: M.P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia. Ministerio del interior y de justicia. (2009). Decreto 1716. *Por medio del cual se reglamenta el Capítulo V de la Ley 640 de 2001 y otros*. Bogotá D.C.
- Corredor, A. (2009). *Control Fiscal en Colombia* (Primera edición, junio 2009 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Güechá, C. N. (2015). *Contratos administrativos* (Tercera edición ed.). Bogotá D.C.: Grupo editorial Ibañez.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Séptima ed.). Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Sotomayor, O. (2013). *Contratación estatal* (primera edición ed.). Bogotá D.C.: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Sotomayor, O. A. (2011). *Gestión fiscal de los funcionarios públicos y particulares que participan en contratación estatal como elemento estructural de responsabilidad fiscal*. Bogotá D.C..
- Tamayo, A. (2011). *Manual de obligaciones* (segunda ed., Vol. capítulo 6 ). Bogotá D.C.: Doctrina y ley.

IDONEIDAD DE MECANISMO LEGAL O CONTRACTUAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE  
OBLIGACIONES NATURALES– Gloria Fonseca

Valencia Zea, A., & Ortíz, Á. (2015). *Derecho civil de las obligaciones* (Décima ed., Vol. Tomo 3).

Bogotá D.C.: Temis.

Valencia, A. (1982). *Derecho Civil* (Sexta ed.). Bogotá D.C.: Temis.