

**EL PRINCIPIO DE BUENA FE OBJETIVA EN MATERIA DE ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA**



Presentado por:

VÍCTOR RAÚL CONTRERAS MORALES

JUAN DAVID GALVIS MÁRQUEZ

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
CÚCUTA, COLOMBIA

202~~3~~²

**EL PRINCIPIO DE BUENA FE OBJETIVA EN MATERIA DE ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA**

Presentado por:

VÍCTOR RAÚL CONTRERAS MORALES

JUAN DAVID GALVIS MÁRQUEZ

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Contratación Estatal.

Asesor disciplinar

Dr. DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

Asesor metodológico

Dr. DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
CÚCUTA, COLOMBIA**

2023

El Principio de Buena Fe Objetiva en Materia de Enriquecimiento sin Causa en la Contratación Estatal en Colombia

Víctor Raúl Contreras Morales¹

Juan David Galvis Márquez²

Resumen

El propósito del presente trabajo es analizar y estudiar de manera plena el principio de buena fe desde el ámbito de los hechos cumplidos en la contratación estatal. De esta forma, se pretende conocer la evolución jurisprudencial sobre este tema, determinando cómo la posición del Consejo de Estado se ha inclinado a favor de los intereses de las entidades del Estado mediante la imposición de subreglas jurídicas que limitan el reconocimiento jurídico y económico del particular en cuestión. Finalmente, la investigación concluye en cómo se ha reinterpretado el principio de buena fe objetiva desde los fallos judiciales del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en hechos cumplidos en la Contratación Estatal, afectando a los particulares que ejecutan actividades con el Estado [y justificando el enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad que recibió el servicio y/o bien en desmedro del ordenamiento jurídico colombiano.](#)

Palabras claves: Principialística, buena fe objetiva, buena fe subjetiva, enriquecimiento sin justa causa, hechos cumplidos, actio in rem verso.

¹ Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia, con más de cinco años de experiencia profesional en el sector público y privado. Actualmente candidato a especialista en Contratación Estatal. E-mail: Victor_morales628@hotmail.com

² Ingeniero Civil egresado de la Universidad Francisco de Paula Santander vinculado a la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil Regional Nororiente. Candidato a Especialista en Contratación Estatal. E-mail: Ing.juandavidgm@gmail.com

Abstract

The purpose of this document is to utterly analyze and study the principle of good faith from the scope of Fulfilled Facts/Deeds in the Statal Contracting Sector. From this perspective, it is intended to know the jurisprudential evolution about this matter, determining how the position of the Council of State has turned in favor of the interests of State Entities by and through the imposition of legal sub-rules that do indeed limit the legal and economic recognition of what's been particularly been affected and put into question. Thus, the investigation concludes about how the principle of objective good faith has been reinterpreted since the judicial rulings of the Highest Administrative Court in Fulfilled Facts/Deeds in the Statal Contracting Sector, impacting on the individuals who carry out activities with the State [and justifying the enrichment without just cause by the entity that received the service and/or to the detriment of the Colombian legal system.](#)

e.

Keywords: Principialistic, objective good faith, subjective good faith, enrichment without just cause, facts accomplished, actio in rem verso

Introducción

En su proceso de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado asumió determinadas subreglas jurídicas respecto a los hechos cumplidos en la Contratación Estatal en Colombia. El lineamiento jurisprudencial finalizó con las diversas posturas que de antaño resolvieron los conflictos surgidos entre el contratista y la entidad pública contratante, ante la inexistencia de contrato escrito. Más allá de lo anterior, la problemática alrededor de los hechos cumplidos en Colombia está lejos de finalizarse, principalmente, respecto al enriquecimiento injusto a favor del Estado.

Desde sus inicios la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a los hechos cumplidos presentó una serie de vicisitudes que provocaron un estado de inseguridad jurídica. En efecto, una línea del Consejo de Estado, garantista de los intereses del contratista, mantuvo por varias décadas que el Estado se enriquecía injustamente ante las obras, bienes o servicios realizados por el particular sin la presencia del contrato escrito. Por otra parte, un sector del Consejo de Estado consideró que el contratista que actuaba sin la presencia de un contrato escrito y conforme a las solemnidades estipuladas en el ordenamiento jurídico, inobservaba el principio de buena fe objetiva, transgrediendo así, el sistema principalístico construido por el Estatuto de Contratación.

Es precisamente este último enfoque jurisprudencial que adopta el Consejo de Estado en su función de unificación, la cual protege, a priori, los intereses de las entidades estatales, generando un empobrecimiento. La redefinición del principio de buena fe y el enriquecimiento sin justa causa desde la sentencia de unificación [24.897 del 19 de noviembre de 2012](#) merece un estudio desde el ámbito investigativo a fin de debatir y cuestionar la posición [de desventaja](#) en la cual se deja al contratista, [pues no se reconoce el pago del servicio prestado o bien entregado a la entidad estatal, la cual se enriquece sin justa causa](#). Así mismo, el deber conjunto de materializar el principio de buena fe objetiva, pues, se desprende un efecto adverso respecto al contratista pero no frente a la entidad estatal contratante.

Pregunta de investigación

¿De qué forma afecta al orden constitucional y legal la definición de las condiciones que establecen el principio de la buena fe objetiva por parte del Consejo de Estado en materia de enriquecimiento sin causa en la contratación estatal?

Plan de redacción

En primer lugar, el trabajo aborda la definición constitucional y legal del principio de buena fe, con el fin de construir un concepto sustentando desde la perspectiva formal del derecho, pero sin perjuicio de los aportes jurisprudenciales y doctrinales vertidos sobre el tema. La definición pretendida sobre uno de los principios centrales del Estado Social de Derecho estará enfocada en el área de la Contratación Estatal y en específico, en el enriquecimiento sin justa causa. Una vez acotada la acepción jurídica del principio de buena fe se analizará el desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, con el claro objetivo de identificar las posiciones encontradas durante diferentes periodos y la finalización de las vicisitudes jurisprudenciales en una sentencia de unificación. El último capítulo de esta investigación establece las consecuencias de las subreglas jurídicas dictadas por el Consejo de Estado en materia de enriquecimiento sin justa causa en los contratos estatales. Para finalizar, se presentan una serie de conclusiones.

El Principio de Buena Fe Objetiva en Materia de Enriquecimiento sin Causa en la Contratación Estatal en Colombia

La Contratación Estatal en Colombia fue estipulada por el legislador desde la base de un sistema articulado de principios que permiten ilustrar las diferentes actuaciones que adelanten las autoridades administrativas al momento de contratar; es por eso que la Ley 80 de 1993 contrae un

catálogo de principios que posibilitan cumplir en el marco de la Contratación Estatal con los fines señalados en el artículo 2º de la Constitución Política.

Uno de estos pilares de la Contratación Estatal es el principio de la buena fe, el cual, aunque carezca de estipulación directa en la ley mencionada, se encuentra de manera implícita. Ejemplo de ello, es el artículo 5º de la disposición normativa en mención, donde expone como deber del contratista obrar con lealtad o buena fe, o el artículo 28º que al respecto dice:

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos (Ley 80, 1993).

En todo caso, el principio de la buena fe goza de rango constitucional tal como lo dicta el artículo 83 de la Carta Magna e incluso irradia todas las actuaciones administrativas en razón al numeral 4 del artículo 3º de la Ley 1437 del 2011. Desde esa perspectiva, la buena fe debe estar presente en todas las etapas que involucra la contratación estatal de acuerdo al orden jurídico colombiano.

Ahora bien, uno de los principales problemas que contrae no solo el principio de buena fe sino también otros que contempla la Ley 80 de 1993 es su indefinición. Esto ha conllevado que su falta de precisión sea suplida a través de las subreglas jurídicas emanadas por las altas cortes, discriminando de esta manera la buena fe subjetiva de la objetiva. Al respecto, Soto Coaguila (2003) menciona:

En sentido subjetivo la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama buena fe - creencia. Y en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine buena fe – lealtad (p. 599).

Por consiguiente, la intervención del juez es fundamental para determinar qué es la buena fe desde el contexto jurídico. Es gracia a este principio donde la máxima general en los contratos, a saber, la "*pacta sunt servanda*" ceda ante la buena fe, la cual debe asegurarse dentro de los actos jurídicos creadores de obligaciones. Por eso, este principio termina convirtiéndose en el mecanismo para tutelar o proteger a la parte más débil dentro una relación contractual de los posibles abusos acaecidos en los negocios jurídicos.

Sobre este amplio margen de maniobra para determinar en casos concretos el principio de buena fe por parte del juez, Borda (2014) expresa lo siguiente:

La apertura de las normas sobre buena fe otorga una amplia libertad al juez y, si bien del tenor de las disposiciones comentadas podrían señalarse ciertos límites a su campo de aplicación, como que están llamadas a aplicarse sólo en materia contractual, o que sólo están llamadas a integrar el contenido del contrato, el desarrollo que la doctrina hace de estas normas prescinde a menudo de estas consideraciones (p. 144).

Es por esto, que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa en contratos estatales, basado desde el principio de la buena fe objetiva a la cual deben ceñirse los particulares en la contratación pública (Sentencia Acto in rem verso No 24.897, 2012). En ese sentido, señaló el máximo órgano judicial en materia contenciosa administrativa que la ejecución material de un trabajo o servicio sin contrato escrito por parte de entidades regidas por la Ley 80 de 1993 no justifica el pago de lo prestado o dado por el contratista. Lo anterior, fundamentado en la obligación de ceñir las partes su conducta a los postulados dictados por el orden jurídico, pues, desatender los mismos sería soslayar la buena fe objetiva.

Dicha posición jurisprudencial unificada permite a las entidades públicas enriquecerse sin justa causa ante un trabajo o servicio dado por el contratista en razón a un contrato verbal. Pero, quizás, lo más cuestionable sea que la definición concreta del principio de la buena fe objetiva no se utilizó para proteger a la parte más débil de la relación contractual como lo es el contratista; a pesar de que el principio de buena fe es recurrentemente utilizado para mitigar las situaciones de inequidad generadas en los contratos de índole pública.

Esta situación interpretativa del principio de buena fe objetiva por parte del Consejo de Estado en materia de enriquecimiento sin justa causa es cuestionada por su enfoque pro estatal; además, de contener una definición poco equitativa, desprotegiendo a la parte débil de la relación contractual. Por lo cual, eventualmente las subreglas jurídicas instituidas por el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo podrían no ajustarse a la concepción del principio de buena fe objetiva planteado por el constituyente y el legislador. Lo que constituiría una distorsión del núcleo real jurídico de este principio y a su vez una afectación a las expectativas económicas de los contratistas del Estado.

La definición constitucional y legal del principio de buena fe dentro del orden jurídico colombiano

El artículo 83^o de la Constitución Política de Colombia establece que las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas se realizarán conforme al principio de buena fe, presumiendo, por tanto, su presencia en todas las gestiones privadas o públicas. De la estipulación constitucional es posible concluir que el postulado de la buena fe es deber tanto del sector público como del privado. Por otra parte, que el constituyente no definió la buena fe, siendo un concepto definible desde la potestad regulatoria del Congreso de la República y las subreglas jurídicas dispuesta por las altas cortes del país.

Bien importante es distinguir, en razón al artículo 83^o de la Norma Superior, que la buena fe tiene una doble distinción en el sistema jurídico colombiano, a saber, como principio de derecho y como principio constitucional. Para comprender a fondo esto, es menester precisar el término “principio” desde la óptica de lo jurídico, sin elucubrar demasiado este asunto. Por aquello, la definición de “principio” que asumirá esta investigación es la propuesta por Bobbio (2005) que al respecto dijo:

El primero, afirma que si los principios de derechos son generadores de norma mediante un procedimiento de generalización sucesiva, no se entiende por qué no pueden ser ellos mismos una norma (ya que sólo se obtiene algo de la misma especie de aquella que lo generó, “de las especies animales obtengo siempre animales y no flores y estrellas”). Y en segundo, la función para la cual se

adoptan los principios de derechos es la misma que explica la creación de todas las normas, es decir, la función de regular un caso (p. 56).

En concordancia con lo citado, el principio de buena fe es una norma jurídica en el sistema colombiano que regula y crea situaciones particulares, dando plenitud al derecho. En efecto, este principio, como norma jurídica, es de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos, como bien lo dispone el artículo constitucional. Y al ser una norma de carácter constitucional irradia por su jerarquía toda la legislación y reglamentación colombiana.

En el plano legal, la buena fe presenta una serie de definiciones, como lo establece el artículo 768 del Código Civil en tema de dominio y posesión; en ese sentido, la buena fe es la conciencia de la persona de haber conseguido el dominio de una cosa por los medios legítimos, despojado de cualquier conocimiento interno de que el enajenante obtuvo el bien a través de fraude u otro vicio del negocio jurídico. Igual a lo dictado por el artículo 83 de la Constitución Política, el Código Civil presume la buena fe.

La definición contenida en los artículos 83^o de la Constitución Política y 768^o del Código Civil permite afirmar que en el ámbito positivista la buena fe tiene dos manifestaciones, la primera, considera como activa, y alineada al proceder con lealtad en nuestras actuaciones jurídicas, sea ante otros sujetos privados o públicos. El otro modo de expresión es el pasivo, referido a que esperamos de los demás su actuación de la misma forma.

En materia contractual, el Código Civil en su artículo 1603^o indica que la buena fe debe materializarse en todos los negocios jurídicos y de esta se dependen obligaciones naturales a pesar de no estar contenidas en el contrato. Disposición que refuerza la proyección de norma jurídica del principio de buena en el sistema jurídico colombiano, especialmente, frente a las actuaciones contractuales, tal como lo señala Neme Villareal, M (2006):

...resalta el carácter normativo de la buena fe, esto es, su capacidad para crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir durante el Iter Contractual y su efecto integrador del contrato, en virtud del cual no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma

operen sobre todo contrato, sea mediante la imposición de reglas no previstas por las partes o mediante la restricción o modificación de las estipulaciones contractuales o del ejercicio abusivo de los derechos (p. 88).

El Código Comercio, al igual que el Código Civil y la Constitución Política ha desarrollado elementos importantes sobre la definición del principio de buena fe en Colombia. Más allá de las presunciones estipuladas en materia comercial, expone que la buena fe deberá materializarse en las etapas precontractuales, so pena, de reconocer los perjuicios causados ante la inobservancia del precepto (art. 863, Código de Comercio).

De la misma forma, al artículo 1603 del Código Civil, el artículo 871^o del Código de Comercio resalta que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse conforme al principio de buena fe, la cual se entenderá desde las prescripciones de la ley, la costumbre o la equidad natural. Aporta el Código de Comercio en la definición de dicho principio que su proyección no solo se agota en la manifestación dentro del contrato, sino también en su etapa de ejecución, aspecto insoslayable en materia de Contratación Estatal, aludiendo también el deber de cumplimiento en la etapa precontractual.

En materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993 hizo alusión al principio de buena fe, sin entrar a profundizar sobre su definición. En efecto, el artículo 5^o de la Ley en mención señala que los contratistas actuarán con lealtad y buena fe en las distintas fases del contrato, no haciendo referencia alguna sobre el deber de acatar este mandato por parte de las entidades públicas. Sin embargo, el artículo 28^o del Estatuto Contractual dispone en materia de interpretación de los Contratos Estatales los mandatos de la buena fe, retomando la doble condición que comporta este.

Ruíz Sandoval, G (2018) precisa el principio de la buena fe en el ámbito de la contratación estatal:

Bajo la contextualización de este principio en la Contratación Estatal, se tiene que no solamente funge como orientador de todo el proceso contractual estatal, sino que además, propende por suavizar la posición privilegiada del Estado frente al particular, en tanto le establece límites en el ejercicio del poder (p. 70).

En consecuencia, el principio de la buena fe en el ámbito de la Contratación Estatal erige unos límites claros para las entidades contratantes, principalmente, porque está desde el inicio de la concepción del contrato asume una posición privilegiada frente al contratista, quien es la parte más débil del negocio jurídico. En efecto, son las entidades del Estado quienes asumen poderes excepcionales que las colocan en una situación ventajosa sobre el contratista, y por ello, el principio de buena fe se proyecta como un elemento restricto de la acción u omisión de la persona pública.

Acotado estos aspectos legales y constitucionales, es posible concluir que la buena fe estipulada por el sistema jurídico colombiano desde el ámbito formal es la buena fe simple, aquella que describe el actuar de la persona en bases sólidas y legítimas de estar obrando correctamente. Interpretación de la cual no se aparta en Contratación Estatal, pues, las intervenciones de las partes en el negocio jurídico se fundamentan en la exención del fraude y el vicio. Es por esto que, el trasfondo del principio de buena fe en materia de Contratación Estatal, es la convicción interna de que el contrato celebrado con el Estado se realizó conforme a las leyes y reglamentos.

La materialización de este grado genera efectos ineludibles, como es cierta protección legal de quien obró bien. En ese sentido, la buena fe simple estipulada en la Constitución y la Ley involucra para la persona que cumple con el deber la generación de derechos a su favor, estableciendo ciertas garantías y beneficios. Esta concepción de la buena fe simple, se relaciona directamente con la categorización de la buena fe subjetiva:

En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundando bien en la ignorancia o en un error. De ahí que “el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta (...) o en la legitimidad de la conducta de la contraparte (García Pino, D, 2010, p. 50).

En conclusión, el principio de buena fe posee naturaleza y jerarquía constitucional, conforme al artículo 83^o de la Norma Superior. Algunas normas de índole legal definen de manera escueta

el principio de buena fe como la convicción íntima de obrar con lealtad y sin fraude alguno. Esta definición desde la perspectiva formal adopta el criterio de la buena fe simple, que como se verá más adelante tiende a ser dominada por la definición de la buena fe objetiva, el cual ha sido construida mediante las subreglas jurídicas de las altas cortes, como es el caso de los hechos cumplidos en materia de Contratación Estatal. De esta manera, se reconfigura la posición legislativa del principio de buena fe por una visión jurisprudencial que instruye cuándo la persona obra realmente con lealtad y verdad.

La evolución del principio de buena fe objetiva en la Contratación Estatal en la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de enriquecimiento sin causa

El principal desarrollo del principio de buena fe objetiva dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado ha girado en torno a la ejecución de actividades por parte del contratista sin la existencia de un contrato escrito, tal cual lo estipula la ley. La posición del Máximo Tribunal Constitucional sobre este tema se caracterizó por los extremos, pues, en ocasiones protegía la buena fe del contratista que fue inducido al error por la entidad contratante y en otras situaciones salvaguardo los intereses del Estado ante la inobservancia de los deberes del contratista de suscribir un contrato escrito. También es importante reconocer una posición intermedia que en escasos eventos se proyectó por parte de los consejeros.

Inicialmente, el Consejo de Estado determinó que las entidades estatales actuaban de mala fe cuando celebraban contratos verbales con los contratistas, ya que, inducían al error generando un enriquecimiento a su favor sin justa causa:

(...) La situación de hecho, como se explicó, la creó la demandada, la que en todo momento fue consciente de que sólo así podía sortear la falta de vigilancia. Y la creó porque no tenía otra alternativa de servicio que evitara los daños irreparables que su conducta pasiva de seguro hubiera producido en los bienes sometidos a su custodia. (...) Debe entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; hecho perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio (Sentencia Controversias contractuales No 1234, 1990) (Subrayado no original).

Es preciso advertir como el juicio en esta clase de asuntos se centraban en la actuación de la entidad estatal, destacando su posición ventajosa respecto al contratista, quien se veía influenciado en la realización de una actuación irregular. El deber de lealtad demandado por la normativa nacional era eludido por la entidad estatal contratante y no por el contratista, pues, era esta la que se beneficiaba del servicio brindado, generando un empobrecimiento sin razón. Se exalta la premisa dada por el Consejo de Estado, y es, la inducción al error por parte del Estado al particular, tal como se reitera en la siguiente sentencia:

(...) Lo precedente pone en evidencia que los funcionarios aludidos comprometieron la responsabilidad directa del ente demandado. No sería justo que con el argumento de la Fiscalía (la incompetencia de los funcionarios que ordenaron la adecuación del terreno para celebrar contratos) nada pudiera reclamar la contratista, la que no actuó motu proprio o por su propia iniciativa, sino por orden del ente demandado, a instancias de los funcionarios competentes para manejar la ejecución del contrato a nombre del municipio; (...) (Sentencia Controversias Contractuales 5579, 1990).
(Subrayado no original)

Misma sintonía acoge la sentencia No 6306 del 6 de septiembre de 1991 del Consejo de Estado, donde se expresó que la entidad estatal contratante se aprovechó del mantenimiento de unas máquinas de escribir realizados por el contratista, ante la inexistencia del contrato escrito, generando a su favor un enriquecimiento sin justa causa, denotado por la vulneración del principio de buena fe que le correspondía guardar.

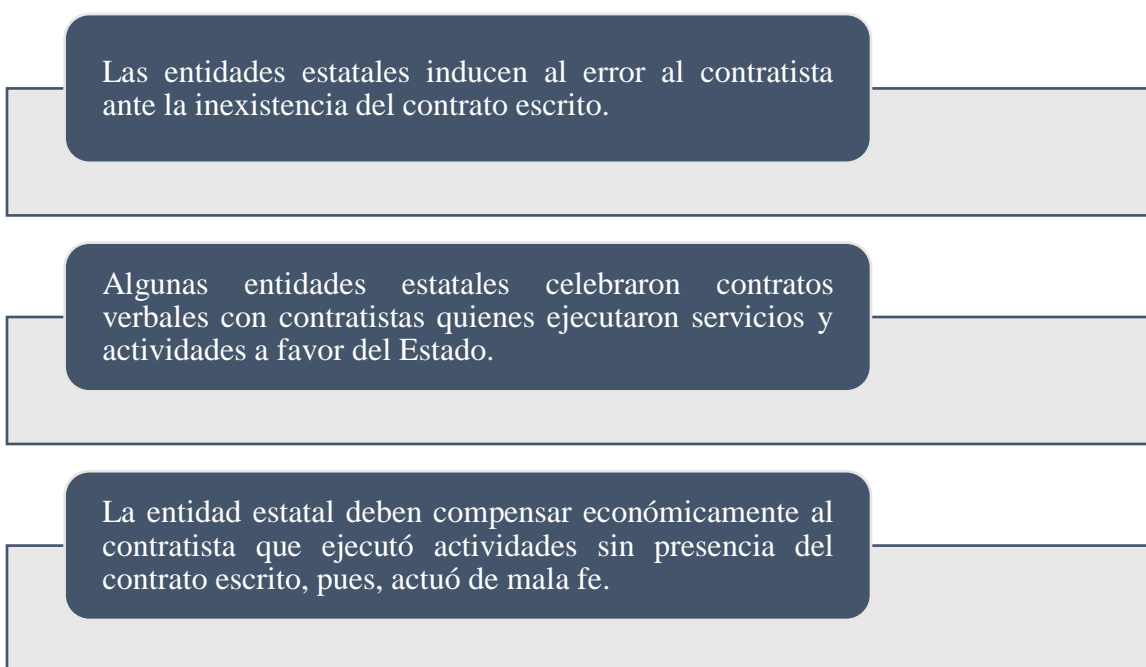
La primera etapa jurisprudencial sobre el principio de buena fe objetiva en la Contratación Estatal se proyectó en imputar a la entidad estatal la inobservancia de obrar con lealtad, ya que, inducía al error al contratista, beneficiándose de las actividades prestadas por este sin la existencia del contrato escrito. Para fundamentar dicha tesis utilizó la confianza legítima, como un aspecto axial en la relación contractual:

Solo si se le rinde homenaje a la ley y al derecho, pues como ya se expuso, no tiene sentido patrocinar la conducta de la administración que niega el pago sin entrar a examinar su actitud permisiva, inspiradora de CONFIANZA, y señal inequívoca de asentimiento.

El sentenciador se encuentra, pues, frente a un caso más en que se pone en marcha la HIPÓTESIS DEL NO DERECHO, que es la ausencia de ésta en cierto número de relaciones humanas en que él tenía vocación técnica suficiente para estar presente. Saben las personas cómo deben ajustar la conducta a la normatividad vigente o convencional, pero proceden de manera diferente y contraria a lo ordenado. Suelen vivir como si el derecho no existiera. El no - derecho, está de un lado, y el derecho en el otro. Hay muchos largos días de no - derecho, por sólo algunos instantes de derecho. El no - derecho lo convierten en la esencia, y el derecho en el accidente. Transitando por esa vía se busca la eliminación del juez al mismo tiempo que de la ley. Esta es la realidad táctica que se vivencia en el caso en comento (Sentencia Controversias Contractuales 6822, 1992). (SIC)

En ese orden de ideas, la buena fe objetiva en materia de Contratación Estatal estaba construida en su primera etapa jurisprudencial desde la premisa que la inexistencia del contrato era un obrar desleal de la entidad estatal en provecho del contratista que supeditó su actuación a la confianza basada en el Estado. Esta situación ventajosa a la parte más fuerte de la relación contractual conllevaba a un enriquecimiento sin justa causa para la entidad contratante, quien involucró en un contexto de error y no derecho al contratista.

Figura No 1. Silogismo buena fe objetiva (primera etapa jurisprudencial)



Fuente: Elaboración Propia.

A partir del año 2006, el Consejo de Estado gira su jurisprudencia, señalando que las normas contractuales contenidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes son de estricto cumplimiento para todas las partes de la relación contractual, incluyendo los contratistas. Para sustentar dicha posición exaltó la presunción general de que todos conocen la ley.

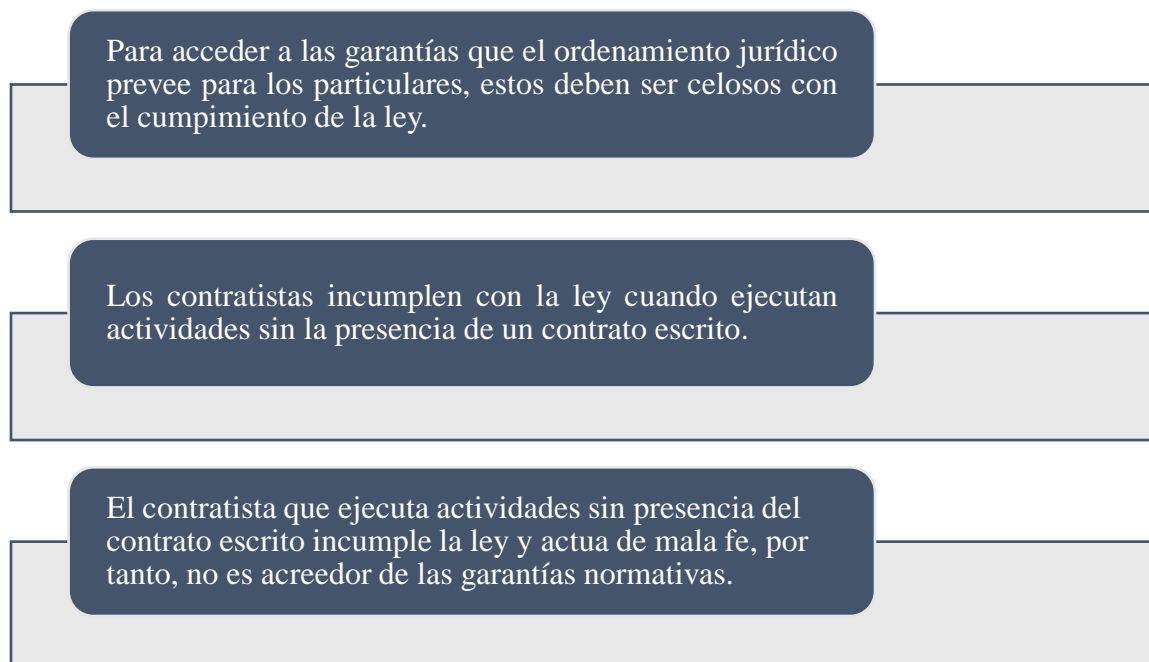
En este orden de ideas se observa que la causa del empobrecimiento de la demandante si existió, y fue la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 80 de 1993 para contratar con la administración pública, ya que con esta omisión, el prestador del servicio no accedió a las garantías con que el ordenamiento jurídico protege la contraprestación económica que aspiraba recibir por su labor. En este punto se recuerda que la ley no solo esta instituida para ser cumplida, sino que también, para que en caso de su desconocimiento, se apliquen y asuman las consecuencias de dicho comportamiento antijurídico (Sentencia Controversias Contractuales No 25662, 2006).

En ese sentido, la buena fe objetiva en materia contractual se modifica, pues, los contratistas son responsables por el desconocimiento de la ley y realizar actividades sin la presencia de un contrato escrito implica la elusión al deber de obrar con lealtad, es decir, conforme al sistema normativo colombiano. En la Sentencia 15469 del 2007, el Consejo de Estado mantuvo su posición jurisprudencial sobre el tema, sin embargo, ante obras adicionales solicitadas por la misma entidad contratante, se protegía al contratista.

Siguiendo con la línea jurisprudencial sobre la buena fe objetiva respecto al contratista que ejecutó actividades sin la existencia de contrato escrito, dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas de que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los Contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación (Sentencia Controversias Contractuales 14669, 2007).

Figura No 2. Principio de buena fe objetiva (Segunda etapa jurisprudencial)



Fuente: Elaboración propia.

En conclusión, antes de la sentencia de unificación respecto a los hechos cumplidos en materia de Contratación Estatal, la visión jurisprudencial sobre el principio de buena fe objetivo era dicotómica, con cierta inclinación a la protección del contratista en razón al enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado. La conceptualización de este principio surge desde el fundamento de la confianza legítima que se desprende de la función pública en potestad de las entidades estatales contratantes. No obstante, con el transcurrir del tiempo, la confianza legítima cede con base en la presunción genérica del conocimiento de la ley, lo que impone para el particular cargas irrestrictas al momento de suscribir el contrato.

La jurisprudencia del Consejo de Estado empezó a girar paulatinamente respecto a los intereses del Estado Social de Derecho, reconfigurando la definición del principio de buena fe objetiva desde un enfoque más desfavorable para el contratista, que a expensas del Máximo Tribunal Administrativo vio ceder su empobrecimiento sin justa causa a la exaltación del cumplimiento formal estipulado por la Ley 80 de 1993.

La afectación al orden jurídico que comporta las subreglas jurídicas emitidas por el Consejo de Estado en la definición del principio de buena fe objetiva en su sentencia de unificación en materia de enriquecimiento sin causa

En la sentencia No 24897 del 19 de noviembre del 2012, el Consejo de Estado, a través de su Sección Tercera, unifica jurisprudencia sobre los hechos cumplidos en materia contractual, y estipula como subreglas jurídicas para la procedencia del reconocimiento judicial del enriquecimiento sin justa causa las siguientes:

1. Constricción por parte de la autoridad pública frente al particular para la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, sin presencia de un contrato estatal escrito.
2. En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud.
3. Ante situaciones de emergencia, donde no se haya declarado la urgencia manifiesta y se procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno (Sentencia de controversias contractuales No 24897, 2012).

Dichas subreglas jurídicas señaladas por la Sección Tercera del Consejo de Estado serán aplicadas de manera excepcional y siempre que medie razones de interés público. En ese sentido, se reinterpreta el principio de buena fe objetiva en materia de Contratación Estatal, pues, aquel contratista que ejecutó obras o servicios sin contrato escrito y sin la presencia real de las causales connotadas por el Tribunal Contencioso Administrativo obró de mala fe o bajo el principio de buena fe subjetiva, el cual no es acreedor de las garantías estatutarias de la norma contractual.

Pues bien, se considera que la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado desprotege el empobrecimiento sin justa causa del particular y salvaguarda desproporcionadamente los intereses de las entidades estatales beneficiadas de la obra o servicio ofrecido. Las subreglas jurídicas implantadas por este organismo judicial no solo deja a la deriva la inequidad de la situación sino que modifica el entendimiento del artículo 83^o de la Constitución Política, ya que,

en materia de Contratación Estatal la buena fe subjetiva no es procedente y la objetiva no podrá ser presumida en estos caso ante la interpretación restrictiva señalada por el Consejo de Estado.

Desde antaño, el principio de buena fe ha tenido un rango constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano, primero, a través del Código Civil y posterior, mediante la construcción de la Carta Magna de 1991. Desde esta estipulación positiva, se puede advertir dos componentes inescindible de este principio; 1) La obligación de la administración de obrar en todas sus actuaciones conforme a la buena fe; 2) Que el Estado y los particulares deberán "...de obrar con lealtad, sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en las actuaciones que se originan en la celebración de contratos, basados en la colaboración y confianza" (Bernal Fandiño, M, 2011, p.51).

De los preceptos constitucionales y legales no se desprende una distinción entre la buena fe subjetiva y objetiva, mucho menos, esta debe aducirse en materia de contratación estatal y máxime ante situaciones de inequidad como son los enriquecimientos sin justa causa. Ignoró el Consejo de Estado, el aforismo latino y guía del derecho general "*in claris non fit interpretatio*", pues, si la norma no distinguió entre buena fe objetiva y subjetiva, no le era lícito realizar distinciones, especialmente, cuando a través de dicha interpretación restringió la proyección de una norma de índole constitucional.

Desde el estudio del artículo 83^o de la Constitución Política no se puede llegar a la conclusión tajante, ya sea desde un enfoque literal o sistemático de interpretación, de que la presunción dictaminada por el constituyente solo irradia a la buena fe subjetiva, mientras que la objetiva carece de tal prerrogativa. Sin embargo, para el Consejo de Estado, esta última no se presume y quien actúe en desconocimiento de las leyes imperativas en materia de Contratación Estatal lo hace de mala fe, lo que sí resulta una presunción sin soporte legal o constitucional. Además, las consecuencias de estas sub reglas jurídicas es que el principio contenido en el artículo 83^o de la Norma Superior sea inoperante dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en vista a que siempre habrá un resquicio de subjetividad en el comportamiento humano, porque, quien celebra un contrato con el Estado lo hace con el convencimiento pleno de que está actuando bajo la legalidad.

Ya hace más de una década la Corte Constitucional advirtió, con base en la potestad regulatoria del legislativo, que el establecimiento de presunciones puede afectar el orden constitucional, situación que no es ajena a las sub reglas jurídicas establecidas por los máximos tribunales constitucionales:

Es preciso, además, no perder de vista lo siguiente: el legislador en desarrollo de su facultad de realizar de la manera más amplia los preceptos constitucionales puede establecer presunciones - sea con una base valorativa o con una base fáctica o con fundamento en una combinación de estos dos aspectos; sea presunciones *iuris tantum*, o presunciones *iuris et de iure*. La libertad de configuración del legislador, sin embargo, no es ilimitada; debe ajustarse a lo dispuesto en los preceptos constitucionales y ha de acomodarse sobre todo a aquellos preceptos constitucionales que contienen las fronteras dentro de las cuales se hace factible la efectiva garantía de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales pueden verse vulnerados con el diseño legislativo de presunciones. Por ello no es solo recomendable sino que significa una exigencia ineludible realizar un juicio de proporcionalidad para verificar hasta qué punto elevar una valoración o un hecho o una síntesis de ambos a la categoría de presunción - sea *iuris tantum* o *iuris et de iure* -, restringe o puede llegar a restringir de manera desproporcionada un derecho fundamental. No basta con que el legislador ordene establecer una presunción. Deben existir elementos lógicos, fácticos y valorativos suficientes que permitan hacer compatible la configuración de presunciones con la justicia, con el debido proceso y con la eficacia (Sentencia C-731, 2005).

En ese sentido, y bajo el sistema de presunciones construido por la Constitución Política de 1991, está vedado para el legislador y a su vez para los altos organismos judiciales, modificar las presunciones establecidas, como es el caso de la buena fe. Se equivoca el Consejo de Estado en no presumir en contratación estatal la buena fe subjetiva, pues, esta, al igual que el resto de presunciones, admite prueba en contrario. Al fin y al cabo, lo único que provoca el establecimiento de la presunción de la buena fe subjetiva es que se invierta la carga de la prueba en la parte que objete su concreción en cualquier negocio jurídico.

Neme Villareal, M. (2009) hace referencia:

El examen del problema desde la perspectiva del derecho procesal nos brinda argumentos en pro de la tesis que se ha venido exponiendo, en el sentido de que la presunción de buena fe opera en el ámbito subjetivo y no objetivo. En efecto, este principio no exonera de la obligación de probar los comportamientos que se erigen en fundamento del obrar conforme a la buena fe objetiva, a título de ejemplo: corrección, lealtad, diligencia, consideración de los intereses ajenos, etc., sino que, por el contrario, conmina a quien sostiene estar obrando conforme a buena fe, a probar, también objetivamente, que su comportamiento se ajusta a los postulados del principio, sacando así el debate del mero ámbito subjetivo (creencia, convicción, estado psicológico), en el que difícilmente podría desarrollarse el proceso probatorio, al campo de los hechos, de las conductas concretas, estos sí susceptibles de comprobación, de prueba y constatación en el mundo real: el de los comportamientos objetivos (p. 86).

La sentencia de unificación del Consejo de Estado no resuelve la inequidad surgida ante el enriquecimiento sin justa causa de la entidad estatal, desatendiendo los principios de equidad, confianza legítima y buena fe que debe imperar. Por otra parte, instituye una nueva presunción dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a saber, la del principio de buena fe objetiva, figura que en ningún momento ha erigido el Constituyente. Además, resta trascendencia jurídica y procesal al principio de buena fe subjetiva, pues, la desvalida de la prerrogativa de presunción denotada por el artículo 83^o.

Aunado a lo anterior, la definición adoptada por el Consejo de Estado respecto al principio de buena fe objetiva protege los intereses de las entidades estatales en perjuicio de las expectativas de los particulares, pues, de estos se presume la mala fe ante el desconocimiento de una ley imperativa, supuesto que no sucede del lado de la entidad contratante. Bajo todos estos argumentos, pero, en especial, bajo la prohibición expresa de hacer distinciones donde no es dable al intérprete, se considera que la presunción de la buena fe en materia contractual no debe clasificarse y esta aplica de todos modos, en los casos de buena fe subjetiva.

Conclusiones

Desde antaño, el ordenamiento jurídico colombiano prevé el principio de buena fe como orientador de las situaciones jurídicas en materia de contratación, prueba de ello, son el Código Civil y el

Código de Comercio. A la par con lo anterior, el principio de buena fe tiene jerarquía constitucional dentro del sistema normativo, por tanto, su interpretación y materialización debe realizarse conforme a lo estipulado por el Constituyente. A pesar de lo anterior, la normativa ha sido ambigua frente a una definición del principio de buena fe, lo que ha permitido que las altas cortes tengan un alto margen de maniobra en su acepción.

En efecto, la Constitución y el ordenamiento legal han carecido de una definición precisa sobre el principio de buena fe, y solo se ha limitado su enunciación en el plano. Esta situación ha implicado que las altas cortes, como lo es el Consejo de Estado, construyan una acepción de dicho principio, la cual, en materia de enriquecimiento sin justa causa no ha sido pacífica y controvertida. Se considera oportuno y pertinentes que desde el ámbito legislativo se construya un concepto sobre el principio de buena fe, conforme al deseo del constituyente.

En un inicio, el Consejo de Estado, en relación al principio de buena fe, asumió una posición favorable a los intereses del contratista, garantizando y protegiendo el obrar de manera legítima por parte del particular en los contratos estatales. Sin embargo, con el transcurrir de los años, esta posición se fue modificando a favor de las entidades estatales, con fundamento en el interés general. Todas estas situaciones jurisprudenciales, desde el ámbito de la conceptualización, implicó una redefinición del principio de buena fe objetiva.

En ese sentido, es posible identificar dos etapas en la evolución del principio de buena fe objetiva dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado. La primera fase, entendía las actividades y servicios prestados por el contratista a una entidad pública sin la existencia de un contrato como un acto provisto de confianza frente a las acciones de la administración, principalmente, porque esta es la responsable de guardar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, con el transcurrir de los años se determinó que el contratista que ejecutara actividades a favor del Estado sin la presencia del convenio obligaciones actuaba de mala fe.

En el año 2012, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en materia de hechos cumplidos, asumiendo que el contratista actuaba de mala fe cuando ejecutaba servicios u obras sin

la existencia de un contrato escrito. Dicha interpretación jurídica conllevó una modificación del sistema de presunciones en Colombia y dejó a la deriva una situación de inequidad.

El Consejo de Estado realizó distinciones donde el ordenamiento jurídico colombiano no se lo permitía, pues, el constituyente nunca diferenció entre la buena fe objetiva y la subjetiva, por tanto, su presunción debe irradiarse al convencimiento interno de que se obra con cumplimiento de la ley. Aunado, la posición del máximo tribunal desatiende principios básicos como lo son la equidad y la confianza legítima, situación que coloca en desventaja al contrista. Por tanto, se considera pertinente modificar o ajustar la posición del Consejo de Estado, a fin de que se alinee a la proyección constitucional. Finalmente, la presunción de la buena fe subjetiva admite prueba en contrario, solo que invierte la carga de demostración en materia procesal. [En todo caso, la principal afectación que se aprecia en la jurisprudencia del Consejo de Estado es que se derrumba la base teleológica del principio de buena fe conforme al deseo del constituyente, aunado con la confianza legítima que debe irradiar las actuaciones de las entidades del Estado.](#)

Referencias Bibliográficas

Bernal Fandiño, M. (2011). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Revista Espacio Jurídico Joacaba*, 12 (2) p.p 51-66.

Bobbio, N. (2005). Teoría General del Derecho. Segunda Edición, Ed. Temis, Bogotá.

Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. *Revista Vniversitas*, 129, 39-79. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe> doi:10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe

Constitución Política. (4 de julio de 1991). Asamblea Constituyente. *Constitución Política*. Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Galeas Salazar, M. (2018). El principio de buena fe en la etapa precontractual de la contratación pública ecuatoriana. *Revista. (Tesis de Maestría)*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

García Pino, D. (2010). Principio de la buena fe en materia de derecho civil. Fundamento Constitucional y aplicación jurisprudencial en el distrito judicial de Bucaramanga. (*Tesis de grado*). Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga. Obtenido de: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2010/138102.pdf

Eyzaguirre Baeza, C & Rodríguez Díez, J. (2013). Expansión Y Límites De La Buena Fe Objetiva – A Propósito Del “Proyecto De Principios Latinoamericanos De Derecho De Los Contratos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21, 137-216.

Laborde Goñi, M. (2016). El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública. *Revista de Derecho Público*, 25, (50) 35-71.

Ley 80. (28 de octubre de 1992). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Maza Gazmuri, I. (2008). Buena fe, el reverso de la moneda. A Propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 11, 43-72.

Maza Gazmuri, I. (2011). La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37, 115-135.

- Mesa Valencia, A. (2013). El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia (1. Ed). Medellín., Colombia.
- Monsalve Caballero, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina Europea en Construcción. *Revista de Derecho*, 30, 30-74.
- Neme Villareal, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 11, pp. 79-135.
- Ramírez Arraya, J. (2003). Interpretación constitucional y principio de la buena fe. *Estudios constitucionales*, 1 (1), 739-756.
- Ruíz Sandoval, G. (2018). La buena fe contractual y la vigencia de la jurisprudencia como regla contractual. (*tesis de posgrado maestría*). Universidad del Rosario, Bogotá, D.C. pp. 1-179. Obtenido de: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/19045/LA%20BUENA%20FE%20CONTRACTUAL%20Y%20LA%20VIGENCIA%20DE%20LA%20JURISPRUDENCIA%20COMO%20REGLA%20CONTRACTUAL.pdf?sequence=1>
- Sarlo, O. (2003). Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional. *Revista Isonomía*, 19, 184-196. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n19/n19a7.pdf>
- Sentencia C-731. (12 de julio de 2005). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá, D.C., Colombia. Referencia: expediente D-5570
- Sentencia Controversias Contractuales No 5579. (03 de julio de 1990). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Carlos Betancur Jaramillo*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: CE-SEC3-EXP1990-N5579.

Sentencia Controversias Contractuales No 6306. (06 de septiembre de 1991). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Daniel Suárez Hernández*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: CE-SEC3-EXP1991-N6306.

Sentencia Controversias Contractuales No 6822. (10 de julio de 1992). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Julio Cesar Uribe Acosta*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: CE-SEC3-EXP1992-N6822.

Sentencia Controversias Contractuales No 25662. (30 de abril de 2006). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Ramiro Saavedra Becerra*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: 25000-23-26-000-1999-01968.

Sentencia Controversias Contractuales No 15469. (29 de septiembre de 2007). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Mauricio Fajardo Gómez*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: 52001-23-31-000-1996-07894-01.

Sentencia Controversias Contractuales No 14669. (07 de junio de 2007). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Ramiro Saavedra Becerra*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: 52001-23-31-000-1995-07018-01.

Sentencia Controversias Contractuales No 24897. (19 de noviembre de 2007). Consejo de Estado, Sala Contenciosas Administrativa, Sección Tercera. *C.P. Manuel Ricardo Pérez Posada*, Bogotá, D.C., Colombia. Radicado No: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Revista Vniversitas*, 87, 282-315.

Soto Coaguila, C.A. (2003). La Autonomía Privada y La Buena Fe Como Fundamento De La Fuerza Obligatoria Del Contrato. *Revista Vniversitas*, 52, (106), 520-562.