

**LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LA VIGENCIA DE LA JURISPRUDENCIA
COMO REGLA CONTRACTUAL**

GINA MARITZA RUIZ SANDOVAL

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D. C.
2018**

**LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LA VIGENCIA DE LA JURISPRUDENCIA
COMO REGLA CONTRACTUAL**

GINA MARITZA RUIZ SANDOVAL

**Tesis de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo**

Director:

CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES

**Magíster en Derecho Administrativo,
Licenciado en Filosofía y Letras**

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2018**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, Diciembre de 2018

AGRADECIMIENTOS

Mi profundo agradecimiento a todo el personal del Colegio Mayor de “Nuestra Señora del Rosario”, por su ayuda incondicional.

A mi director de Tesis, el Dr. Camilo Orrego Morales, por su generosidad, al brindarme sus conocimientos y experiencia, esenciales para el desarrollo del presente trabajo.

En especial quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento al Dr. Manuel Restrepo Medina, Director Escuela Doctoral Universidad el Rosario, por su comprensión y apoyo, por ser ejemplo de la verdadera esencia de la actividad docente, que no es más que la búsqueda incesante de dejar una “huella profunda en el alma del discípulo que le permita orientar su propia vida y llenarla de significado”. Mi gratitud perenne como Abogada, pero principalmente como madre.

DEDICATORIA

A Dios.

Porque ha estado a mi lado en cada momento, cuidándome y llenándome de fortaleza para continuar.

A mi Hijo Santiago.

Posiblemente ahora no comprendas estas palabras, pero cuando crezcas sabrás el significado que le has dado a mi existencia.

Eres mi más grande regalo de vida, y aunque han sido varias mis ausencias como madre, debes estar seguro que todos mis esfuerzos por superarme profesionalmente, han sido y serán por ofrecerte siempre lo mejor.

Espero ser ejemplo en tu vida y que comprendas que el éxito demanda sacrificios.

A mi madre Fanny Janeth,

Por su incondicional apoyo; su tenacidad y lucha constante.

A ti,

Por iluminar mi camino, por devolverme la ilusión.

CONTENIDO

PROBLEMA JURÍDICO	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I	18
LA BUENA FE COMO UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO	18
1.1 INTRODUCCIÓN	18
1.2 ORIGEN Y CONCEPTO DE LA BUENA FE	20
1.3 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO	23
1.3.1 Concepto. Pretender establecer una definición exacta de este principio, de entrada, resulta bastante arriesgado ya que reduciría el objeto de estudio en este escrito.	25
1.4 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO COLOMBIANO	28
1.4.1 Regulación normativa	28
1.5 RESEÑA JURISPRUDENCIAL	33
1.5.1 Doctrina de la jurisdicción constitucional..	33
1.5.2 Doctrina de la jurisdicción administrativa.	39
1.5.3 Doctrina de la jurisdicción ordinaria.	42
1.6 LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA COMO PROYECCIÓN DEL DE BUENA FE	45
1.7 CHOQUE DE TRENES	50
1.8 COROLARIO	53
CAPITULO II	56
LA BUENA FE COMO UN PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN	56
2.1 INTRODUCCIÓN	56

2.2	EVOLUCIÓN HISTÓRICA	57
2.3	LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN EN GENERAL	61
2.3.1	Concepto y regulación normativa.	62
2.4	EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL ..	69
2.4.1	Concepto y regulación normativa.	69
2.4.2	Evolución jurisprudencial.....	71
2.5	COROLARIO	75
CAPITULO III		76
LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA JURÍDICA QUE IMPACTA EN LA CONTRATACIÓN		76
3.1	INTRODUCCIÓN	76
3.2	LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA JURÍDICA EN COLOMBIA.....	77
3.2.1	Evolución histórica y concepto	77
3.2.2	El precedente constitucional.....	81
3.2.3	Las sentencias de unificación.....	91
3.2.4	La Doctrina Probable.....	96
3.3	LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE JURÍDICA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.	97
3.3.1	El precedente constitucional	98
3.3.2	Las sentencias de unificación	104
3.4	COROLARIO	113
CAPITULO IV.....		117
LA BUENA FE COMO LÍMITE DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN		117

4.1	INTRODUCCIÓN.....	117
4.2	LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL TIEMPO: RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA REGLA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN	120
4.3	CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL TIEMPO.....	129
4.4	REFERENCIA CAMBIOS POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES	135
4.4.1	Hecho del príncipe.....	137
4.4.2	Teoría de la imprevisión	144
4.4	COROLARIO	148
	CAPÍTULO V.....	155
	CONCLUSIONES	155
	BIBLIOGRAFÍA	161

PROBLEMA JURÍDICO

¿Se vulnera el principio de la buena fe al aplicar una nueva postura jurisprudencial en la tramitación de una controversia contractual, no vigente al momento de celebración del contrato estatal? Esto es, si se encuentra ceñido a los postulados de la buena fe, resolver una querella contractual, con asiento en una nueva posición jurisprudencial que distorsiona la exégesis existente al momento de celebración del contrato.

INTRODUCCIÓN

La buena fe como principio, y desde su herencia romana, ha servido a la mayoría de ordenamientos jurídicos sectoriales del sistema continental, como paraje armonizador de las relaciones jurídicas tanto privadas como públicas; al hacer parte de la categoría de principios generales del derecho, sugiere un compromiso de lealtad y confianza en todo aquello que se ha convenido.

Es innegable la presencia de este principio a lo largo de los sistemas jurídicos de Derecho romano, en donde se levantó la noción de la bona fides, concebida desde esas épocas, como el compromiso con la palabra dada, desprovisto de cualquier actuar contrario a la rectitud y a la honestidad, instituyéndose como la principal garantía para los negociantes, y posteriormente, a través de los diferentes pronunciamientos de los jueces romanos, se convertiría en un principio general del derecho, por el cual todas las partes contratantes no solo están sujetas a lo previsto en el negocio, sino que todos los actos y circunstancias que de él se desprendan, quedan igualmente sometidos a este postulado.

Para abordar el objeto de este estudio, se fraccionó el presente trabajo en cuatro capítulos principales.

En una primera parte se analizará el origen y concepto de la buena fe, desde su evocación en el Derecho Romano, en las etapas clásica y postclásica de este sistema, así como su configuración dentro de las relaciones convencionales primarias. Posteriormente se hará una aproximación conceptual a su categoría como principio general del derecho, y su regulación normativa en el ordenamiento jurídico colombiano, al tiempo que resaltar las líneas jurisprudenciales que sobre este se han enseñado en la jurisdicción constitucional, administrativa y ordinaria.

Es importante destacar, la necesidad que surgió de abordar la cuestión relacionada con la delimitación conceptual de la categoría “principio general del derecho”, por lo que, en esta primera parte, se efectuarán algunas consideraciones doctrinales sobre el asunto, para determinar que a través de estos, las normas jurídicas se informan de un contenido de razonabilidad en la toma de decisiones; tendrán así un implícito y alto grado de abstracción y generalidad, lo que le permite concretarse en situaciones particulares. Se podría decir entonces que son reglas esenciales y de carácter superior al ordenamiento positivado.

Considerados estos como fundamentos axiológicos, no se pretende por medio de este estudio, determinar si tales categorías de las normas jurídicas provienen de una concepción positivista o naturalista del derecho, sino que simplemente se reconoce que este no existe, sin la preexistencia de estos valores éticos.

Son postulados que orientan e irradian la aplicación de un determinado sistema jurídico formal y que incluso, bajo criterios de equidad y justicia, soportan las decisiones de los operadores judiciales del Derecho, cual esqueleto que soporta su juicio y lo protege de cualquier viso de desafuero.

Se resalta desde ya, que ha sido a través de la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de cierre, que se ha dado su desarrollo de una forma paulatina; no obstante, la noción de buena fe en el ordenamiento jurídico venía contenida en el Código Civil de 1887 y luego incorporada al Código de Comercio de 1971, regulando materias relacionadas con obligaciones civiles y mercantiles.

Fue con la promulgación de la Constitución Política de 1991 que se introdujo una regulación especial en el artículo 83¹, y se dispuso que, tanto las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas, debían estar enmarcadas dentro del postulado de la buena fe, dándole así un marco superior principalista, tanto en las relaciones particulares como estatales.

Se efectúa un recorrido por la jurisprudencia constitucional, que en materia de este postulado ha emitido la Corte Constitucional, al punto de afinar y pulir su posición doctrinal, estableciendo que, por medio de esta incorporación expresa en la Carta Política de 1991, se constituyó un fundamento constitucional, de exigencia de honestidad y rectitud entre la administración y los particulares, admitiéndose de antemano, la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, que se traduce en seguridad, respeto y credibilidad en los términos pactados.

Se encuentra útil en este punto resaltar la proposición presentada por el catedrático Esguerra Portocarrero, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, quien fungió como ponente de este artículo 83, y quien le dio un alcance dentro de las relaciones jurídicas que se adelantan ante las autoridades públicas, implantando un deber general tanto para el particular como para la Administración de obrar recto en todas sus manifestaciones.

Es entonces a través de la Constitución Política de 1991 que este principio entra en aplicación directa, como orientador de las relaciones entre la Administración Pública y la persona humana, en todas las relaciones jurídicas que se operen o ejecuten frente al Estado, al tiempo de ser considerado un límite para el ejercicio de lo público, como quiera que ya no solamente opera el principio de legalidad, como rector del Estado Social de Derecho, sino que las relaciones Estado –

¹ COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA 1991. Artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Individuo deberán estar circundadas de este manto ético de confianza y honestidad, denominado buena fe.

Así, a criterio de la Corte Constitucional, mutó de un principio general, para convertirse en un postulado constitucional integrador del ordenamiento jurídico y regulador de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.

Ahora bien, es incuestionable que la columna vertebral en donde descansa el cuerpo de cualquier negocio jurídico, es la autonomía de la voluntad, la cual se encuentra regida por un patrón de conducta y de frontera, llamado buena fe; principio que trasciende los intereses puramente económicos que dentro de la misma se puedan intentar, para darle un contenido principal fundado en la lealtad y la honestidad, con las que debe manifestarse el consentimiento.

Dicho lo anterior, en el segundo capítulo, se afrontará el estudio de este principio general del derecho aplicado a los contratos, el cual, como se señaló, venía regulando estos acuerdos, aun antes del advenimiento de la Carta Política de 1991.

Se verá cómo, en desarrollo del comercio entre los pueblos de la antigüedad, nace la buena fe como aquel mecanismo de valoración de Juez, que encauza todas y cada una las relaciones contractuales pactadas, fundamento que sirvió para las ulteriores codificaciones modernas, las cuales mantuvieron de suyo esta posición, la que fue incorporada en el ordenamiento Civil y Comercial.

Igualmente, se señalará cómo, este postulado, no solamente pretende tutelar bajo su socorro a las relaciones jurídicas contractuales propiamente dichas, sino que, parece dilatarse a todas las circunstancias que de ellas resulten, al punto de sujetar al Juez de conocimiento de un posible debate contractual, en su

reconocimiento y defensa del contenido dado en ese momento en específico, en que se convino el negocio jurídico.

Así lo establece el Código Civil Colombiano², al señalar que las partes de un contrato se encuentran obligadas, no solamente a lo acordado en el texto propio del acuerdo, sino a todas aquellas actuaciones emanadas del mismo.

Se señalará como la Corte Constitucional, insiste en esta regulación respecto de la aplicación del principio de la buena fe, el cual se encuentra presente en todo el desarrollo del acuerdo de voluntades, esto es, desde su génesis, hasta su ocaso.

Al mismo tiempo se analizará la posición de la doctrina ordinaria, que es coincidente con la constitucional, respecto de afirmar que la fuerza de este principio regulador de los negocios jurídicos amplifica sus efectos hasta el juez natural del contrato, quien encuentra dominado su ejercicio de interpretación normativa, a este axioma.

Se seguirá examinando en este apartado, lo relativo a la aplicación de este principio en las relaciones jurídicas contractuales estatales, para significar que cobra una mayor preminencia su contenido en las relaciones Estado – particular, por cuanto esta se encuentra instituida, para proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos, generándole a este último confianza, seguridad y estabilidad, respecto de sus propios actos.

Así, se estructura la buena fe en el mundo de los contratos estatales como un criterio orientador de las obligaciones derivadas de este, imponiéndole a las partes

² COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603. Editorial Leyer, 2002. ARTICULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

su ejecución dentro del contexto normativo y jurisprudencial en que se afincó su voluntad, el cual la presidía.

En un tercer capítulo, se considerará el rol que desempeña la Jurisprudencia dentro del sistema jurídico colombiano en materia de contratación estatal, para lo cual se iniciará con el estudio respecto de su categorización como fuente formal o directa de Derecho y delimitar su carácter vinculante y obligatorio, teniendo como fundamento las posiciones jurisprudenciales que sobre el artículo 230 superior, ha efectuado la Corte Constitucional y respecto de la cual determinó su condición de fuente de derecho con carácter obligatorio, por cuanto, esta debe entenderse en el mismo nivel de la Ley, bajo una concepción material del concepto, equiparable al ordenamiento jurídico integrado por normas constitucionales y legales, en aplicación de la cláusula de un orden justo.

A continuación se tratará lo relacionado con el precedente judicial, la doctrina probable y las sentencias de unificación, para resaltar su valía como regla jurídica en el mundo de los negocios públicos en Colombia.

Aspecto de especial atención lo será el tema del precedente jurisprudencial, habida consideración que como se notará, los jueces, en el momento actual, están forzados a honrar las decisiones jurisprudenciales de cierre que de manera anterior han regularizado una situación con identidad en los supuestos fácticos y jurídicos, claro está, sin perjuicio de la libertad interpretativa del operador judicial, quien, bajo criterios de razonabilidad debidamente motivados y argumentados, decida medida en contrario.

Se afrontará una referencia a las sentencias de unificación del Consejo de Estado, desde el sistema de fuentes de Derecho administrativo, que la nivelan en el mismo escalón de la Ley. Para en este aparte afinar que tal escenario, se convierte en un teatro de seguridad y confianza del administrado en las decisiones de los jueces,

conforme a que, frente a identidad de supuestos de hecho y fundamentos de derecho, decisión simétrica debe adoptarse, en sujeción estricta al principio de la buena fe.

No habrá entonces, mayor resguardo para el ciudadano, que el recibir un trato consonante con las decisiones judiciales adoptadas previamente, semejantes a la suya, forjándole confianza y certeza frente al contexto normativo en que se desarrollan su voluntad y libertad contractual.

Funge entonces la jurisprudencia dentro del sistema jurídico del país, como herramienta que abaliza las intenciones opresoras del Estado, en la búsqueda de un orden social justo.

En el capítulo cuarto, y una vez definido que, el principio general del derecho de la buena fe, comporta una doble connotación en el sistema de derecho, pues se constituye en un modelo ético de actuación en todas las relaciones sociales, y es garantía de protección dentro del ordenamiento jurídico; es cimiento en donde reposan las relaciones jurídicas en general y en particular la de los contratos, al tiempo que pretende contener todo el ejercicio de la autoridad estatal, y en especial al poder jurisdiccional; se señalará como, al momento de la celebración del contrato estatal, las partes acuden al ordenamiento jurídico vigente para plegarse a su contenido, a lo largo del desarrollo del acuerdo negocial, y de todos los actos que le sean propios a su naturaleza.

Así, se acepta hoy, que, dentro de todo sistema jurídico, coexisten normas escritas y no escritas, cuya dinámica propia, ha permitido un encauzamiento en el ejercicio de la autoridad estatal y en especial, ha servido de escuadra imaginaria para quienes detentan el poder judicial institucionalizado, a través de un proceso de redención de los principios generales del derecho, en la solución de las

controversias puestas a su juicio, dentro de la cláusula de Estado Social de Derecho.

Bajo esta perspectiva, no solamente el fallador tendrá que decidir de conformidad con las fuentes formales de derecho, sino que necesariamente deberá concurrir en su juicio, a contenidos extra sistémicos del ordenamiento, que le permitan aplicar su concepción de justicia, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Es entonces en este contexto, donde se desentraña, si se vulnera el principio de la buena fe al aplicar una nueva postura jurisprudencial en la tramitación de una controversia contractual, no vigente al momento de celebración del contrato estatal, esto es, si se encuentra ceñido a los postulados de la buena fe, resolver una querella contractual, con asiento en una nueva posición jurisprudencial que distorsiona la exégesis existente al momento de celebración del contrato.

Es así como, a través del presente estudio, se determinará si se vulnera y embiste este postulado constitucional cuando se aplica una nueva posición jurisprudencial posterior a la celebración de un contrato estatal, que nació y se ejecutó bajo unos lineamientos y parámetros jurisdiccionales, que bajo el postulado de la bona fide deben desplegar sus efectos en el tiempo, hasta su decisión judicial.

CAPITULO I

LA BUENA FE COMO UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

1.1 INTRODUCCIÓN

Para la mayoría de los estudiosos del derecho, siempre se presentó a la buena fe como uno de los postulados principales del Derecho privado, y en específico, como elemento esencial de las relaciones contractuales particulares.

Sin embargo, a lo largo del desarrollo de los diferentes sistemas jurídicos, se ha visto como está presente de forma transversal e ilumina todos los presupuestos normativos que lo integran, no solo valorizando en términos éticos la conducta de quienes interactúan, sino que asegura un equilibrio o si se quiere, actúa como válvula reguladora de las actuaciones, no solo entre los particulares, sino entre estos con el poder público. La buena fe es entonces un elemento común de la vida en sociedad, que apropia el Derecho en su búsqueda de reequilibrar las nuevas realidades sociopolíticas actuales, y de mantener, como sistema normativo, una paz social.

Podría percibirse hasta este punto, que el enfoque de esta primera parte estuviese dirigido a determinar la distinción de estas normas de conducta moral, con el Derecho, a lo que se dirá de antemano que, no siendo el objeto de estudio de este escrito, el determinar desde la filosofía del Derecho la relación entre la Moral y el Derecho, simplemente se compartirá la tesis que defiende una conexión entre ambos conceptos, cuya interrelación facilita un ejercicio de convivencia aquieto y justo. Peces, Fernández y De Asís indican: “la distinción entre Derecho y Moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios

razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido”.³

En toda relación jurídica, entendida esta por el Profesor Chileno Guzmán⁴, como la relación humana dentro de una vida social, cada uno de los sujetos debe enmarcar su comportamiento dentro de unos lineamientos o parámetros generales, si se quiere superiores, que permitan cumplir con los fines que determinaron cada una de sus voluntades.

Se presentará en este capítulo a la buena fe como un postulado con un contenido generalizadamente aceptado desde la ética, entendida esta como el actuar conforme a la moral⁵, y sobre el cual se debe reconciliar la conducta, en protección de los intereses ajenos, y del beneficio del interés general social; desde este momento se afirmará, que a través de esta cláusula general de buena fe, se establece una trinchera impermeable, un límite al ejercicio tanto de la libertad individual, como de la estatal.

En esta primera parte se hará referencia a la evolución del concepto de buena fe, desde sus orígenes en el Derecho Romano clásico y posterior desarrollo en el Derecho posclásico, hasta su cimentación y presencia en la Constitución Política de 1991, la estructuración de un concepto dentro del derecho actual y principalmente su figuración como principio en nuestro ordenamiento, así como, destacar, las aproximaciones y desarrollo que la doctrina constitucional, administrativa y ordinaria han efectuado sobre este fundamento.

³ PECES BARBA, Gregorio. Curso de Teoría del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 67.

⁴ GUZMÁN, Alejandro. Los orígenes del concepto de "Relación Jurídica". En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. 2006. Vol. XXVIII, p. 222.

⁵ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (22 ed.). 2001. Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

1.2 ORIGEN Y CONCEPTO DE LA BUENA FE

De manera inicial se dirá, que este vocablo es arrullado desde la cuna romana, en cuya tradición jurídica se diferencian dos momentos o etapas, cada una de ellas, con distintas connotaciones: la etapa clásica y la postclásica.

Es útil inicialmente precisar, que el concepto de la buena fe no se originó bajo esa estructura. Los romanos iniciaron hablando del sustantivo “fides” que, conforme a su traducción directa del latín, significa fe, confianza, lealtad, para posteriormente desarrollar de manera completa el concepto de bona fides.

Según el profesor Alemán Nörr⁶, la fides es una categoría esencial para comprender el ordenamiento jurídico romano, pues encarnaba "la expectativa de comportamiento conforme a la norma". Este postulado de la bona fides, intervenía en todas las relaciones sociales que allí se desarrollaban. Aparece entonces el valor de la fides, advierte la doctrinante Salazar⁷ como fundamental, por su gran alcance y sus múltiples funciones en el mundo del Derecho. Según Esguerra⁸ “la palabra fides consiste, según lo explica Cicerón, en que ella se refiere a la conducta de quien hace lo que dice, de quien actúa conforme a lo ofrecido. La fides representa entonces, ante todo, un valor ético: el de recta intención; el de lealtad con el compromiso adquirido”.

⁶ NÖRR, Dieter. La fides en el derecho internacional romano. En: Seminario Complutense de Derecho Romano Ursicino Álvarez. Madrid, 1996. p. 16.

⁷ SALAZAR, María. Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo. En: Revista Internacional de Derecho Romano, 2015. p. 175.

⁸ ESGUERRA, Juan Carlos. La presunción buena fe. En: La protección constitucional al ciudadano. 1 ed. Bogotá: Legis Editores S.A, 2004. p. 62.

Aspectos como la fides pública, fides patroni, fides in deditione, fides in colloquio fides crediticia y la bona fides, regulaban los distintos escenarios de la vida no solamente pública, sino de las relaciones privadas de los romanos. Así, se traducían en vocablos de común uso y aplicación, en donde la palabra empeñada o el cumplir la promesa ofrecida, se establecía como el marco general de actuación dentro de los pactos convenidos.

Para la primera etapa, la clásica, que comprende aproximadamente antes del año 230 a. C., la buena fe se predicaba como un método de juicio que otorgaba al juzgador un parámetro para aplicar sus convencimientos; en tanto que en la segunda etapa, la post-clásica, que comprendió hasta el año 530 d.C., la buena fe se enseña como una cualidad de los contratos, considerándose así en una regla exigente dentro de los negocios y por tanto, una norma de conducta al momento de su celebración. Es decir, que, a partir de ese momento, este concepto empezó a estructurarse como una regla de conducta dentro del comportamiento en las relaciones entre particulares, es decir, surge dentro de esta historia, bajo un contexto puramente privado.

Fue así como, para la época posclásica en Roma, la bona fides, pasó de ser un postulado de escueta conducta, para ser incorporado como un canon que gobernaba a los individuos; es entonces, desde la época de los romanos, una concepción de respeto a lo convenido. En este contexto, refiere D'ors⁹ la fides "llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma".

Para los años 527, y a órdenes del emperador Bizantino Justiniano, se construyó el Corpus Iuris Civilis (Cuerpo de Derecho civil), cuyo contenido compilaba los diferentes pronunciamientos de los jueces del Imperio, y el cual se constituyó

⁹ D'ORS, Álvaro. Derecho privado Romano, 4ª ed. Pamplona, 1981. p. 59.

como antecedente de los diferentes ordenamientos jurídicos continentales, que hasta hoy se conocen.

En la Europa continental se empezó a aplicar el *Ius Commune*, conocido como la Ley de Justiniano, la cual debía ser aplicada en todo caso de inexistencia de ley especial. Por lo que, se pudiese significar que, en esta época, se seguía con el carácter individual de la buena fe, que permitió derivar de ella una norma de conducta.

Ya para el siglo XI, etapa que se conoce como el “renacimiento del derecho romano clásico” la escuela de Bolonia (estudiosos de las escuelas de derecho de Italia, Francia y Alemania) conocidos como glosadores, determinaron que el derecho romano era un sistema normativo aplicable, bajo el método de la subsunción, es decir, se construía una decisión al asunto, a partir de un silogismo que hacía el juez del caso ante un ordenamiento que la describe.

De otro lado, el Derecho Canónico también entró a reforzar la idea del acto bueno, señalando que cuando un hombre honesto daba su palabra, automáticamente celebraba un contrato.

Es así, como la *bona fides*, fue permeando toda clase de compromisos o intercambios, facilitando el desarrollo de la *lex mercatoria*, e incluyendo un valor a dichas negociaciones, como un principio perpendicular a ellas.

Con el descubrimiento de América, el mercado y el comercio aumentaron, y se dio inicio a la edad moderna (siglo XVI); en términos de Sanborn¹⁰, Europa atravesó una nueva dimensión de la naturaleza humana conocida como Humanismo, se dio

¹⁰ SANBORN, Frederic. *Origins of the Early English Maritime and Commercial*. Buffalo, 2002. p. 199.

inició así a la Edad Moderna, en la que perduró la fides bona, como principio rector de la escena mercantil.

El recorrido de ese postulado se prolongó, y para el siglo XVIII, ya el Derecho continental había determinado que la buena fe se comportaba como un principio general de las relaciones en los negocios.

Precisado el origen de la buena fe, se continuará su análisis bajo la categoría de principio general del derecho, para posteriormente abordar su concepto y cimentación en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Lo primero a precisar en este acápite será lo relacionado con la categoría de principio general de derecho. Para ello, Bobbio¹¹ señala que, “la mayoría de positivizaciones que ha tenido lugar en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, nos revela su carácter supra legal, un derecho anterior, que emanan de la ciencia del Derecho y que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, en la doctrina, en las legislaciones; principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional”.

Siguiendo al profesor Valencia¹² esta concepción comporta dos representaciones: en primer término, significando “cabeza de una serie o primer singular de un todo plural”; en segundo, representa el origen permanente o punto fundamental de partida de algo; entonces, conforme a su conformación epistémica, los principios, presiden un ordenamiento, bien porque son su punto de partida o antecedente, o porque orientan su aplicación en concreto.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. 2 ed. Bogotá, 2005. p. 32.

¹² VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p. 192.

Hasta aquí se podría enunciar entonces que, los principios en el derecho, son fórmulas superiores dentro de cualquier sistema normativo, y que, de suyo, serían su origen y finalidad en sí mismas.

No comparten la misma estructura de la normas jurídicas (supuesto de hecho y consecuencia jurídica), por el contrario, y tal y como lo expresa Cajarville¹³ afirman valores de origen “meta jurídico”.

Respecto de la tensión existente entre la aplicación de normas jurídicas y principios por parte de los jueces, se ha planteado la discusión si, al examinar una causa, no solamente se utilizan reglas, sino que deben aplicarse estas normas inalterables llamadas principios.

En un contexto más contemporáneo, este concepto viene a ser analizado por varios pensadores, dentro de los cuales se encuentra al profesor estadounidense Ronald Dworkin, cuyo pensamiento es rescatado por el profesor Sanchís¹⁴, al exaltar su laboriosidad en el replanteamiento de la teoría del Derecho, la cual hace girar en torno a los principios.

Montes¹⁵ cita a este filósofo, para señalar que, por principio se debe entender “todo el conjunto de los estándares —que no son normas— que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad que deben ser alcanzados”.

¹³ CAJARVILLE, Juan Pablo. Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya, en Sobre Derecho Administrativo. 3ª edición ampliada. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012. p. 534.

¹⁴ SANCHIS, Luis. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2013. p. 18.

¹⁵ MONTES, Roberto. Principios jurídicos. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México, 2011. p. 398.

Se podría cerrar esta descripción conceptual, señalando que los principios son conceptos fundamentales o preceptos básicos constantes e innatos, que iluminan intereses superiores de protección (derecho anterior) y que informan los contenidos normativos de los sistemas jurídicos de derecho vigentes, cuyo designio es ayudar a desenredar las lagunas axiológicas, más que las propiamente normativas.

Por consiguiente, y a partir de la significación del vocablo principio, asunto de provecho para el presente estudio, se abordará el concepto de la buena fe.

1.3.1 Concepto. Pretender establecer una definición exacta de este principio, de entrada, resulta bastante arriesgado ya que reduciría el objeto de estudio en este escrito.

Pareciera que en el imaginario todos entienden al unísono la significación de un actuar de buena fe, pero al instante de pretender definirlo, su amplia significación y representación mental agota la dicción.

No obstante, se citan algunas referencias conceptuales de la buena fe.

La profesora española Castresana¹⁶, citando a Ulpiano (D.2, 14,1pr.) indicó: “¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar lo que los hombres acataron entre sí?”.

Esguerra¹⁷, acopia las palabras de Cicerón “El fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos”.

¹⁶ CASTRESANA, Amelia. Las definiciones de la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. Madrid, 2013. p. 108.

Por su parte, el doctrinante y tratadista Díez¹⁸, define la buena fe como “aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica, que impone la obligación de guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de otros”.

Para el administrativista español Sainz, este concepto encuentra su fundamento en la cotidianidad como valor de confianza, así señala que:

El sintagma buena fe, el adjetivo “buena” no alude solo a la bondad en el sentido ético a la creencia o ignorancia en sentido psicológico, sino al valor jurídico de la validez. Buena fe equivale a válida fe, esto es, confianza aceptable por el Derecho. Así pues la noción de buena fe en sentido jurídico incorpora el valor ético social de la confianza, pero reduce su ámbito de referencia; no hace alusión a toda la confianza psicológicamente cierta, sino solo a aquella que además de existir en sentido psicológico, es válida en sentido jurídico por no encontrar en los usos sociales o en el derecho un límite.¹⁹

Sobre este principio se ha dicho por algunos doctrinantes, que podía catalogarse como “principio cumbre del derecho”, además de inspirar, informar e impregnar el

¹⁷ ESGUERRA, Juan. La presunción de buena fe. En: Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 683.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho patrimonial civil, t. 1. Madrid: Editorial Civitas, 1978. En: VIANA CLEVES, María José. El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. En: El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 39.

¹⁹ SAINZ, Fernando. La buena fe en las relaciones de la administración con los ciudadanos. En: Revista de Administración Pública (RAP). 1979. no. 89. En: VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. El principio de confianza legítima y su aplicación en las relaciones jurídicas. En: La defraudación de la confianza legítima aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 188.

ordenamiento jurídico en su conjunto, se proyecta en los más variados ámbitos las relaciones jurídicas intersubjetivas, convirtiéndose de esta manera en una vía que comunica al derecho con la moral.²⁰

Lo hasta aquí expuesto, permite señalar que la buena fe, es aquella máxima de conducta que empapa todos los actos y que se manifiesta en cada una de las relaciones y compromisos que se conforman, no solamente en materia privada, sino en las dinámicas que contactan de una u otra forma con la esfera pública.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a la buena fe se le ha clasificado en dos grandes grupos: la buena fe subjetiva y la objetiva. Ya se insinuaba anteriormente; la primera, hace referencia a aquella convicción interna de un comportamiento leal y honesto; en tanto que la objetiva, está enmarcada como un paradigma de comportamiento dentro de las relaciones jurídicas que legitiman y valorizan su actuar desde la intencionalidad de su voluntad.

Habiendo determinado anteriormente que por principio general del derecho, se incumbe entender que son proposiciones superiores que encauzan los sistemas jurídicos, basta saldar hasta aquí que, sea bajo la representación de la tesis subjetiva o la objetiva, el principio de la buena fe abarca un componente ético de actuar recto, honesto y leal en cada una de las actuaciones ejecutadas por un individuo o por una autoridad y por tanto se erige como un principio superior de cualquier ordenamiento jurídico, que ha permanecido y continuará permeando cada uno de los actos, en especial, los acuerdos de voluntades, ya que es a través de estos negocios que el ser humano satisface sus más descobijados menesteres.

²⁰ GONZALEZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. En: VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. 1. Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 186.

Se puede también inferir en este momento, que no solamente este principio se circunscribe al simple ejercicio de derechos, sino que se instituye como un principio rector de la conducta jurídica en general, aplicándose así, al cumplimiento de los deberes o a la ejecución de las obligaciones, y por tanto, puede recibir aplicación directa de manera subsidiaria de la ley y la costumbre, y por intermedio de la aplicación de normas que estén inspiradas en la buena fe.

1.4 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO COLOMBIANO

Antes de abordar la regulación que ha tenido este principio en el sistema jurídico interno, es conveniente señalar, que al ser herederos de las regulaciones europeas, fue llamado a armonizar múltiples y disímiles disputas que en materia de negocios jurídicos comerciales y/o mercantiles se han presentado, ya que, según lo expone Facco²¹ “es un elemento de la estructura misma de la noción de contrato, aunque por lo común aparezca cumpliendo solo una función interpretativa”.

1.4.1 Regulación normativa. Inicialmente y antes de su estructuración como principio superior, se encuentra su primer bosquejo de regulación, incluso antes de las codificaciones privadas, en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, al instituir que “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

²¹ FACCO, Javier. Reseña historico comparativa del principio general de buena fe en el subsistema juridico latinoamericano. En: Revista Mexicana de Historia del Derecho, 2011. p. 248.

1.4.1.1 Leyes. Con la expedición de las antedichas codificaciones, se regularon de manera limitada aspectos atinentes a los bienes y contratos en el primero, y a obligaciones y de relaciones contractuales mercantiles, en el segundo.

Así, el Código Civil Colombiano²², expedido en el año 1887, estableció en el art. 1603²³ que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, y además dispuso que no solamente los contratantes se comprometían a lo que expresamente allí se hubiese estipulado, sino que consagró el deber de obligarse, por el solo hecho de su acuerdo, a los elementos que se desplegaran de la propia naturaleza del negocio o que por imperio de la ley, le corresponda”.

En el mismo sentido, el Código de Comercio Colombiano²⁴, adoptado mediante Decreto Extraordinario No. 410 del 27 de marzo de 1971, consagró en los arts. 863²⁵ y 871²⁶ la buena fe contractual, significando que, “los contratos obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Posteriormente y como en la mayoría de ordenamientos, las normas supra legales llamadas constituciones, producto directo no de la práctica legislativa, sino de representantes de la sociedad, que instituyen allí elementos connaturales de la

²² COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603. Editorial Leyer, 2002.

²³ ARTICULO 1603. “EJECUCIÓN DE BUENA FE”. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

²⁴ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Editorial Leyer, 2015.

²⁵ ARTICULO 863. “BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL”. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

²⁶ ARTICULO 871. “PRINCIPIO DE BUENA FE”. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.

vida en comunidad, el sistema colombiano, reguló este principio en el artículo 83 de la Constitución Política²⁷: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. Sobre esta norma superior, se volverá más adelante.

Así mismo, otra serie de regulaciones legales han dispuesto el respeto por este principio de buena fe, dentro de las cuales se destacan:

Ley 222 de 1995²⁸, deber general de buena fe a cargo de los administradores de las sociedades.

Ley 256 de 1996, que establece que “los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”²⁹, prohibiendo la competencia desleal.

Para el año 1993 y dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³⁰ se dispuso que en la interpretación de las reglas

²⁷ COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Editorial Legis. 2015.

²⁸ Art. 23 de la Ley 222 de 1995. “Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados...”

²⁹ “Artículo 7º Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial./ En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

³⁰ Art. 80 de la Ley 80 de 1993: ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a

relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas, se tendrán en consideración, entre otros, “los mandatos de la buena fe”; igualmente el numeral 5 del artículo 24 establece que en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben incluirse los requisitos objetivos necesarios para participar, y el artículo 29 señala que, la selección del contratista debe ser objetiva, y que uno de los factores de escogencia es la experiencia del oferente o proponente.

Merece especial comentario esta regulación, respecto de la significación de la buena fe como dispositivo equilibrador de las relaciones contractuales con el Estado, bajo este criterio ético, ya analizado, pero también le establece a este último un límite al ejercicio de su poder.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, dispone en el artículo 3³¹ que: “las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales y que por virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”.

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.

³¹ Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. (...) 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

Asimismo, y anuncio sobre este se regresará más adelante, esta regulación administrativa, establece en su artículo 10³² un deber para las autoridades, imponiendo que al resolver los asuntos de su competencia, estas aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

1.4.1.2 Constitución Política. Respecto de la regulación constitucional de este principio, amerita hacer una referencia al proceso de formación que de este se surtió al interior de la Asamblea Nacional Constituyente³³:

La norma que se propone tiene dos elementos fundamentales: (i) primero, se establece el deber genérico de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en ejercicio de sus derechos, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera ante el abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante a los excesos y a la desviación de poder. (ii) Segundo, se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público, actúan de buena fe. Este principio que parece ser de la esencia del derecho, en Colombia ha sido sustituido por una general

³² Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-469 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza, inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades que las autoridades esta obligados a proteger.

A partir de la enunciación en la Constitución Política de esta garantía de buena fe, ha sido interpretado y concretado a través de la doctrina emitida por los diferentes tribunales colombianos, por lo que a continuación se efectuará una caracterización o reseña jurisprudencial constitucional, administrativa y ordinaria.

1.5 RESEÑA JURISPRUDENCIAL

1.5.1 Doctrina de la jurisdicción constitucional. De manera inicial y una vez promulgada la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional emprendió una cruzada dentro de la ardua batalla de precisión y alcance de este postulado superior. A partir del año 1992, se dio inicio a una serie de pronunciamientos que han servido para conquistar y ganar terreno determinante en la lucha incesante de esta corporación por franquear todos los sistemas jurídicos, bajo este principio general del derecho.

En cuanto a la definición del principio de la buena fe en la jurisprudencia, cabe despuntar con el contenido de la sentencia T-475 de 1992, en la cual se le analiza, partiendo de las relaciones entre la administración y el ciudadano, e igualmente, se fundamenta su contenido, en la doctrina que venía formándose para la época.

Señalo la Corte que:

La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (*venire contra factum proprium*), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso.³⁴

Mediante Sentencia No. T-469 de 1992³⁵, al resolver acción de Tutela en sede de revisión instaurada por Egoberto Álvarez Díaz y otros, en contra del Consejo Nacional Electoral, al sentir vulnerados sus derechos fundamentales con la expedición de una Resolución que dejó sin efecto las inscripciones de cédulas de Castilla la Nueva (Meta), formuló una trascendental decisión, estableciendo desde ese momento que la buena fe no podía entenderse como una simple regla de interpretación, sino como un principio formulado con la forma exterior de una regla de derecho y un límite en el ejercicio de las potestades.

Posteriormente, en sentencia de Constitucionalidad C-544 de 1994, a través de la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 768 (parcial);

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-475 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-469 de 1992, Op. Cit.

964 (parcial); 1025 (parcial) del Código Civil, la Corte Constitucional Colombiana indicó:

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores. Ha señalado la jurisprudencia que la norma transcrita no viola el principio de buena fe, pues la razón de ser de la obligación de devolver los frutos percibidos o los que habrían podido percibirse después de la contestación de la demanda, impuesta al poseedor de buena fe vencido, estriba en la necesidad de proteger los intereses del verdadero propietario, a quien la norma pone en la "situación en que se encontraría si hubiera obtenido el triunfo desde el primer momento, ya que la lentitud de la justicia no debe perjudicarlo."³⁶

Para el año 1995, y en materia de relaciones públicas entre los ciudadanos y el Estado, dispuso esa Corporación que el principio de la buena fe³⁷ "juega un papel no solo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona".

En el año 1996, en Sentencia C-253 de 1996³⁸, al estudiar la constitucionalidad de la expresión "inciso primero", contenida en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", respecto de los alcances de este principio, manifestó que "la buena fe, de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-544 de 1994. MP. Jorge Arango Mejía.

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-617/95. MP. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-253 de 1996. MP. Hernando Herrera Vergara.

presume, y dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente”.

Es para el año 1998³⁹, cuando la Corte Constitucional inicia abordando el término “confianza legítima”, como una expresión del principio general de la buena fe y cuya finalidad es la protección del ciudadano respecto de cambios o variaciones rudos e imprevistos en la administración pública.

Para el año 2001 en Sentencia C-840 de 2001⁴⁰ la Corte, enfatizó, que las actuaciones de los servidores públicos, en estricta sujeción al principio de legalidad, deben igualmente ceñirse al postulado de la buena fe, por encontrarse este informando la producción de sus decisiones administrativas.

En el año 2012, en Sentencia 745 de 2012⁴¹, la Corte Constitucional reforzó esta postura e indicó que al consignarse en el artículo 83 de la Constitución, el que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, se instaló este principio como “verdadero postulado constitucional, y debe entenderse como una exigencia de honestidad y rectitud en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración”. “En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 478 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 745 de 2012. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Ya para el año 2013⁴² la Corte Constitucional, respecto a los contenidos o fundamentos del sistema tributario en Colombia señaló que “este se basa en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. La tributación es un deber de la persona y del ciudadano que ha de cumplirse dentro de conceptos de justicia, y equidad y de contera bajo los postulados de la buena fe del artículo 83 superior”.

En ese mismo año, la sentencia C-305 de 2013 la Corte Constitucional, puntualizó que el principio de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que:

Las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones pues, como dicen los autores del El Federalista, si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno, ni habría necesidad de regulaciones jurídicas, ni de ordenamientos coactivos, pues todas las personas vivirían en perfecta armonía. De acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, al estipular requisitos el legislador no viola el principio de buena fe, pues no presume nada en contra de ella; no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales.⁴³

Al año siguiente, la Corte Constitucional⁴⁴ indicó que el artículo 83 de la Carta no es barrera que impida al legislador, procurar correctivos a prácticas abusivas en el

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-249 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-305 de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-665 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ejercicio de los derechos. Y en ese mismo lapso⁴⁵, manifestó, un aspecto trascendental en materia de límites al ejercicio de la autoridad, al disponer que el principio de la buena fe tiene por objetivo erradicar las actuaciones arbitrarias de parte de las autoridades públicas y de los particulares, ya que el fin perseguido es que los hechos de estos se aparten de subjetividades e impulsos que generen arbitrariedad, y en consecuencia, se ciñan a niveles aceptables de certeza y previsibilidad.

Dos años después, le dio un contenido integrador dentro del ordenamiento jurídico colombiano y regulador dentro de las relaciones entre particulares y Estado.⁴⁶

Finalmente, en la presente vigencia a través de sentencia SU005/18⁴⁷, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en relación con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y el alcance del principio de la condición más beneficiosa en cuanto al régimen aplicable a estas pensiones, de conformidad con el acto legislativo 01 de 2005, exponiendo que este “principio protege las expectativas legítimas, ante cambios normativos abruptos que impongan requisitos adicionales que impidan o dificulten en extremo la consolidación de un derecho, frente al cual una persona tiene confianza en su consolidación. Se relaciona con los principios de buena fe (en su expresión de confianza legítima) y favorabilidad”.

Aspecto de interés para este escrito, las declaraciones de la Corte, en tanto ilustran respeto del principio de condición más beneficiosa para los afiliados al sistema pensional colombiano, respecto de la alteración abrupta en el

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-715 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa.

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 005 de 2018. MP. Carlos Bernal Pulido.

ordenamiento jurídico que le sirvió de base, postulado este que encuentra su sustento constitucional en el principio de buena fe y de confianza legítima, que se ven defraudados cuando se generan espacios de inestabilidad institucional.

Se puede entonces señalar que, para el Tribunal Constitucional Colombiano siguiendo la anterior reseña jurisprudencial, la buena fe, no es solo un precepto superior contenido en la carta, sino un principio general que asiste a las diferentes áreas de nuestro sistema jurídico, y cuyas dinámicas deberán estar supeditadas a un actuar, tanto particular como estatal, honesto y leal, ya que, este axioma, trascendió la esfera del Derecho privado donde originariamente surgió, para situarse en lo público, bajo una de sus primarias manifestaciones, cual es, la confianza mutua entre quien ostenta la autoridad estatal y quien es sujeto de sus decisiones.

Indica igualmente la Corte, que este se erige como un confín para el ejercicio del poder; es decir, ya no solamente se está bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sino de este principio, que exige ya no solo a los particulares en sus acuerdos individuales una conducta correcta, sino presupone una relación jurídica individuo – Estado, fundada en criterios de credibilidad, confianza y seguridad.

1.5.2 Doctrina de la jurisdicción administrativa. Efectuado un rastreo de los pronunciamientos que dentro de la jurisdicción administrativa se han cursado sobre este principio, se encuentra que ese Tribunal, ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de este postulado en relación con los pagos efectuados por error de la administración:

La buena fe, como principio general del Derecho, es el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión o la rectitud de una conducta. Exige, entonces, una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o

proceso. En ocasiones se le denomina principio de probidad. El principio de buena fe en el Derecho Administrativo, significa que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación; de manera que el ciudadano puede confiar en la Administración y a su vez ésta puede confiar en el ciudadano; confianza que en todo caso, debe desprenderse de signos externos, objetivos, inequívocos, que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta.⁴⁸

Para el año 2005⁴⁹, resolviendo una acción de controversias contractuales, se pronunció en relación con la aplicación de este principio respecto de los contratos estatales: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Respecto a estos actos señaló que, bajo el contenido del artículo 83 superior, las actuaciones particulares y la de estos con el Estado, deben estar antecedidas por la lealtad y la honestidad y mucho más en materia contractual, de acuerdo al artículo 1603 del Código Civil Colombiano.

Ya para el año 2007, se refiere a este concepto como un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, tanto en lo social y como en lo jurídico: “Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre estos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta honesta y leal del

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 02 de marzo de 2000. CP. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 06 de julio de 2005. CP. Alier Eduardo Hernández Enrique.

otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales”.⁵⁰

Respecto del enriquecimiento sin justa causa, también este órgano ha tenido la oportunidad de pronunciarse, el cual, sostuvo, “encuentra su fundamento y núcleo esencial en el postulado de la buena fe enunciado en el artículo 83 de la Carta Política, según el cual aquélla se presume en todo tipo de actuación que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, situación que se armoniza con la presunción de inocencia –principio constitutivo del debido proceso, este último aplicable igualmente en materia administrativa”.⁵¹

Continúa el Consejo de Estado aplicando este principio en la solución de diferentes problemas jurídicos. En el 2011⁵² indica que el principio de la buena fe debe informar todas las actuaciones de las partes en los distintos procesos judiciales. Y, en el año 2013, recuerda la Sección Segunda, que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política, “las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe”.

Finalmente, en sentencia del 23 de marzo de 2017⁵³, analizó la buena fe, como facilitadora de “un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados”.

⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 03 de diciembre de 2007. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de julio de 2009. CP. Enrique Gil Botero.

⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 10 de marzo de 2011. CP. Danilo Rojas Betancourt.

⁵³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 23 de marzo de 2017. CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

1.5.3 Doctrina de la jurisdicción ordinaria. Siguiendo con la caracterización jurisprudencial y como se precisó líneas atrás, este postulado tuvo su nacimiento desde las relaciones privadas, por lo que se hace referencia a algunos pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia.

En el año 2000⁵⁴ respecto de las relaciones patrimoniales, señaló que la buena fe se “concreta, no solo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones”.

En el mismo sentido, y respecto de las reglas propias que regulan los negocios jurídicos manifestó que las condiciones contractuales deben cumplirse de manera sincera y honesta, “sin confusiones deliberadas u oscuras, motivo por el cual, la buena fe, propende por irradiar confianza respecto de las obligaciones que emanan de la declaración de voluntad”.⁵⁵

Ya para el año 2008⁵⁶, se refirió a este postulado, como un principio general del derecho, que irradia todo el ordenamiento y se equipara a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad.

Ambas partes contratantes deben observar la buena fe contractual, postulado rector de probidad o lealtad, evitando cualquier desequilibrio significativo de cara a

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 9 de agosto de 2000, MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 9 de agosto de 2000, MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 21 de mayo de 2002, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

los derechos y las obligaciones que contraen las partes.⁵⁷ Bajo la misma postura, en el año 2014⁵⁸ indicó que en los negocios jurídicos “se espera, entonces, conciencia que el ejercicio de ciertos derechos impone, concomitantemente, el respeto por los ajenos; es patentizar valores como la razonabilidad, el equilibrio contractual, el fin común”.

En el año 2012, merece especial referencia la doctrina emitida por esta Corte, a través de la cual recuerda la grandeza de los principios generales del derecho, respecto de su contribución a la justicia, siendo el de buena fe, un principio general del derecho, “presente en todas las instituciones, figuras y reglas del ordenamiento jurídico”.

Y expresa un deber ecuménico para el juez que debe valerse de este, para ejecutar su labor aplicativa y hermenéutica del ordenamiento en la solución de los conflictos, en especial, en las relaciones obligatorias y contractuales. Así, señaló:

Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona FIDES con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección (...) La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada ‘buena fe subjetiva’ (creencia o confianza), al igual que en la ‘objetiva’ (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 02 de febrero de 2001, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 13 de mayo de 2014, MP. Margarita Caballero Blanco.

unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil.⁵⁹

Aspecto igualmente a enfatizar es que aquí, la Corte informa que los acuerdos de voluntades, si bien están participados de la voluntad de las partes dentro de su esfera dispositiva, también y de manera paralela lo están de la Ley, que les sirvió de marco o regla de conducta al momento de su declaración.

Continúa la Corte pronunciándose sobre la buena fe reiterando su condición de principio general del derecho⁶⁰ y señalando que “desde el seno de la Asamblea Constitucional se privilegió el valor ético de la confianza”.

Adicionalmente aclara que “el postulado en mención se encuentra presente en todas las fases del iter contractual, el cual inicia desde las mismas tratativas, según lo ordena el canon 863 del C. de Co al establecer que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual”.

Recientemente consideró⁶¹ que la buena fe es el equivalente a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, y corresponde al Estado desvirtuarla. Dijo la Corte: “Nuestro ordenamiento constitucional y, especialmente, el régimen civil han desarrollado además del concepto de buena fe como mandato constitucional general, la figura de buena fe simple como principio y forma de conducta. Esta equivale a obrar con

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 27 de febrero de 2012. MP. William Namén Vargas.

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 22 de abril de 2016, MP. Margarita Cabello Blanco.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 08 de junio de 2017, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalve.

lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones”.

1.6 LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA COMO PROYECCIÓN DEL DE BUENA FE

Ya se ha trazado un enfoque de relación indisoluble entre estos principios. Una vez el hombre logró trascender en su individualidad al estadio de lo social, dicha interacción con el otro demanda unos supuestos que ofrezcan firmeza y protección en cada uno de los actos que se establezcan; un presupuesto de confianza, que no es más que el respeto mutuo de los partícipes en el vínculo y otro de seguridad jurídica, como aquella protección que goza cada uno de los actores, independientemente de su interés y/o participación en la misma; y ambos presupuestos componen una especie de membrana que recubre el actuar, denominada buena fe.

Se coincide por un amplio sector de la doctrina, en que uno de los primeros referentes del concepto de confianza legítima se dio por el Tribunal Supremo Español, en decisión del 28 de febrero de 1989:

Así lo refiere De Vivero⁶²:

Los hechos que se relatan dan cuenta de un centro de enseñanza que ha venido disfrutando de una subvención del Estado para el curso del año académico 1982-1983 a pesar de no estar cumpliendo los requisitos para obtenerla. En el año siguiente se le niega a pesar de no existir variación en las condiciones de hecho y de derecho en las que se encontraba el año

⁶² De VIVERO, Felipe. La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. Revista de Derecho Público (17), 2004. p. 126.

anterior y que llevaron a recibir la subvención para ese año y el anticipo para el año siguiente pese a negarse definitivamente la correspondiente al año 1983-1984. (...) El tribunal supremo concluye, que, si la situación de hecho no había sido modificada de un año para otro, no era posible negar la subvención toda vez que el colegio tenía la convicción de que recibiría la totalidad de la misma.

Posteriormente, el ordenamiento jurídico español consagró expresamente este principio, junto con el de buena fe, en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶³, indicando que es deber de las administraciones públicas servir con objetividad los intereses generales y actuarán respetando los principios de buena fe y de confianza legítima.

En Colombia, este principio se ha venido enclavando en el ordenamiento a través de la aplicación de la justicia, que porfía por la protección y garantía de los derechos del ciudadano respecto de las actuaciones de la Administración Pública, las cuales deben ejecutarse dentro del cerco de la buena fe, el cual se afirma como una expectativa legítima del ciudadano; así lo concibe el profesor Sarmiento⁶⁴, “entiéndase expectativa con una estabilidad o protección que la administración entrega al individuo con carácter de certeza o ante los cambios súbitos de legislación, además de la duda si podría aplicar en derechos adquiridos a pesar del este pronunciamiento”.

Bermúdez⁶⁵ señala en este sentido que “la protección de la confianza legítima, en un sentido jurídico, significa, por tanto, una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la

⁶³ Artículo 3 Ley 30 de 1992.

⁶⁴ SARMIENTO, F. Ruptura del Principio de Confianza Legítima de los Entes Territoriales ante los desastres naturales. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia, 2014. p. 35.

⁶⁵ Bermúdez Soto, J. El Principio De Confianza Legítima en la actuación de la administración como límite a la facultad invalidatoria. Revista De Derecho, Vol. XVIII No. 2, p. 89.

adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de este. De esta forma su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la administración como de la legislación, como, por último, de la jurisprudencia”.

En pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia T – 472 de 2009⁶⁶ exhibe el alcance del principio de confianza legítima:

(i) que no libera a la administración del deber de enderezar sus actos u omisiones irregulares, sino que le impone la obligación de hacerlo de manera tal que no se atropellen los derechos fundamentales de los asociados, para lo cual será preciso 41 examinar cautelosamente el impacto de su proceder y diseñar estrategias de solución; (ii) que no se trata de un derecho absoluto y por tanto su ponderación debe efectuarse bajo el criterio de proporcionalidad; (iii) que no puede estar enfocado a obtener el pago de indemnización, resarcimiento, reparación, donación o semejantes y (iv) que no recae sobre derechos adquiridos, sino de situaciones jurídicas anómalas susceptibles de modificación.

En reciente pronunciamiento, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶⁷ señaló que el principio confianza legítima se manifiesta en situaciones donde la expectativa de un sujeto por la conducta de otro genera un grado de confianza, sinceridad, seriedad y veracidad, ocasionando una protección legal y constitucional y confiando de buena fe que no varíen las circunstancias que lo rodean y por tanto constituye la materialización del principio de seguridad jurídica en las relaciones del Estado con sus asociados:

Es una consecuencia lógica del principio de buena fe en toda relación jurídica... el primer significado busca otorgar al ciudadano el derecho a prever

⁶⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T – 472 de 2009.

⁶⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda en Sentencia 440123330020130005901(48762014) de septiembre 1 de 2016.

y ordenar su trayectoria de vida y sus negocios, con un mínimo de estabilidad institucional, en un marco donde no cambian sus circunstancias con relación al Estado....Y el segundo tiene como fin garantizar la confianza que se predica de la fuerza vinculante de la manifestación de la voluntad, y en general de cualquier comportamiento voluntario o involuntario interesado en producir efectos jurídicos entre particulares o entre el Estado y sus asociados.

Por su parte, el principio de seguridad jurídica, al igual que los anteriores, ha progresado a través de los tiempos, siendo aceptado al momento por varios modelos políticos y jurídicos edificados bajo la forma de Estado Social de Derecho, refiriéndose a la firmeza, certeza y orden en las relaciones Estado – ciudadano.

Para el español Sánchez de la Torre,⁶⁸ la seguridad jurídica es “la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica y no será modificada sino por procedimientos regulares y conductos establecidos de manera previa y clara por el derecho”, el cual debe ser comprendido no solo por el conjunto de reglas sino de principios.

Pérez⁶⁹, define la seguridad jurídica como:

Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se

⁶⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. El Derecho en la aventura europea de la libertad. Madrid: Editorial Reus, 1987.

⁶⁹ PEREZ LUÑO, Antonio E. Seguridad jurídica. En GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA J., Francisco (Eds.). El derecho y la justicia. Editorial Trotta S.A., 2000. p. 483.

presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales.

Entonces la seguridad jurídica es la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismos necesarios para que los sujetos obtengan una cierta garantía sobre cómo van a ser las normas jurídicas que rigen sus conductas, y cuáles serán las que se apliquen cada una de las mismas.⁷⁰

En Colombia se puede expresar que este concepto inicio su aparición, aunque insustancial, con la Constitución de 1886, la cual, en su artículo 16 establecía que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”; pero fue con la promulgación de la Constitución de 1991, que acogió el modelo de Estado Social de Derecho, en donde se le dio una nueva perspectiva este principio, dotando al ciudadano no solo de unos derechos ante la administración, sino estableciendo los mecanismos para lograr su real concreción.

La Corte Constitucional, a través de sentencia T-502 de 2002⁷¹ señaló: “En materia de competencias, que la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia; y por otra, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado”.

⁷⁰ ESCUDERO ALDAY, Rafael. Positivismo y moral interna del derecho. Madrid: Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000. p. 502.

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502 de 2002.

Así lo expone el profesor Gallego Marín⁷², la seguridad jurídica busca “garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, como presupuesto del derecho — derechos—, y de la Dignidad Humana ante los atropellos que puedan sufrir, incluso por las mismas autoridades judiciales”.

Entonces, se tiene que la seguridad jurídica alimenta y robustece las relaciones entre gobernantes y gobernados, apartando cualquier situación jurídica indefinida, confusa o imprecisa; a contrario sensu, vivifica la certeza para el ciudadano, de respeto por parte de las autoridades estatales de sus derechos fundamentales.

Así se puede concluir que, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima son la expresión más primaria del postulado constitucional de la buena fe, al no solamente servir de cerco para las relaciones jurídicas entre particulares y entre estos y el Estado, sino que se constituyen en baluartes contra las acciones u omisiones arbitrarias de la Administración Pública.

1.7 CHOQUE DE TRENES

Se concluye este capítulo, tocando en unas líneas muy rápidas un tema que, al contrario de lo hasta aquí expuesto, ha generado una costra para la justicia colombiana denominada “inseguridad jurídica”, como consecuencia de lo que a veces se ha llamado el “Choque de trenes”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y confiada a ella la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se ha venido suscitando un fenómeno de colisiones entre las Altas Cortes del Poder Público, en especial con la Corte Suprema de justicia, que hasta la expedición de la Constitución de

⁷² GALLEGO MARÍN, C. A. El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. En: JURID, Manizales – Colombia, 2012. p. 85.

1991 venía adelantando el control de constitucionalidad y con el Consejo de Estado, que mantiene un control de constitucionalidad residual⁷³, para aquellas situaciones no consagradas expresamente en la Constitución.

Pareciera entonces que los colombianos que están sometidos al derecho del poder judicial, están día a día más habituados a las fricciones entre las altas Cortes que disienten en la aplicación del ordenamiento jurídico y que reclaman para cada jurisdicción, una especie de ímpetu de la verdad, en aquellos casos en que un mismo pleito es planteado a distintas jurisdicciones.

Así y a modo de ejemplo, en sentencia SU-640/98⁷⁴, se dio un embate entre las posiciones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto del periodo de los alcaldes, en donde esta última, desestimó argumentos del Consejo de Estado y manifestó que dada su calidad de intérprete auténtica de la Constitución y de organismo encargado de actualizar la voluntad del constituyente, de sus decisiones obligaba tanto la parte resolutive como la ratio decidendi del fallo, es decir, las fracciones de la parte motiva que estuvieran en íntima relación con la parte resolutive de la sentencia:

En un inicio, el Consejo de Estado, insistió en que la Corte Constitucional, al anular algunas de sus decisiones, usurpaba las competencias propias como órgano de cierre en materia contencioso administrativa; un poco más recientemente el Consejo de Estado ha consentido ésta posición del Tribunal Constitucional, reseñando que la Corte tendrá la facultad de revisar sus decisiones, en el marco de asuntos con especial relevancia constitucional y

⁷³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: () 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-640/98.

no simplemente legal, en procura de la protección del principio de cosa juzgada y seguridad jurídica del ordenamiento.⁷⁵

Lo cierto es que, y ya se analizaba en líneas anteriores, tal y como se ha acrisolado el asunto del precedente constitucional en el sistema de fuentes, al punto de entenderse, dentro del ordenamiento como verdadero fundamento de derecho y, por tanto, no una simple guía alternativa sino de aplicación obligatoria para los funcionarios:

La interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, como que esta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo histórico. Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su sentido. (...) la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vínculo insustituible para que ella adquiera status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico.⁷⁶

Así, la congruencia o si se quiere correspondencia en la aplicación de las reglas (ratio decidendi) fijadas en la jurisprudencia, son expresión de la garantía de seguridad jurídica y confianza legítima, rasgos cardinales del principio de la buena fe.

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencias del 18 de abril de 2013 de la Sección Quinta. C.P. Mauricio Torres Cuervo. Radicación número: 2012-01010-01(AC). Y la Sentencia del 7 de marzo de 2013 de la Sección Quinta. C.P. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 2012-00759-01.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de Voto a la Sentencia C- 688 de 2002. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil, citando la Sentencia SU- 640 de 1998.

Ya lo señalaba Ollero⁷⁷,

De una parte, a nivel normativo, queda claro no solo que la Constitución es la fuente primaria de todo el ordenamiento jurídico al ser norma de normas y de invalidar cualquier disposición inferior que le sea contraria, sino que el principio de igualdad, como un derecho fundamental prevalente de los asociados, la seguridad jurídica y la confianza legítima irradian tanto la creación de la ley como la aplicación de ésta, lo cual implica que los jueces deban resolver casos iguales de igual forma.

1.8 COROLARIO

Este postulado ha venido propagándose de manera escalonada en la aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos regulatorios en Colombia; así, en la actualidad, no solamente se predica en materia contractual, sino que su auge ha conquistado todas las esferas sociales, en las cuales el juez se desenvuelve en el ejercicio de su función de aplicación de la justicia.

Como se trató en líneas anteriores, en Colombia, el principio de la bona fides, está contenido en el ordenamiento superior, y es por tanto fuente de derecho directo y límite dentro del ejercicio del poder judicial.

Es así, que debe reconocerse y aplicarlo como fuente de derecho, inclusive antes de la expedición de la Constitución de 1991, como quiera que la Ley 153 de 1887 estableció en artículo 8°, que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

⁷⁷ OLLERO, Andrés. Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda edición aumentada y actualizada. Madrid, 2005. p. 17-31.

Se precisa entonces, que al tratarse de una fuente de Derecho expresamente reconocida por la norma supra legal, no puede afirmarse, como lo han hecho algunos doctrinantes, que la verdadera fuente no es en sí mismo el postulado de la buena fe, sino la jurisprudencia, que la ha desarrollado, depurado y refinado.

Pareciera que la precisión resultara irrelevante, empero, es de gran significado para estas líneas, ya que los jueces se han limitado a aplicarla como principio general del derecho orientador de las relaciones entre los particulares, relegando su adeudo como autoridades llamadas a reconocerla.

Respecto de la regulación Contencioso Administrativa, la Ley 1437 de 2011, establece en su artículo 3, que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este Código y en las leyes especiales. Señala así mismo, que todas las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Y que en virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes, como si fuese necesario recordar, su deber constitucional, a las autoridades, en especial a los jueces, el principio de la bona fide y de su corolario, la confianza legítima establece la misma normativa en el artículo 10° que, existe un deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia: “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

Tal y como lo plantea el filósofo y jurista Larenz: “La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y, en particular, de toda la vinculación jurídica individual” (...) “el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho Procesal y el Derecho Público”.⁷⁸

Así es como, para el Derecho colombiano, es la esencia que obliga respeto y lealtad en la actuación de todos los órganos del Estado frente a sus administrados, no pudiendo entonces defraudar esa idea y convicción de confianza debida a los ciudadanos.

En suma, y de conformidad con lo avanzado hasta este punto y a efectos de incumbir a este estudio, en Colombia, el principio de buena fe, se ha concretado por vía jurisprudencial como el instrumento constitucional con que cuenta un ciudadano para ejecutar, bajo criterios de honestidad y lealtad, sus relaciones personales, y una garantía ante el Estado para acudir a su tutela y protección, en condiciones de certeza y confianza, concepto este último que sujeta estrecha correlación y concordancia, con la buena fe y que en relaciones públicas se denomina “confianza legítima”.

⁷⁸ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. En: Revista de Derecho Privado. Madrid: Ed. España, 1958. p. 327.

CAPITULO II

LA BUENA FE COMO UN PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN

2.1 INTRODUCCIÓN

Se ha establecido ya que la buena fe es un principio constitucional consagrado de manera expresa en la Constitución Política de 1991, cuya esencia radica en la exigencia y presunción de un comportamiento leal y correcto de todos, al tiempo de constituirse como un aparato de protección de los particulares ante las actuaciones de la administración, como quiera que no se trata de relaciones igualitarias donde ambas partes tienen las mismas atribuciones y facultades.

Ahora bien, en materia de contratos, y ya lo referíamos anteriormente, aun cuando no había existido regulación normativa expresa ni constitucional, esta se presumía incorporada en todos los acuerdos de voluntades privados, como uno de los fundamentos del desarrollo de las relaciones humanas honestas y rectas, dentro de la sociedad.

En este segundo capítulo, y una vez enunciado el desarrollo histórico de la buena fe en Colombia, se analizará su aplicación en las relaciones contractuales, y la preeminencia de un “buen actuar” dentro de los compromisos u obligaciones adquiridos.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Como se refirió anteriormente, la fides fue desde el Derecho Romano fundamento del comportamiento humano; como indica Nörr⁷⁹, la fides ha sido una de las categorías esenciales para la comprensión del ordenamiento jurídico romano, ya que encarnaba “la expectativa de comportamiento conforme a la norma”.

Igualmente se señala, que dentro de la historia del Derecho Romano, se diferenciaron dos etapas: la etapa clásica y la post-clásica. La primera, referida a las buenas acciones o juicios; en tanto en la segunda, la buena fe se constituía como una característica de los acuerdos o de las obligaciones, y de la cual se puede decir, se derivaban algunas reglas imperativas; es entonces, desde este periodo postclásico que empieza a concebirse la buena fe como un criterio o canon de conducta.

No puede olvidarse, que este Derecho, estaba profundamente influenciado por la religión, y que ambos convergían en el planteamiento y solución de los diferentes asuntos de la vida en Roma. Según Neme⁸⁰, “existía una fuerte compenetración entre lo jurídico y lo religioso, entre el Derecho y lo divino, llegándose a hablar de un orden jurídico-religioso romano”. Y el más claro ejemplo de ello, se ve reflejado en la invocación que se hacía de la diosa romana fides, la diosa de la confianza, cuando se celebraban los diferentes negocios jurídicos, en los que mediaba un juramento de las partes elevado ante esta divinidad, como deponente de fidelidad en la palabra dada.

⁷⁹ DIETER, Nörr. La fides en el derecho internacional romano (trad. Rafael Domingo). En: Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”. Madrid. 2 ed., 1996. p. 16.

⁸⁰ NEME VILLARREAL, Martha. La buena fe en el Derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 28.

Para varios autores, entre estos Betti⁸¹, desde esos momentos de la historia, se conoce el concepto de confianza y seguridad en el compromiso que asumía “hábito de firmeza y de coherencia de quien sabe recordar los compromisos asumidos mediante declaraciones y acuerdos”.

Este concepto fue evolucionando, para superar, no solamente la fidelidad a la promesa realizada de forma individual, sino a la fuerza y vigor del compromiso asumido. Insiste Neme⁸² “el uso de la fides en la celebración de negocios jurídicos ofrecía una garantía al cumplimiento de lo prometido para la otra parte. Tenía así una doble significación: la confianza en la palabra dada y la garantía de eficacia del compromiso pactado”.

Al llegar la expansión del territorio Romano, y así el surgimiento del comercio con otros pueblos, era incuestionable la superación de estas regulaciones internas, y se buscaron mecanismos para que tal principio trascendiera a los acuerdos comerciales externos. Se empezaron a celebrar alianzas entre los pueblos, fundamentadas en la fides pública, a través de los cuales se entendía una preminencia respecto de las reglas internas de cada organización social, primando la buena fe negocial de las partes.

No obstante lo anterior, existían algunos comerciantes sin capacidad legal para celebrar estos acuerdos, por lo que, también bajo este postulado de la fides, se estructuró la aplicación de estas, bajo fórmulas de reenvío procesal, procurando garantizar lo sustancial de los puros formalismos, privilegiando la intención de las partes y el rendimiento de lo acordado, respecto de la rigurosidad de las formas.

⁸¹ BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. p. 84.

⁸² NEME. Op. Cit., p. 44 y ss.

Es entonces la fides, el fundamento de todas las relaciones sociales, que ya no solo implicaba la lealtad al compromiso celebrado, sino el respeto a los intereses de la otra parte.

Bajo la necesidad de que estos nuevos negocios jurídicos fueran beneficiados con la aplicación especial de estas fórmulas, se crea la figura judicial del Pretor para el año 242 d.C., como un magistrado que, siempre y cuando las partes lo acordaran, entraba a dirimir los asuntos negociales, lo que robustece y fortifica aún más autonomía y la libertad para negociar.

Posteriormente, y a través de los distintos pronunciamientos de este Pretor, se empezó a estructurar un criterio de bona fides, propio para las relaciones comerciales, es decir, más allá de un comportamiento individual honesto y confiable, bajo este postulado, se debían aplicar, reconocer y respetar las formas propias del tráfico negocial.

Se erige entonces como un mecanismo o método de interpretación de los negocios, al momento de su valoración y juzgamiento. Wieacker⁸³ manifiesta que “el vínculo jurídico ya no se sustentaba en el cumplimiento textual de la palabra empeñada, sino en el cumplimiento leal del mismo”.

Es así entonces, como, y con ocasión al desarrollo del comercio, la buena fe nace como un instrumento de valoración judicial en los acuerdos u obligaciones negociales, e inicia su camino como principio general del derecho e informador de las relaciones jurídicas contractuales.

Surge como un mecanismo equilibrador en caso de quebrantamiento de los acuerdos. Es en esencia, como lo manifiesta Neme⁸⁴, la “función integradora del

⁸³ WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid: Civitas, 1982. p. 61.

⁸⁴ NEME. Op. Cit., p. 240.

contenido del negocio con base a la buena fe se manifestaba en dos tipos de reglas: por un lado, las obligaciones adicionales no previstas en el contrato; y, por otro, las relativas a la restricción de obligaciones estipuladas dentro del negocio jurídico”.

Recogiendo lo señalado en el capítulo anterior, con la conformación del Corpus Iuris Civilis del emperador Justiniano, el Derecho Romano mantuvo su vigencia en el transcurrir de la historia, al punto de influenciar el derecho actual y en específico en el concepto y elaboración de la teoría de los contratos.

Con las nuevas formas de agrupación de las normas jurídicas, surgen las codificaciones modernas para los siglos XIX y XX; se dio inicio a la positivización de la buena fe, bien bajo la influencia del iusnaturalismo o del positivismo, en donde para la primera corriente filosófica, se mantenía la necesaria fundamentación del derecho en unos valores supremos inmutables como lo es el de justicia y, para la segunda postura, el derecho es una construcción y respuesta histórica de las relaciones, sin reconocimiento de derecho natural alguno.

Más allá de estos debates filosóficos, lo interesante para este estudio, es que la buena fe logró ubicarse dentro de estas regulaciones Civilistas, comportando una especial significación dentro del Derecho de los Contratos o las Obligaciones.

Así, para el año 1804, el Código Civil Francés estableció a la buena fe como un elemento esencial de las relaciones contractuales. En igual sentido lo consignaron los códigos de Bélgica, Alemania, Portugal e Italia. Siendo nuestro Derecho Civil Colombiano, primogénito del francés, su incidencia, definiría en nuestro Código Civil, su conceptualización y contenido.

2.3 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN EN GENERAL

Hablar de la buena fe como principio de la contratación, resulta, a punto de este tema ampuloso, habiendo ya señalado, que desde los comienzos de las relaciones jurídicas obligacionales, este se constituyó en cimiento de los encargos asumidos por los negociantes, como modelo de conducta general, que exalta los parámetros correctos de comportamiento exigidos dentro de una sociedad y además, es una condición necesaria para la convivencia, la paz y la seguridad jurídica de cualquier sociedad, en tanto supone una condición de confianza en el actuar del otro.

Bajo esta condición, se exige que, dentro de la vida de los negocios, prime la honestidad y la confianza dentro de todas las etapas del negocio jurídico, pero en especial, en la etapa de formación inicial, ya que es en este momento en el que las partes definen y establecen las condiciones en que otorgan su consentimiento, el que responde a cada uno de sus interés, y se edifica conforme al ordenamiento jurídico vigente e imperante al momento de su celebración.

Al exigirse entonces como arquetipo social en cada una de las actuaciones la buena fe, y en específico en materia contractual, se fija un balance universal entre las partes de respeto y reconocimiento por los intereses legítimos de la otra parte. Los negocios jurídicos se celebran con el fin de cumplir las intenciones de los contratantes.

2.3.1 Concepto y regulación normativa. Se había ya precisado que la buena fe comporta una fuerza universal como principio general del derecho, por cuanto integra y da contenido a los diferentes sistemas normativos, pero en especial, a los que regulan los acuerdos de voluntades, en tanto ilumina los propósitos y fines en que se manifiesta la voluntad de las partes. Ya lo señalaba Largo ⁸⁵ “La fuerza obligatoria del contrato comporta que cada contratante se encuentra ligado por este, como si la obligación le fuera impuesta por la ley”.

Empero, no solamente pretende orientar estas intenciones privadas dentro de lo leal y honesto, sino que tutela a todas las circunstancias adicionales o accesorias, que rodean un momento determinado un contrato. Además, y tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia que se analizará a continuación, no solamente este principio permite orientar el contenido del contrato en sí mismo, sino que además, como principio superior, impone el deber para las autoridades judiciales de reconocer y preservar su sentido, en los términos convenidos.

Betti⁸⁶ la define, como “una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte”, bajo criterios de confianza y seguridad.

Para Valencia y Ortiz⁸⁷, la buena fe en materia contractual, es simplemente el deber de cumplir con las obligaciones, bajo un criterio de “conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable”.

⁸⁵ LARGO TABORDA, Adriana. Tensión entre la autonomía privada y la buena fe en la contratación privada contemporánea. Colombia: Universidad de Antioquia, 2012. p. 41.

⁸⁶ BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 74.

⁸⁷ VALENCIA y ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas. Bogotá, 2006. p. 679.

De lo expuesto se podría indicar que, la buena fe contractual es aquel principio esencial de los negocios, que constriñe o exige de las partes contratantes actuar entre sí bajo criterios de honestidad y rectitud respecto de lo convenido, procurando condiciones de seguridad e inalterabilidad del mundo de los negocios.

Por ello, la buena fe está presente en todas las etapas de formación de la voluntad contractual; desde el mismo momento en que se concibe o representa el objetivo pactado, se concreta en la suscripción del contrato, pasando por el periodo de ejecución de los compromisos, inclusive, hasta la valoración que de ellos se haga, eventualmente por el juez. Es en este sentido, que la jurisprudencia ha señalado a este postulado como un principio in extenso, es decir, se caracteriza por su sellada intensidad en todo el proceso contractual.

Se replica que el principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano tiene consagración expresa constitucional y legal. Se indicó que al tenor de lo señalado en el artículo 83 constitucional, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe.

A su turno, el Derecho Civil colombiano, dispone⁸⁸ que las partes contratantes se encuentren no solamente obligadas por el contenido de las obligaciones que se encuentran en los contratos, sino de todas aquellas actuaciones emanadas del mismo.

Es así la buena fe contractual, un elemento vital dentro de la celebración de los contratos. Por su parte, el Código de Comercio⁸⁹ trata en sus artículos 863 y 871

⁸⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603. Editorial Leyer, 2002. ARTICULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁸⁹ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Editorial Leyer, 2015.

la buena fe, antes y durante la ejecución de los contratos y dentro de esta última fase, no solamente fuerza a los contratantes a respetar lo abiertamente pactado en el acuerdo, sino a todo lo que se resulte del mismo, conforme a la Ley, la costumbre o la equidad natural.

2.3.1.1 Doctrina de la jurisdicción constitucional. Se destaca en este acápite, la interpretación que ha efectuado la Corte Constitucional respecto del principio de la buena fe como deber de las partes de cumplir la obligación bajo criterios de honestidad y moralidad.

Una vez promulgada la Constitución Política de 1991 y durante esa década, la Corte Constitucional y en desarrollo del citado principio, resaltó que la buena fe compele a las partes a comportarse entre sí de manera leal dentro de los términos del contrato. Así, y para el año 1993, respecto de las prácticas comerciales desleales señaló que:

Las responsabilidades a que la Constitución condiciona la ‘libre competencia’, suponen en la práctica una serie de limitaciones a su ejercicio, que no se pueden desconocer porque de hecho se entra en el terreno de lo indebido, del abuso del derecho a competir, o si se prefiere, en el campo de la ‘competencia desleal’. En este ámbito, se desplaza la lealtad por las maniobras deshonestas, el libre juego entre los competidores por las prácticas de mala fe, todo ello reñido, como es obvio, con la rectitud comercial. La venta a precio de dumping es una práctica contraria a la competencia leal, y como tal constituye un ‘abuso del derecho’.⁹⁰

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-492 del 28 de octubre de 1993. MP. Antonio Barrera Carbonell.

Ha enfatizado en que la buena fe envuelve la rendición de las partes a la palabra obligada dentro de los compromisos celebrados⁹¹: “se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes”, alude a la firmeza de los acuerdos con fundamento en el aludido principio: “Lo anterior, pues no es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas”.

Mediante sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004⁹², en la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio, se señaló por la Corte Constitucional que, en virtud del principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.

En el mismo sentido señaló, respecto de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, que, sobrelleva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas jurídicas que son aplicables:

Las reglas aplicables a todos los contratos son estas: a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos

⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 039 de 19 de febrero de 1998. MP. Hernando Herrera Vergara.

⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil.

sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de la convención. b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de ésta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio recíproco de las partes.

Finalmente, es preciso indicar que la Corte ha señalado⁹³ que la aplicación del principio de la buena fe “no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo, hasta su extinción”.

2.3.1.2 Doctrina de la jurisdicción ordinaria. Sobre el principio de buena fe en la contratación, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que, este principio es general del derecho y se encuentra presente dentro de la teoría de los contratos, como creador y productor de obligaciones:

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no

⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-794 del 23 de agosto de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras”.⁹⁴

Igualmente ha reconocido que, es fundamento esencial para la constitución de estas relaciones contractuales, como principio general -e informador- del derecho, amén de estándares y patrones jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil”⁹⁵, al tiempo que lo identifica como un actuar conforme a pautas de los usos sociales y las buenas costumbres: “es realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad y se equipara a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor”.⁹⁶

De la misma manera, ha manifestado la Corte, que este principio está presente en todo el iter contractual, y no solamente al momento de su formación.⁹⁷ Es imperativo observar los deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de determinada relación contractual, y de las finalidades perseguidas por las partes, todo lo cual puede conducir a una interpretación de las obligaciones derivadas del contrato en términos que se aparten de la literalidad del mismo.⁹⁸

Especial importancia merece la referencia jurisprudencial que se sigue, respecto de la valiosa función que comporta la buena fe en materia de interpretación de los

⁹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 09 de agosto de 2000. MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

⁹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 02 de julio de 2001. MP. William Namén Vargas.

⁹⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 15 de julio de 2008. MP. William Namén Vargas.

⁹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 02 de agosto de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 17 de marzo de 2003. MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

contratos, al punto que el juez en la labor de interpretación de estos, no solo tiene potestad para penetrar en las reglas exegéticas que regulan la voluntad de las partes, sino que le corresponde comprenderlas dentro del contexto de este principio:

En jurisprudencia reiterada, ha resaltado que si la misión del intérprete, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él (CCLV, 568). A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios o directrices que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural.⁹⁹

De modo que, para la doctrina ordinaria, es preponderante la capacidad creadora de obligaciones de este principio superior en materia contractual dentro de todo el

⁹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 28 de febrero de 2005. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

escenario del negocio jurídico, y extiende sus efectos, hasta el juez natural del contrato, circunscribiendo y sujetando su ejercicio interpretativo a la buena fe.

Así las cosas, y tal como se ha aludido a lo largo del texto, el principio de la buena fe es aplicable, en virtud del mandato constitucional a todas las relaciones del tráfico jurídico, pero en especial dentro del componente contractual, toda vez que se ha definido como pauta, medida, regla de conducta dentro de los negocios contractuales, siendo entonces en este preciso momento y una vez definido en contexto de la contratación en general, donde surge la necesidad forzosa de analizarlo en materia de contratación estatal, como arista de la gestión pública.

2.4 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.4.1 Concepto y regulación normativa. Como quedó sentado anteriormente, es la buena fe es uno de los principios generales de derecho más perceptibles y a su vez manifiesto en el tráfico de las relaciones jurídicas o de derecho, no pudiendo escapar de ellas la relación pública - privada contractual, inclusive, fuerza señalar que su aplicación reviste una mayor preminencia y notabilidad cuando se trata de las relaciones que surjan desde la Administración Pública.

Como se expuso, fue ubicado inicialmente en el derecho privado, no obstante y desde su consagración constitucional, es un principio perpendicular a todas las relaciones de derecho, que admite, sin dudarlo, las que se erigen desde el ejercicio de la función pública.

Entonces, el principio de la buena fe, compele a la administración dentro de la teoría de los contratos estatales, a cumplirlos con lealtad y confianza, y a exigir del contratante comportamiento en el mismo sentido.

Partiendo del fundamento constitucional mencionado anteriormente (artículo 83 Constitución Política de Colombia), la regulación especial sobre este principio en

materia de contratación pública en Colombia se produjo con la expedición de la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. A partir de la vigencia de esta normativa, el ordenamiento adoptó la categoría jurídica de “Contrato Estatal”, definiéndolo, en el artículo 32, como el acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurre una de las entidades estatales que menciona el artículo segundo¹⁰⁰, de la precitada normativa.

Así mismo señaló, que en materia de interpretación de las reglas contractuales, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata ese estatuto, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos.

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.

¹⁰⁰ Art. 2 de la Ley 80 de 1993: “DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

2.4.2 Evolución jurisprudencial

2.4.2.1 Doctrina de la jurisdicción constitucional. Se ha visto precedentemente, el panorama general de este concepto de buena fe, desde el ámbito de su regulación como principio general del derecho, así como desde la interpretación que se ha hecho en el mundo de los contratos.

Basta simplemente referenciar, las más importantes disquisiciones que ha hecho la Corte Constitucional en materia de contratación estatal, bajo el esquema constitucional que ha adoptado de referenciar las aplicaciones normativas, desde los preceptos superiores, y de tal mecánica no escapan los contratos estatales.

De esta manera, señaló expresamente la Corte Constitucional que el régimen de contratación del Estado no solamente está alimentado por las normas del Código Civil o de Comercio:

Sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.¹⁰¹

Se señala igualmente en esta decisión, que la buena fe tiene un fundamento orientador en la interpretación de los contratos estatales, es decir, de las obligaciones derivadas del mismo, las cuales deben sobrellevar “exigencias éticas

¹⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos”.

Replicada posición se encuentra a lo largo de sus pronunciamientos, en donde ha sido facunda al declarar el fundamento ético de la buena fe y la confianza, como asiento de los contratos estatales, “el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe”.¹⁰²

2.4.2.2 Doctrina de la jurisdicción administrativa. En el ámbito de la jurisprudencia administrativa, al igual que la constitucional, ya se había tenido la oportunidad de referenciar la aplicación de este postulado constitucional en los contratos estatales. No obstante, se precisan algunos pronunciamientos jurisprudenciales, para finalmente, plantear algunas conclusiones del capítulo.

Desde los primeros años de la aplicación de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado, acogió la posición mayoritaria de la doctrina imperante al momento, que reconocía, la existencia de deberes de lealtad y honestidad, dentro de los contratos de la administración, y afirmó que “el ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pasiva vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por lo tanto de la paz jurídica”.¹⁰³

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 10 de septiembre de 1992. CP. Julio César Uribe Acosta.

Reafirma la condición de principio reinante, tanto para los particulares como para la Administración, dentro de las relaciones contractuales, y los congenia a tener en cuenta:

Las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos”. Realza en este pronunciamiento el Consejo de Estado, la preponderancia y significación de este principio dentro del derecho público, “De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados. (...).¹⁰⁴

Manifiesta esta doctrina, que la buena fe en los contratos estatales es de carácter objetivo, es decir, que trasciende la convicción puramente personal de estar actuando con honradez y lealtad para levantarse como una norma de conducta o deber de comportamiento respecto de las relaciones jurídicas negociales en cada una de las fases del desarrollo contractual, ajustadas a lo convenido y al ordenamiento jurídico imperante al momento de su celebración; determina así, que la buena fe:

Consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 1996. CP. Jesús María Carrillo.

debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.¹⁰⁵

Finalmente, y en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado otorgó a este principio constitucional una función integradora de las obligaciones y derechos que nacen con ocasión del negocio jurídico público; como aquella posibilidad de:

Incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama. En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2.5 COROLARIO

No cabe duda que la buena fe en el ámbito del derecho público, y en punto de los contratos estatales, constituye el cauce a través del cual transitan las relaciones convencionales.

Su condición de principio constitucional adquiere una magnitud trascendental en materia de interpretación e interacción de las reglas convencionales acordadas por las partes contratantes, en una sociedad que demanda cada vez más, contenidos de justicia material por parte de los operadores jurisdiccionales. Así, al ser un principio superior, permite su aplicación directa y no subsidiaria desde su ordenación constitucional en todas las esferas, tanto públicas como privadas, al igual que contiene al poder estatal, dentro de los muros de la honradez, la confianza y la lealtad del negocio.

El principal aspecto a rescatar de lo tratado en este capítulo y en posición de beneficio para este estudio, consiste en la exaltación hecha por la doctrina administrativa, de mecanismo integrador de los contratos del Estado, con todos los deberes que manan del acuerdo de voluntades o que por su naturaleza misma le pertenecen.

Debido a esto, se dice sin temor alguno desde ya, que la función del juez contractual será, no solamente intentar develar la intencionalidad las partes contratantes, sino integrar, en tal ejercicio, todas las disposiciones connaturales de los acuerdos de voluntades, externas del contrato, y por tanto la buena fe, aunque expresamente no se estipule dentro del cuerpo del mismo, se entiende aplicable en extenso a todas las etapas del desarrollo contractual, como principio general del derecho.

CAPITULO III

LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA JURÍDICA QUE IMPACTA EN LA CONTRATACIÓN

3.1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo busca analizar el papel que juega la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en materia de contratación estatal. Por tanto, se hace forzoso iniciar delimitando su concepto, evolución y regulación, bajo el propio sistema de fuentes.

Para esta conceptualización, se hará uso de algunas posturas doctrinales; las que consideran a la jurisprudencia como fuente formal o directa de Derecho y aquellas que niegan tal condición; esto para significar su carácter vinculante y obligatorio, a partir de las interpretaciones que la misma Corte Constitucional ha efectuado del artículo 230 superior, al figurar que la labor del juez debe dinamizar todo el ordenamiento jurídico, en donde se ubica la jurisprudencia como fuente de derecho con carácter obligatorio.

Posteriormente, abordaré los temas del precedente judicial, de la doctrina probable y de las sentencias de unificación y su valor como regla jurídica en el mundo de los negocios públicos en Colombia. En este momento es de trascendental referencia lo relacionado con el precedente jurisprudencial, por cuanto los operadores judiciales están compelidos a respetar y observar las sentencias, que de manera antecedente han regulado una situación consonante, debiendo resolver situaciones fácticas similares en el mismo sentido, bajo los mismos fundamentos jurídicos de la anterior. Esto sin perjuicio de efectuar interpretaciones contrarias, en la resolución de los conflictos, por la misma

condición dinámica del derecho, bajo criterios de razonabilidad, debidamente argumentados y motivados.

Igualmente, se abordarán las dos corrientes de interpretación analizadas por algunos constitucionalistas, esto es, si debe ser la jurisprudencia un simple criterio auxiliar para el Juez, o si este, debe efectuar una interpretación sistemática del texto, es decir, que en la expresión “Imperio de la Ley” se contiene todo el sistema jurídico general.

Se analizará igualmente lo relacionado con las sentencias de unificación del Consejo de Estado, desde el sistema de fuentes de Derecho Administrativo, que la nivelan en el mismo escalón de la Ley.

Lo anterior se traduce en seguridad y confianza del administrado en las decisiones judiciales, porque a situaciones fácticas iguales, fundamentos de derecho iguales, enalteciendo y robusteciendo el principio superior de la buena fe.

3.2 LA JURISPRUDENCIA COMO REGLA JURÍDICA EN COLOMBIA

3.2.1 Evolución histórica y concepto. Dentro del mundo del Derecho se desarrollaron dos grandes familias o sistemas jurídicos llamados “Common law” y el Civil Law. El primero de estos, se originó en Inglaterra y estaba fundamentado en el precedente judicial, esto es, que todos los asuntos sometidos a conocimiento de los Tribunales, debían resolverse teniendo como referencia las decisiones judiciales antecedentes con hechos similares. Y el segundo, (Ley Civil o Derecho Civil), tuvo su nacimiento en el sistema romano-germánico que tiene por base la ley.

Así, es como nuestro derecho interno, siempre ha estado marcado por el esquema del sistema del Derecho continental, de tradición romano germánica, dominando la

Ley como a única fuente del derecho, Ley que, en la universalidad de los casos, se encontraba escrita y, por tanto, en sus comienzos, los pronunciamientos de juez no podían catalogarse como fuente jurídica, ya que solo a través del pueblo se creaba el Derecho. Entonces, las sentencias, para ese momento no comportaban fuerza vinculante, y de tal afirmación da cuenta el anterior Código Civil (Ley 57, 1887).¹⁰⁶

Unos años después, existieron algunas regulaciones normativas respecto del concepto de doctrina legal, con el objetivo de proteger los criterios de interpretación uniforme de las normas. Se expidieron las Leyes 153 de 1887, que en su artículo 10(subrogado), definía el concepto de doctrina legal más probable, y la Ley 169 de 1896,¹⁰⁷ en donde se estableció una primera regulación de la jurisprudencia como criterio auxiliar para los jueces, al resolver casos análogos. Es relevante señalar que esta norma surtió juicio de constitucionalidad, y fue declarada exequible en forma condicionada, por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-836 de 2001¹⁰⁸, rescatando e incorporando en el escenario del ordenamiento jurídico, el concepto de la doctrina probable, de acuerdo a los lineamientos otorgados por la Corte Constitucional.

¹⁰⁶ Ley 57 de 1887. Artículo 11. Obligatoriedad de la ley - Momento desde el cual surte efectos. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación. Artículo 17. Fuerza de las sentencias judiciales. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria. Artículo 18. Obligatoriedad de la ley. La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.

¹⁰⁷ Artículo 4. ° “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

¹⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Sin embargo, fue solamente con la promulgación de la Constitución de 1991, y la interpretación que del artículo 230 superior ha hecho el Tribunal Constitucional, que se ha reconocido el carácter de precedente a las sentencias judiciales, como fuente formal en el ordenamiento jurídico colombiano, y así se ha venido implantando un fuerte sistema de precedentes en Colombia, tesis proyectada por el profesor López:

En el año de 1991 con la creación de la Corte Constitucional y la expedición del Decreto 2067 de 1991, se sugiere por parte de la Corte Constitucional, aunque con alguna ambigüedad un sistema fuerte de precedentes vinculantes, que se empieza a practicar entre los años de 1992 y 1993. Pero es preciso anotar cómo también en fallos tempranos (1992-1995) la Corte expresó fuertes disensos a su interior sobre el tema. Fue tan solo en el llamado segundo período (1995-2005) cuando la Corte Constitucional adopta una posición mucho más asertiva en relación con el valor de la "doctrina constitucional", esta línea argumentativa terminará triunfando al interior de la Corte, que finalmente anuncia de manera unánime y en sala plena una doctrina fuerte del precedente en la Sentencia C-037/96 con la que desarticula el sentido tradicionalista del artículo 48 de la Ley 270 de 1996.¹⁰⁹

Con relación al vocablo jurisprudencia, su significado procede del latín *iuris prudentia*, que expresa “ciencia del Derecho”, “conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen”, o “criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes”.¹¹⁰

¹⁰⁹ LÓPEZ, Diego. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Ediciones Uniandes, Legis Editores, 2001. p. 60.

¹¹⁰ ESPAÑOLA, R. A. (20 de junio de 2018). <http://www.rae.es/>. Obtenido de <http://www.rae.es/>: <http://www.rae.es/>.

Fue, bajo los postulados de las teorías sobre el Estado y del Derecho de Hans Kelsen, que se estructuró la noción moderna de este concepto. Es la Jurisprudencia, “un acto mediante el cual un órgano competente aplica una norma general, al tiempo que genera una norma individual que impone obligaciones a una o a ambas partes en conflicto. Esto sólo es válido cuando una norma superior señala el órgano y el procedimiento por el cual ha de crearse la norma inferior”.¹¹¹

Siguiendo al profesor López¹¹², en el Derecho de los jueces, será entonces fuente formal de Derecho, “la que se estructure considerando los procedimientos previamente establecidos para ello, lo que la hará válida dentro del ordenamiento jurídico”.

Según Díaz, es “el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las resoluciones del Tribunal Supremo, que es el máximo órgano jurisdiccional de todos los órdenes, y en consecuencia, aquel al que corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho hecha por los tribunales de justicia, mediante la unificación de los criterios de interpretación de las normas utilizadas por los mismos”.¹¹³

Podríamos decir entonces que la jurisprudencia, es la fijación del sentido de la norma jurídica, en cuidado de la defensa de la seguridad jurídica de los administrados.

Su valor dentro del ordenamiento fue reconocido en los primeros pronunciamientos de la Corte¹¹⁴: “es innegable el valor pedagógico e incluso

¹¹¹ KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. México, 1983. p. 160.

¹¹² LOPEZ, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá, 2006. p. 266.

¹¹³ DÍAZ, Rafael. Teoría General del Derecho. Madrid: Editorial Tecno, 1997. p. 235.

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 03 de junio de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“normativo-general” de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional.”

A partir de la Constitución de 1991, en Colombia va decayendo cada vez más la influencia germano-románica que caracterizaba el imperio de la Ley como única fuente formal, para darle paso, cada vez más a la figura del precedente; por lo que no será arriesgado decir que, la función del juez, ya no solamente se ejecuta en encargo de complementar la aplicación de la Ley, sino que, a través de sus decisiones, crea normas o reglas de derecho. Se impuso igualmente que, las decisiones de los jueces debían ser respetadas entre sí, buscando garantizar los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

3.2.2 El precedente constitucional. Antes de iniciar con el análisis del precedente judicial en Colombia, conviene precisar que, aunque muchos autores identifican los vocablos jurisprudencia y precedente con el mismo contenido, otra parte de la doctrina, y de manera acertada, los han particularizado.

Taruffo¹¹⁵, señaló que “cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos”.

Lo cierto es que la cuestión del precedente y la jurisprudencia han sido asuntos discutidos en todos los ordenamientos jurídicos.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. Precedente y Jurisprudencia. En: Revista Precedente. Pavía, 2007. p. 87.

El profesor Javier Pérez Royo, al tratar el tema de las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional Español, señala que, no obstante no ser un aspecto admitido unánimemente, poco a poco ha venido ganando un lugar dentro del sistema de fuentes:

Desde el punto de vista del Derecho positivo la Constitución simplemente dice que la sentencia del Tribunal Constitucional tiene valor de cosa juzgada y que no cabe recurso contra ella (art.164), y La Ley orgánica del Tribunal Constitucional añade que vinculará a todos los poderes públicos y producirá efectos generales desde su publicación en el BOE (art.38.1) (...) No hay por tanto en principio nada que autorice a incluir las sentencias del Tribunal Constitucional dentro de este capítulo sobre la Constitución como fuente del derecho. En realidad, la ubicación de la sentencia del Tribunal Constitucional dentro del sistema de fuentes es una cuestión que no está resuelta de manera clara (a veces ni siquiera se plantea) y sobre la que no existe una posición dominante en la doctrina. Esto no tiene nada de extraño, dada la novedad del fenómeno. Lo que sí interesa resaltar, es como en la doctrina española se ha ido paulatinamente elevando la posición jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional, dentro del Sistema de Fuentes.¹¹⁶

Al tiempo, Moral¹¹⁷ presenta la figura del Precedente como la “Prohibición de modificar arbitrariamente los criterios en la resolución de casos sustancialmente idénticos, aun cuando ninguno de los criterios resulte en sí mismos discriminatorio, y cuyo enjuiciamiento supone en todo caso la referencia a una decisión anterior”.

¹¹⁶ PÉREZ ROYO, Javier. Las Fuentes del Derecho. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2008. p. 50.

¹¹⁷ MORAL SORIANO, Leonor. El Precedente Judicial. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002. p. 184.

El profesor colombiano Blanco¹¹⁸, expresa que es “claro que la jurisprudencia es, entre nosotros una verdadera fuente del derecho, como que, finalmente, el apartamiento de sus dictados se convirtió en la excepción y su observancia en regla general”.

Así mismo el profesor López respecto al precedente establece que:

Se funda en una renovada interpretación constitucional de la noción de doctrina probable e incluye una nueva manera de apreciar el valor jurídico y doctrinal de la jurisprudencia como repositorio de experiencias basadas en la analogía fáctica entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces; la doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón factico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias. El cambio de decisión, por tanto, debe ser excepcional y basado en motivos suficientes y razonables.”¹¹⁹

En igual sentido, Contreras¹²⁰ respecto del precedente apuntó que “al hablar del precedente, la doctrina y la jurisprudencia suelen aludir a un conjunto de decisiones uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que este nace cuando la *ratio decidendi* se reitera en varias providencias”.

¹¹⁸ BLANCO, Gilberto. Sistema de fuentes en el ordenamiento Jurídico Colombiano. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2007. p. 52.

¹¹⁹ LÓPEZ, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá D.C.: Editorial Legis Editores S.A., 2006. p. 109.

¹²⁰ CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2011. Vol. 41. No. 115, p. 335.

Para el doctrinante Quinche¹²¹ todas las autoridades públicas, “tienen la obligación total de acatar el precedente y la interpretación judicial, en la medida en que no gozan de la autonomía que sí ostentan las autoridades judiciales”; y respecto a las autoridades judiciales “la obligación de seguir el precedente judicial tiene dos dimensiones, según se trate del precedente constitucional o de otra clase de precedente judicial”.

Como ya se señaló en el acápite anterior, ha sido a través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que se le ha dado sustancia y vida al artículo 230 superior; y así lo refleja certeramente el profesor González¹²² “en la medida en que las fuentes del derecho reflejan una lucha política al interior de los estados modernos, algunos pronunciamientos de los jueces obligados a sustentar dentro del ordenamiento jurídico pueden ayudar a aclarar el panorama”.

De tal manera, ha sido transformadora la intervención de la Corte Constitucional, la cual, a través de cada uno de sus fallos, que vincula a todos los operadores judiciales, extendiendo la interpretación que hace de la norma superior, a cada uno de los casos sometidos a control judicial. Aunque tal arrojo de otorgar al precedente una connotación de obligatoriedad no fue una maniobra fácil, se surtieron varios momentos al interior de la Corte para lograr este propósito.

En sus inicios, siempre sostuvo que la jurisprudencia era un estricto criterio auxiliar sin carácter vinculante, y la única fuente de derecho era la Ley, en sentido formal, posición que sostuvo hasta el año 1993, momento para el cual mostró que debía comprenderse dentro del precepto “imperio de la Ley” a todo el ordenamiento

¹²¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El precedente judicial y sus reglas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014. p. 21-22.

¹²² GONZÁLEZ, Jácome. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. Bogotá, 2006. p. 268.

jurídico, es decir, normas constitucionales y legales, en aplicación de la cláusula de un orden justo:

De lo dicho hasta este punto se desprende que la costumbre puede fungir como fuente material o cognitiva de la actividad que despliega el legislador al hacer las leyes como del juez al dictar sus providencias. Si bien el segundo inciso del artículo 230 de la C.P. sólo menciona como criterios auxiliares de la actividad judicial a la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, no excluye en modo alguno otros criterios que sea indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma. La mención que la Carta hace de aquéllas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como auxiliares y, por esta vía, despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales.¹²³

Ya para el año 1994, y por primera vez la Corte Constitucional informa que los operadores judiciales están sometidos a la Ley, ya no en sentido formal, sino en sentido material, esto es, a todo el ordenamiento jurídico y de este entiéndase hace parte la jurisprudencia:

El juez, en consecuencia, no procede arbitrariamente: se basa en hechos y circunstancias probados en el proceso. La manera como él aprecie esos elementos sometidos a su juicio, lo mismo que la interpretación que haga de la ley en el caso particular, corresponde al ámbito propio de su libertad para decidir. Hay que recordar que sólo está sometido al imperio de la ley, tal como él la entienda.¹²⁴

¹²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 486 del 28 de octubre de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 de 1994 del 06 de diciembre de 1994. MP. Jorge Arango Mejía.

Esta posición fue reiterada en sentencia C - 083 de 1995.

Para el año 1997, es la sentencia de unificación SU – 487 de 1997¹²⁵, en la que continúa la Corte señalando dentro de este apogeo de determinaciones que:

Si el juez se enfrenta a una norma que le otorga discrecionalidad debe decidir de acuerdo al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues lo contrario equivaldría a desconocer el artículo 230 C.N. cuando dice los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, ley que en este caso debe ser entendida como el ordenamiento jurídico en su totalidad lo que incluye las normas.

Mediante sentencia SU 047de 1999¹²⁶, profundiza la Corte respecto del tema, señalando que el deber de respeto del precedente, por lo que “la variación de una jurisprudencia o una doctrina constitucional no es un asunto de poca monta, sino que debe ser cuidadosamente evaluado por los jueces”.

En sentencia C-539 de 2011, la Corte explicó que el precedente hace parte del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa, y por tanto, todas las autoridades administrativas tienen la obligación de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y el precedente judicial constitucional:

Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido

¹²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-478 del 25 de septiembre de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 del 9 de enero de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.¹²⁷

En sentencia C-621 de 2015 indica la Corte que el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas Cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido, toda vez que los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico:

Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.¹²⁸

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 del 06 de julio de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Producto de éste pronunciamiento, la Corte reconoce que acudir a la doctrina probable o al precedente judicial no desconoce ni va en contravía de lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, sino que refuerza el sistema jurídico nacional y es compatible con la jerarquización de las fuentes del ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, en esa oportunidad la corporación reiteró, en el mismo sentido de la sentencia C-836 de 2001, que, en cumplimiento del mandato del artículo precitado, el deber del juez de sustentar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia, ha de ser coherente con los objetivos perseguidos con la doctrina probable y el precedente judicial, y con su ponderación frente a la libertad decisonal como juez.

Una definición más precisa de precedente judicial, no la ofrece la Corte en la sentencia SU-053 de 2015¹²⁹: “entiéndase por tal la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Sobre esta noción señala Armenta:

Al revisar la evolución del concepto de precedente judicial en Colombia, pese a que el sistema de derecho colombiano se sitúa en uno de derecho continental, se observa que desde antes de la expedición de la Carta Política de 1991, venía tejiéndose la tesis de que la jurisprudencia no era un simple criterio auxiliar a la hora de administrar justicia, sino que constituía una fuente formal del derecho, tesis que se consolidó con los pronunciamientos de la

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU053 del 12 de febrero de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional como suprema guardiana de la Carta. Asimismo, el Alto Tribunal Constitucional también se preocupó por determinar los efectos de sus sentencias y defender la postura de que solo a ella le estaba dado indicar los efectos de sus providencias, las cuales serían por regla general vinculantes hacia futuro, pero que también podían serlo con efectos retroactivos o de inconstitucionalidad diferida.¹³⁰

En reciente pronunciamiento, la Corte insiste en el valor vinculante del precedente judicial de los órganos de cierre jurisdiccional, al tiempo que señala que, la posibilidad de alejamiento de este, dependerá de las razones que justifiquen su decisión:

Por tal razón, de no acogerse un precedente constitucional, la consecuencia devendría en restarle fuerza normativa a la Carta, ya que cada juez podría interpretar la norma constitucional como quisiera, desarticulando el sistema jurídico de las interpretaciones hechas a Constitución.

Se entiende entonces que, aunque existe un valor vinculante del precedente y la obligación de los jueces de acogerse a este en sus decisiones, esto no implica que dicha obligación coarte la libertad de decisión del juez o la autonomía judicial consagrada en la Constitución, porque existe la posibilidad para los operadores judiciales de apartarse del precedente si cumple con los requisitos establecidos para ello, siempre que cumplan debidamente la carga argumentativa.

(...) La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales”.¹³¹

¹³⁰ ARMENTA, Karen. Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia. En: Diálogos de Derecho y Política. Medellín, 2013. p. 3.

¹³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU354 del 25 de mayo de 2017. MP. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

En palabras del profesor peruano Coripuna:

La fuerza vinculante de la jurisprudencia puede ser entendida como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige que tanto los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (precedente vinculante vertical).¹³²

De acuerdo a lo expuesto, la figura del precedente judicial en Colombia tuvo su evolución doctrinal, con ocasión a las diferentes interpretaciones jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional, respeto del artículo 230 superior, y su redefinición del contenido material del concepto de imperio de la Ley, en la cual ubican a las decisiones de las Cortes de cierre jurisdiccional, situación que resulta vinculante para el juez, y por tanto, surge un deber de consistencia y respeto para los tribunales superiores de las decisiones ya adoptadas, pudiendo razonadamente apartarse de ellas bajo criterios seguridad e igualdad.

La creación del sistema de precedentes constitucionales, en el sistema jurídico colombiano, apuntó especialmente a garantizar de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, protegiendo de esta forma

¹³² CORIPUNA ADRIAN, Javier Antonio. La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial. 1 ed. 2007. Vol. 1, p. 119.

derechos fundamentales y, por ende, el carácter normativo de la Constitución. En consecuencia, todo servidor público que por su inoperancia no de aplicación al precedente judicial, se encontraría incurso en el presunto delito de Prevaricato por Acción.

3.2.3 Las sentencias de unificación. Iniciando nuevamente este estudio desde la Constitución Política de 1991, se encontró una organización jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, que aun cuando es desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, es decir, aunque haya competencias de cada uno de los jueces, habrá órganos judiciales jerárquicamente superiores, que revisen sus decisiones.

Así, dentro de la jurisdicción administrativa y como órgano de cierre en materia contencioso administrativo, está el Consejo de Estado, al cual le corresponde interpretar el ordenamiento jurídico, dentro de su respectiva jurisdicción.

Como se indicó anteriormente, a través de la jurisprudencia se engrana todo el sistema normativo en el análisis de cada caso, para dar contenido jurídico que, a la postre, se convertirá en regla para las soluciones de casos futuros con similares presupuestos fácticos, a lo que se ha llamado precedente.

Por su misma función de integrar el derecho en cada caso sometido a valoración de las altas cortes, este ejercicio está en perseverante desarrollo y progreso, por esto y en garantía de seguridad de los ciudadanos, se incentivó por parte de los redactores del reciente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Congreso, la necesidad de unificar el precedente jurisprudencial, con una finalidad también de descongestión judicial, y que el juez administrativo, se dedicará a resolver asuntos nuevos puestos a consideración y no ya resueltos en doctrina pasada. Esto unido a un singular mecanismo que pudiera hacer extensivo los efectos de una decisión jurisprudencial con

equivalentes sustentos fácticos y jurídicos denominados “extensión de jurisprudencia”.

Así, la aspiración de este proyecto fue enaltecer los principios de seguridad jurídica y buena fe, a través de un sistema que reconcilia a la jurisprudencia del Consejo de Estado con el ciudadano, contrarrestando y porque no, estabilizando de alguna manera, unas relaciones cada vez más en equivalencia.

Advierte Sarmiento-Erazo:

Las normas que regulan la jurisdicción contencioso-administrativa han desplegado un sistema muy particular sobre la creación “pretoriana” del derecho administrativo. Es por ello que se puede afirmar que, notablemente influenciado por la legislación francesa y española, nuestro derecho administrativo parecería haberse desarrollado como el resultado de una actividad judicial con pocos referentes normativos y una rica producción jurisprudencial. La indicación de los hechos y la sentencia de unificación son posiblemente los puntos más difíciles de determinar en la medida en que no parecería haber consenso en los criterios de unificación. No obstante, hablamos de un “mismo supuesto de hecho y de derecho.”¹³³

Así, para abordar el estudio del fenómeno de las sentencias de unificación, se debe efectuar un análisis sistemático de esta, en consonancia con el mecanismo de la extensión de la jurisprudencia. Por lo que serán de referencia obligada los artículos 10, 102, 269, 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹³³ SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo. El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo? En: Revista Universitas. Julio-diciembre, 2011. N° 123, p. 247-282.

Dentro de este sistema de normas, se dispuso una clase o tipología particular de sentencias llamadas “Sentencias de Unificación Jurisprudencial”. En efecto, en el artículo 10¹³⁴ de la Ley 1437 de 2011, se señala en su primer parte, un deber para las autoridades de aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme, a cuestiones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Y, bajo este propósito, continúa señalando que, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Así, y de entrada, se efectúa por parte de esta normativa una exaltación y reconocimiento expreso a la doctrina del Consejo de Estado.

A propósito, Londoño¹³⁵ manifiesta en su artículo sobre este aspecto que “en Colombia puede decirse que es aquella figura jurídica que en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, igualdad, y confianza legítima, vincula a la administración, y la obliga a seguir una línea de decisión cuando se resuelvan conflictos por vía administrativa, siempre y cuando subsistan las mismas circunstancias de Hecho y de Derecho”.

¹³⁴ ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Artículo CONDICIONALMENTE exequible. “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

¹³⁵ LONDOÑO, Jesús. El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Summa Iuris, 2014. p. 213.

Luego entonces, lo pretendido por esta disposición es otorgar un trato igualitario, respecto de las decisiones que sobre los mismos presupuestos fácticos ha tomado el Consejo de Estado, resultando de obligatorio cumplimiento la aplicación de la interpretación o regla de derecho allí fijada, en práctica directa del principio de igualdad constitucional.

En despliegue de esta figura a su turno, el artículo 102, prevé el procedimiento de la extensión de los efectos de la jurisprudencia contenida en una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, en tanto el solicitante pruebe la similitud de objeto y causa con lo ya decidido.

Para tales efectos, el interesado podrá elevar petición ante la autoridad competente indicando que se encuentra en las mismas condiciones de hecho y de derecho del demandante en el precedente de unificación alegado, que exhorta a su favor.

La administración tendrá treinta días hábiles para decidir; superado este término sin decisión de fondo, o al ser esta negativa, el peticionario podrá acudir de manera directa al Consejo de Estado y solicitar la aplicación a su favor de la extensión de la jurisprudencia a terceros, en los términos del artículo 269 del referido Código.

Dicha norma de igual modo, fue declarada exequible en forma condicionada por parte de la Corte Constitucional, quien advirtió que, en todo caso, la preferencia y obligatoriedad de la jurisprudencia será la proferida por ese órgano.

Se podría entonces concluir que, dentro del concepto general de sentencias de unificación, se presentan dos momentos: uno inicial en sede directa dentro de la Administración (Art. 102 del CPACA) y otro contingente ante el Consejo de Estado, regulado en el art. 269 ibídem.

Como se vio, ambos procedimientos, refuerzan los principios de la buena fe, la seguridad y la confianza jurídica, por cuanto permite a las personas confiar en igualdad de trato una vez sus asuntos se sometan a juicio, y sean destinatarias del mismo derecho concedido en decisiones jurisprudenciales que le antecedieron.

En este punto se estima precisar que, si bien, la norma establece que la aplicación uniforme de la jurisprudencia contenciosa se predica de las sentencias de unificación jurisprudencial en esta área, esto no representa que las restantes sentencias del Consejo de Estado hayan perdido su valía como precedente a tener en cuenta por la Administración, en cada decisión que se adopte.

Una vez explicado el procedimiento de las sentencias de unificación, el artículo 270 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hace referencia a lo que dentro del ordenamiento administrativo debe entenderse por sentencias de unificación jurisprudencial, disponiendo que serán:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia. c) Las relativas al mecanismo eventual previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, relacionado con las acciones populares y de grupo.

Así las cosas, y de acuerdo a lo expuesto, al ser incorporado en el sistema jurídico colombiano de manera expresa las sentencias de unificación jurisprudencial, se entienden integradas en el sistema de fuentes de derecho y sin vacilación

ninguna, a la misma altura de la Ley, despojándola de ese hábito que sostuvo durante varios años llamado criterio auxiliar del Derecho Administrativo, para así constituirse en fuente directa de este ordenamiento.

3.2.4 La Doctrina Probable. Lo primero que se tendrá que expresar, es que la doctrina probable es un método de adscripción al precedente, luego que se registren decisiones constantes sobre un mismo asunto.

Como se vio anteriormente, este método tuvo su arranque en el sistema jurídico bajo el concepto de doctrina legal más probable, inicialmente en la Ley 153 de 1897; luego, en la Ley 105 de 1890 se determinaron los casos frente a los cuales los jueces debían seguir las interpretaciones hechas por la Corte Suprema de Justicia y se le dio el nombre de Doctrina Legal, para posteriormente en la Ley 169 de 1896¹³⁶, como lo vimos, vigente al momento, se dispuso que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Al efectuar la revisión de esta norma, la Corte Constitucional¹³⁷, le otorgó un alcance amplio a esta disposición y señaló que los jueces, dentro de su actividad están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como máximos tribunales de cierre de cada una de las jurisdicciones y

¹³⁶ Ley 169 de 189, Art. 4. “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

señala que pueden apartarse de ella, con la “obligación de exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”.

Se podría decir entonces, que esta noción, sirvió de sostén para el desarrollo de la teoría del precedente jurisprudencial en las jurisdicciones ordinaria y administrativa.

Se precisa hacer referencia que, dentro de la reciente norma general de los procesos civiles (Ley 1564 de 2012), se incorporó la figura de la doctrina probable para la referida jurisdicción, como una obligación para el Juez de respetar lo establecido en la jurisprudencia: “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.¹³⁸

3.3 LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE JURÍDICA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

La jurisprudencia en Colombia ha tenido un papel progresista, sus conceptos y fundamentos jurídicos son cambiantes, logrando una evolución de un derecho positivo al reconocimiento de las sentencias judiciales y su carácter de precedente; es así como a través de la Ley 1437 de 2012 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se impuso la

¹³⁸ Artículo 7o. LEGALIDAD. “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley”.

obligatoriedad del precedente desde la reflexión de la función administrativa, determinándose que no solo el servidor público está sujeto a las normas constitucionales y legales, reglamentos y actos administrativos, sino que está en la obligación de tener en cuenta los fallos constitucionales y del Consejo de Estado, como máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para tomar sus decisiones.

Se expresa entonces que, el precedente judicial engendra una función esencial dentro del empleo de las potestades judiciales y administrativas estatales, al ceñir su discernimiento o veredicto, a decisiones anteriores, bajo parejas condiciones fácticas. Señala Bernal: “Este deber de obediencia que se atribuye al destinatario es correlativo a un derecho subjetivo, que radica en cabeza de otro individuo (el titular), quien a su vez tiene la competencia para exigir judicialmente del destinatario el cumplimiento de su deber”.¹³⁹

3.3.1 El precedente constitucional. Se ha estudiado la posición que ha conquistado la jurisprudencia de las altas Cortes a lo largo de los últimos años, dentro de su enfoque de criterio auxiliar, hasta su configuración dentro de las fuentes o reglas del sistema normativo.

Y de tal evolución no fue ajena la Jurisdicción Contenciosa. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se impuso la obligatoriedad para la administración pública de aplicación de manera uniforme la jurisprudencia, al resolver asuntos de su competencia, que tengan supuestos fácticos y jurídicos semejantes, respecto de los cuales deberá tener en cuenta las sentencias de unificación, no solo del Consejo de Estado, sino de la Corte Constitucional, como expresión y concreción de los principios superiores.

¹³⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. “El derecho de los derechos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 207.

Si atrás se afirmó que la noción de doctrina probable fue el trampolín para el desarrollo de la figura del precedente, aquí se dice que este último fue el pedestal para el desarrollo de lo que hoy se conoce como precedente Administrativo, perspectiva introducida por la Ley 1437 de 2011.

Así, el legislador, al establecer esta regla jurisprudencial, busco, más allá de agilizar los procesos judiciales, la protección para los administrados, bajo una aplicación igualitaria de las decisiones antecedentes bajo uniformes supuestos facticos, realzando la cláusula general contenida en la Constitución Política de mantener sujetas todas las relaciones publico privadas circunscritas al principio de la buena fe.

No sobra insistir que este precedente administrativo aplica a todas las entidades de la Administración, es decir, que quienes ejercen función pública están sometidos a su fuerza vinculante, a respetar sus propias decisiones, en ejercicio no solo de esta obligación legal, sino de principios superiores que orientan la existencia del Estado en sí mismo, como lo son el de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe.

Dicho lo anterior, se analiza el precedente administrativo en materia de contratación estatal.

Ya se refirió y así lo señala Santofimio¹⁴⁰, “el precedente administrativo en Colombia se construye desde la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. Sin embargo, fue con la sentencia T-545 de 2004, que la Corte Constitucional habla expresamente de esta noción.

¹⁴⁰ SANTOFIMIO, Jaime. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 54.

Se tiene que para el año 2004, conoció la Corte en sede de Revisión, Acción de tutela en contra del Instituto Nacional de Vías, de un trabajador oficial del señor José Alirio Gonzales Muñoz de esa entidad, que reclamaba el reconocimiento a su pensión, en los mismos términos que hacía 6 meses anteriores le había sido reconocida a un compañero. Manifestaba el tutelante que dicho reconocimiento se había fundamentado en los requisitos que se habían acordado en Convención Colectiva, aplicando para el cómputo de tiempo de servicio un cálculo más favorable (360 días) que el aplicado por la administración que decida su pedimento prestacional (365 días) y por tanto no se había accedido a su reconocimiento, vulnerándose así su derecho a la igualdad.

Frente al cambio de criterio o postura administrativa, la Corte señaló:

La diferencia en el trato ante el cambio del precedente administrativo tiene una justificación plausible, y es que en el interregno de los seis meses (situación que consulta un elemento de temporalidad, y desecha la presencia de un cambio súbito de la posición de la administración) que separan las fechas de las dos resoluciones (la de Morera Rojas y la de Muñoz González), el INVÍAS, ante las vicisitudes interpretativas que aparejaba la convención colectiva, reunió un comité especial integrado por profesionales del derecho, miembros de la oficina jurídica y de la secretaría administrativa de la entidad, para definir el punto de la correcta interpretación del término de los 28 años.

Así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores bajo ciertos requisitos, es también posible que la administración varíe sus posiciones jurídicas en determinados eventos. En efecto, esta situación es perfectamente plausible en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que con ello necesariamente se presente un desconocimiento al derecho a la igualdad de trato o a la igualdad ante la ley. Sin embargo, ello no significa que exista una habilitación absoluta para que la administración decida en cada caso y según su parecer los asuntos sometidos a su competencia. Por el contrario, cuando los

funcionarios administrativos se vean enfrentados a esta eventualidad, deberán (I) aplicar la misma línea conductora exigida por la jurisprudencia constitucional para el cambio de los precedentes judiciales, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas situaciones, (II) ser conscientes de que el cambio en la interpretación debe estar correctamente sustentado y motivado: el funcionario administrativo debe hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la hermenéutica anterior, (III) omitir modificaciones súbitas o descontextualizadas: de una parte, el funcionario no puede cambiar la interpretación de repente, y de la otra, debe permanecer atento al cambio de las circunstancias históricas o de la situación socioeconómica del país, es decir, debe atender el contexto en que operará su determinada aplicación del derecho; y por último, y obviamente (IV) consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho y en las interpretaciones de los tribunales encargados de la unificación.

Ahora bien, para el caso concreto: La Corte no advierte como tal un trato discriminatorio frente a Muñoz González; la diferencia en el trato ante el cambio del precedente administrativo tiene una justificación plausible, y es que en el interregno de los seis meses (situación que consulta un elemento de temporalidad, y desecha la presencia de un cambio súbito de la posición de la administración) que separan las fechas de las dos resoluciones (la de Morera Rojas y la de Muñoz González), el INVÍAS, ante las vicisitudes interpretativas que aparejaba la convención colectiva, reunió un comité especial integrado por profesionales del derecho, miembros de la oficina jurídica y de la secretaría administrativa de la entidad, para definir el punto de la correcta interpretación del término de los 28 años. Una vez celebrada esta reunión se decidió, con fundamento en la Ley 153 de 1887 y en el Código del Régimen Político y Municipal y con una presentación explícita de los argumentos, aceptar una de las interpretaciones posibles, como la posición de la entidad (situación que consulta el elemento de la corrección y suficiente motivación en la nueva interpretación de la administración). Ante la presencia de estas razones, es posible afirmar que se disuelve cualquier idea de

trato discriminatorio frente a Muñoz González aunque se haya presentado, en el caso, una diferencia de trato entre él y Morera Rojas.¹⁴¹

Encuentra así la Corte que si bien, se trataba de dos casos con análogas circunstancias fácticas entre los dos trabajadores, la Administración justificó de manera suficiente el criterio previamente adoptado en el caso del primer trabajador, que obedeció a un concepto jurídico distinto, al emitido en el caso del demandante.

Es tan valioso el aporte de este pronunciamiento a la materia que nos ocupa, toda vez que manifiesta la existencia del precedente administrativo y encumbra el respeto que de éste debe hacerse, por lo que cualquier cambio de criterio, deberá encontrarse debidamente motivado y justificado.

Esta afirmación jurisprudencial tuvo su reafirmación legislativa en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, la cual establece el precedente administrativo en cuestiones relacionadas con la protección de la competencia; norma que fue el prefacio de las posteriores regulaciones que se hicieran en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable.

Citada normativa fue declarada exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional en sentencia C-537/2010, al indicar que el apartado demandado debe entenderse aplicable únicamente a “las decisiones de la

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal”.¹⁴²

Es a partir de este pronunciamiento que se logra un avance significativo en relación con el precedente administrativo, ya que la Corte, y con fundamento en los argumentos sostenidos en la sentencia C-836 de 2001, a través de la cual, como se vio, se determinó la procedibilidad de la doctrina probable ordinaria, señala que no concurre proscripción superior para que a través de una Ley se disponga la figura de la doctrina probable en materia administrativa.

Así, debe entenderse que, al hablar la Corte de doctrina probable, como técnica de vinculación al precedente, se concibe igualmente incorporada dentro de la jurisdicción administrativa. Así lo afirma Ortiz¹⁴³, “la Corte reconoció valor normativo al precedente administrativo a través de la figura de la doctrina probable, es decir, de la misma forma en que se reconoció fuerza vinculante al precedente judicial común, de acuerdo con los postulados de la sentencia C-836 de 2001”.

Ha sido clara la Corte Constitucional al establecer que el precedente constitucional resulta obligatorio para la Administración Pública:

Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho. Resulta claro que en los puntos que no

¹⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537 del 30 de junio de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴³ ORTIZ, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010. Revista e-Mercatoria, no. 9. Bogotá, 2010. p. 17.

han sido precisamente definidos por el juez constitucional, la administración y los jueces gozan de un razonable margen de apreciación. Dicho margen de apreciación no es absoluto.¹⁴⁴

Se puede entonces significar que, en atención a los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional que hemos citado, se adopta una interpretación extensiva del concepto de “imperio de la Ley, indicándose que va mucho más allá de la expresión directa del legislador, para revelar a la jurisprudencia como obligatoria, atendiendo su función de intérprete del ordenamiento jurídico, y por tanto forzosa para los jueces como para la Administración Pública, figura que no es absoluta, toda vez que, se permite abandonar este precedente, en tanto y en cuanto se expongan de manera suficiente y amplia las razones por las cuales se decide en forma contraria a lo resuelto anteriormente.

3.3.2 Las sentencias de unificación. Aunque para el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la inclusión de la denominada “jurisprudencia de unificación” resulta un avance dentro de su positivización, es preciso recordar que antes de la expedición de la Ley 1437 del 01 de enero de 2011, ya el Consejo de Estado, en Sala Plena, venía produciendo doctrina jurisprudencial unificada, tan es así que el artículo 270 de CPACA señala que para los efectos de su aplicación, se “tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado”.

Señaló Santaella¹⁴⁵ que, la apuesta del legislador es porque el mecanismo de extensión de la jurisprudencia permitirá combatir fenómenos que, como la

¹⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-116 de 2004 del 12 de febrero de 2004. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴⁵ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En: Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011).

proverbial mora de los despachos contencioso administrativos (producto de su congestión) o el consabido prejuicio administrativo –heredado del esquema constitucional anterior- que lleva a creer que el reconocimiento de algunos derechos pasa necesariamente por un procedimiento judicial que lo declare –con independencia de cuanta claridad pueda existir legal o jurisprudencialmente respecto a su procedencia-, impiden la efectividad del sistema normativo, minan la credibilidad de las instituciones y terminan por socavar fuertemente las bases de nuestro Estado de Derecho.

Aun así, fue querer del órgano legislativo, en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, declarar fuerza vinculante a las decisiones del Consejo de Estado, como un aliento más en el impulso por vivificar el principio de seguridad jurídica, revelación primaria del postulado de la buena fe, al propugnar aplicación ecuaníme a casos equivalentes, no solo de las normas jurídicas en sentido estricto, sino de la jurisprudencia, no solo constitucional, sino administrativa; faculta y habilita al ciudadano para requerir de la administración un tratamiento igualitario que dispensó o favoreció a otro o a otros, a través del empleo y aplicación de la sucedida jurisprudencia en la que se hubiesen ventilado asuntos conformes al propio.

Señala Hernández¹⁴⁶, que este artículo 10, dispensa un derecho nuevo a los ciudadanos frente a la administración, consistente en su expectativa legítima en la cual, las autoridades le den trato igual al que benefició a otros, mediante la aplicación de precedentes judiciales que hubieren resuelto casos similares al suyo.

Comentado y Concordado-editor. José Luis Benavides. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 239-240.

¹⁴⁶ HERNÁNDEZ BECERRA, A. La jurisprudencia en el Nuevo Código. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, 2011. p. 240.

Es así que florece en esta disposición una relación entre el ciudadano y la administración fundada en la buena fe, aspecto de extraordinaria preeminencia en este escrito, pues se corresponde el derecho del ciudadano conforme al cual toda autoridad proporcionará igualdad de trato con el deber de la Administración, de decidir conforme a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Esto como expresión directa del derecho a la igualdad instituido en el artículo 13 de la Constitución Política, según los doctrinantes Castillo y Castillo: “El respeto al precedente supone la realización del principio de igualdad, de tal manera que para llegar a la realización del principio no se requiere la repetición del precedente a un número determinado de casos. Por el contrario, la aplicación del principio de igualdad depende de criterios cualitativos y no cuantitativos”.¹⁴⁷

Ya lo señalaba Contreras, con la Ley 1437 de 2011 “no sólo los precedentes emanados de la Corte Constitucional, sino además los de las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, obligarán de forma inmediata; los demás precedentes judiciales, luego de haberse reiterado en tres providencias”.¹⁴⁸

Precitada normativa surtió control de constitucionalidad por el máximo tribunal, el cual, mediante sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011¹⁴⁹, declaró la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, al resolver el problema jurídico referido a determinar si este, vulneraba los artículos 4, 230 y 241-9 de la

¹⁴⁷ CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El Precedente Judicial y El Precedente Constitucional. Lima, Perú: Ara Editores, 2008. p. 21.

¹⁴⁸ CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho Revista Facultad de derecho y ciencias políticas. Julio-diciembre 2011. Vol. 41, No. 115, p. 331-361.

¹⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sala Plena. Sentencia No. C-634 de agosto 24 de 2011. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá: Relatoría 2011.

Constitución Política, toda vez que, al indicar que, las autoridades al adoptar las decisiones de su competencia deben someterse a las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, relegaría las decisiones de las demás Cortes, principalmente las de la Corte Constitucional.

Se resalta que el tenor originario del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 no consideraba el deber de aplicación uniforme de las sentencias de interpretación de las normas superiores emanadas de la Corte Constitucional, ni las que se profirieran en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, como medida dentro del proceso de resolución de situaciones jurídicas de condiciones fácticas análogas, en desmedro del precedente constitucional, de cara al principio de supremacía de la Constitución.

No obstante, se considera que su no inclusión no obedeció a un capricho del legislador, pues de vieja data la Corte Constitucional ha definido el valor vinculante de la ratio decidendi de sus sentencias, que no puede ser desconocido en modo alguno por autoridades administrativas o judiciales.

Se señala por parte del demandante que esta norma crea una “desigualdad negativa” al excluir al precedente judicial constitucional, como parámetro de decisión en los casos sometidos a valoración ante las autoridades administrativas.

Inicia la Corte señalando que el legislador, en este artículo pregonó de manera precisa a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, atendiendo la facultad de interpretación normativa de los jueces, preponderando en este ejercicio, tratándose de las autoridades ungidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, frente a las cuales se adquiere un carácter vinculante.

Continúa su razonamiento, indicando que el “derecho” ha abandonado los juicios fundados en el ejercicio mecánico de aplicación ofusca de las normas jurídicas, para adoptar prácticas argumentativas racionales en la búsqueda de la justicia; sobre este respecto indicó:

(...) Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador.

Señala altisonante la Corte, que al hablarse de las fuentes de derecho, su análisis no puede apartarse del principio de supremacía constitucional, por lo que el legislador está imposibilitado para confinar al precedente constitucional, al tratarse de interpretaciones de normas constitucionales que cumplen función integradora de todo el ordenamiento jurídico; por tanto, los jueces al momento de decidir deben armonizar la normatividad que tienen a su disposición sin desconocer la jerarquía de los precedentes constitucionales:

Pueden existir eventos que se aparten del precedente, pero deberá explicar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia y demostrar que la interpretación que ofrece desarrolla de mejor manera derechos, valores y principios. Las autoridades deben respetar el precedente constitucional, esta Omisión propicia un trato diferente e injustificado a las personas.

Una vez más, redime la Corte la hipótesis desenvuelta en este escrito, al señalar que toda decisión judicial debe proporcionarle al ciudadano certeza que su caso será decidido de acuerdo a lo resuelto en casos equivalentes. Al respecto señala la Corte: “No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales”.

Declara así el Tribunal Constitucional, la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, advirtiéndole que están habilitados los funcionarios públicos para considerar en sus decisiones los precedentes judiciales del órgano de cierre de su jurisdicción, pero siempre imperando las decisiones adoptadas por el máximo Tribunal Constitucional.

En el ejercicio de unificar jurisprudencia llevada a cabo por las altas cortes del Estado Colombiano, se integran las subreglas constitucionales constantes, por lo que, indica la Corte que, el desconocimiento del precedente por parte del funcionario judicial atenta contra el principio de legalidad como quiera que desconoce injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica fijada por una alta corte. Los jueces tienen el deber de respetar ese precedente judicial, para así dejar una línea de decisión unificada, un orden, con respecto a un tema específico.

En esta sentencia la Corte muestra que el respeto al precedente por parte de las autoridades administrativas tiene su sostén en las siguientes razones: a)

Obediencia a los principios al debido proceso y legalidad. b) Las decisiones de las altas Cortes hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, c) las decisiones de las autoridades administrativas deben ser motivadas objetiva y razonablemente, d) El desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos, por vulnerar el principio de igualdad de todos ante la ley.

Así entonces decide la alta coproración declarar exequible el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Se concluyen estas observaciones diciendo que, al prescindir el legislador de manera expresa de enunciar el precedente constitucional como uno de los referentes para las autoridades administrativas al resolver los asuntos puestos bajo su competencia, no fue un atropello al principio de supremacía constitucional, ya que no en pocos casos la Corte ha precisado el valor vinculante de la ratio decidendi de sus sentencias, que no puede ser desconocido en manera alguna por las autoridades judiciales o administrativas.

Lo que si hace la sentencia en mención es prescribir que la categoría en el grado de vinculatoriedad del precedente constitucional es de “incidencia superior” al que tiene el del Consejo de Estado, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía de la Constitución.

Paralelo a esto, la Corte Constitucional, en sentencia C-816/11¹⁵⁰, al declarar exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, y nuevamente en provecho de este escrito, la alta corporación manifestó que el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia, la proferida por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, son voces resonantes y clamorosas de los postulados constitucionales del principio de legalidad y de la buena fe, frente a los que se encuentra frenado el ejercicio del poder estatal; al respecto indicó:

La Corte Constitucional declarará la exequibilidad condicionada del inciso integrado del artículo 102 de la Ley 1437/11 que dice: “La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente”. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia.

Subraya Arboleda Perdomo sobre este asunto:

La idea de hacer obligatorio el seguimiento de la Jurisprudencia en las decisiones administrativas surgió de varias situaciones de trato de las

¹⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816/11.

personas: ante todo, del principio de igualdad reforzado con el de confianza legítima, en tanto implica la natural expectativa de que aquella que confía que se le conceda el mismo derecho que se le otorgó a quienes con anterioridad formularon una petición similar.¹⁵¹

Como se advertía anteriormente, a través de los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, así como de la sentencia de la Corte Constitucional C-634 de 2011, se solidificó la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado en materia administrativa; reforzando tal institución a través de la implementación de un trámite denominado “extensión de la jurisprudencia”.

Muchos han afirmado que esta figura, no es más que la evolución del precedente constitucional; así Santofimio manifiesta que:

El precedente administrativo esta "construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional, en donde se considera que la figura no es de exclusiva prédica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cobija, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como el caso indiscutible de las autoridades administrativas.¹⁵²

Al tiempo, Olano¹⁵³ refiere que, esta consagración normativa es respuesta a la actual tendencia de conceder a los jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa un papel protagónico en la creación e interpretación del derecho,

¹⁵¹ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C.: Editorial Legis Editores S.A., 2011.

¹⁵² SANTOFIMIO, Jaime. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 48.

¹⁵³ OLANO GARCÍA, Hernando. Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo. Estudios constitucionales. 2011. Vol. 9, No. 2, p. 395-428.

respetando los principios consagrados en la Constitución Política; la inclusión del principio de igualdad y buena fe, ofreciendo seguridad jurídica a través de las diversas decisiones administrativas.

Efectuando una revisión de este Código, no se encuentra definición precisa de lo que es una sentencia de unificación, simplemente, y como se señaló, indica cuales son las que comportan ese carácter; no obstante, de una lectura consecuente de este ordenamiento, se puede precisar que su finalidad es responder, ante los administrados, por una aplicación equivalente y pareja de las interpretaciones que se haya hecho por parte de las altas cortes, respecto de casos análogos en cuanto a situaciones fácticas y jurídicas.

Se dispensa así, al órgano de cierre administrativo, una posición creadora de derecho, eso sí, respetando siempre los postulados de la buena fe y la seguridad jurídica, como axiomas orientadores de su actividad judicial, en especial, cuando valora y aprecia las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, a través de los contratos estatales.

Por tanto, en materia contractual, y siempre en valoración particular de cada caso, tanto la administración como el juez administrativo, al resolver el asunto y encontrar que existe un antecedente jurisprudencial con identidad en los hechos y en la aplicación normativa, deberá, razonablemente aplicar los mismos argumentos jurídicos que le sirvieron de base en la primera, garantizando así la igualdad y seguridad jurídica del sistema normativo.

3.4 COROLARIO

Como se advirtió de manera inicial en el presente capítulo, ha sido un largo camino el que ha tenido que surcar la jurisprudencia Colombiana, heredera de un sistema jurídico con palmaria influencia de la familia jurídica romano-germánica,

que la tenía depuesta como criterio auxiliar de interpretación para el juez, carga que fue temperada por las diferentes elucidaciones efectuadas por la Corte Constitucional, que la identificó como parte del contenido jurídico denominado “imperio de la Ley”, y por tanto, hoy es sostenible el argumento de su fuerza vinculante dentro del sistema jurídico colombiano.

Se podría decir que, lo perpetrado por la Corte Constitucional en esta materia, fue una aplicación directa de los principios superiores de seguridad jurídica, igualdad y buena fe, al denotar que los tribunales de cierre, en sus razonamientos, aproximan, cada vez más la Constitución y la Ley (sentido material), a las realidades sociales, rehabilitando cada vez más los fines del Estado Social de Derecho, fronteras de acero para el ejercicio del poder jurisdiccional.

Así las cosas, en Colombia es la jurisprudencia una de las formas de producción de reglas jurídicas, conforme a la competencia dada por la Corte Constitucional, de manera inicial, y posteriormente y en un estado más avanzado, por el Consejo de Estado.

En tal virtud, la jurisprudencia comporta un valor obligatorio en materia de contratación estatal, porque sujeta al operador judicial y a la Administración, bajo criterios de equidad, justicia y confianza, a los pronunciamientos jurisprudenciales dictados por los órganos de cierre.

Así, los contratos estatales no escapan a la aplicación de esta regla de derecho introducida por la Corte Constitucional, que, si bien no disfruta de reconocimiento normativo expreso, como en el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial, integran el sistema normativo conforme a las interpretaciones de la Corte Constitucional.

Específicamente y en atmósfera de la contratación estatal, el principio de la buena fe, a través de varios años de ejercicio de la Corte Constitucional, siempre se ha entendido como el arco toral de las instituciones colombianas, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo, no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

Por su parte, y de acuerdo a lo establecido por la Ley 1437 de 2011, el precedente administrativo comporta una posición dual dentro del ordenamiento jurídico. Así, y en la órbita jurisdiccional, se erige como un mecanismo de límite a la interpretación y exegesis judicial y para la Administración Pública, quienes tienen el deber de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, en beneficio del ciudadano, que se encuentre en igualdad de supuestos fácticos y jurídicos y frente a los cuales se le haya reconocido un derecho por un órgano de cierre.

De manera que, en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, existe un sistema de precedentes jurisprudenciales y administrativos, estando solamente este último positivizado, circunstancia que no impide, predicar de ellos una fuerza vinculante en punto de reglas de derecho, que propende por la salvaguarda de la seguridad jurídica y la buena fe, postulado este último que debe imperar en todas las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, pero en especial en las negociales, por tratarse de un vínculo basado en la confianza y la lealtad.

Que más garantía para un administrado, que ser tratado bajo los mismos lineamientos y posiciones jurisprudenciales que han resuelto situaciones semejantes a la suya, generándole certeza frente al contexto normativo en que se desarrollan su voluntad y libertad contractual.

Para finalizar, se resalta, una vez más, el lugar dado a la jurisprudencia dentro del sistema jurídico del país, por cuanto construye una herramienta que amojona las tentativas dominadoras del Estado, en la búsqueda de un orden social justo.

CAPITULO IV

LA BUENA FE COMO LÍMITE DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

4.1 INTRODUCCIÓN

Se empezará este capítulo indicando que, se ha partido de una visión general de los principios, y sin perjuicio de su concreción en el ámbito de las relaciones contractuales, se puede significar, que la expresión “principios generales del derecho”, desde el mismo proceso constituyente de 1991, se concibió como una de las “principales herramientas jurídicas para limitar el ejercicio del poder” dentro del modelo de Estado social de derecho; así lo señaló el constituyente Hernando Londoño Jiménez, son “límites de hierro a las tentativas totalitarias”.

El principio general de la buena fe, tratado desde su evolución histórica en el capítulo primero de este escrito, tiene un contenido inagotable, no se extingue ni se deteriora con el paso del tiempo. Humedece no solamente el ordenamiento normativo como una garantía de protección, sino como un dispositivo de toda la historia social, de la vida de relación. Son los principios generales del derecho “las normas de carácter general que contienen las directrices de un sistema jurídico”.¹⁵⁴

Más clarificadora parece la apreciación de la profesora Ferreira, quien señala que, cuando se sostiene que la buena fe reviste el carácter de principio general del derecho, se hace referencia a las “guías, o ideas fuerza con contenido normativo

¹⁵⁴ RAMS, Joaquín. Apuntes de Derecho Civil Patrimonial. Madrid, 2010. p. 32.

propio, que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico”.¹⁵⁵

Fue entonces pretensión del constituyente especificarlos como demarcaciones del ejercicio de la autoridad estatal, y de manera específica, del poder jurisdiccional en la Constitución Política de Colombia.

Se ha justificado ampliamente en los capítulos antepuestos, que la noción de principios, ya no se reduce solamente a un criterio auxiliar en los casos de vacíos o zonas oscuras de la norma, sino que, dentro de un Estado constitucional social, se les reconoce como un lindero al poder y una herramienta de vigorización de las garantías individuales.

Es en este entorno, el principio de la buena fe es asiento primordial en el cual descansa el universo de las relaciones jurídicas y, por tanto, como se señaló, no escapan de su aplicación los contratos estatales.

Con independencia entonces de la materia que sobre este principio haya efectuado su mayúsculo progreso, lo innegable es que su reseña siempre confluye en su función como principio general del ordenamiento, que impone determinado comportamiento legal y ético, tanto de la administración pública, como de los particulares.

Y es en este paraje justamente donde se entra en sustancia. Así, se aborda en esta parte final este principio, respecto de las relaciones contractuales estatales, las cuales, surgen bajo su amparo, como arco toral de todas las manifestaciones de la Administración Pública, y con más fondo, en el cosmos del derecho de las obligaciones, ya que, como se vio, es un elemento imprescindible, que está

¹⁵⁵ FERREIRA RUBIO, Delia. La buena fé: El principio general en el Derecho Civil. Madrid, 1984. p. 35.

incluso por encima de las mismas voluntades de las partes, toda vez que los somete a criterios de equidad y justicia, impregnando su contenido de reglas que permiten a los contratantes confiar en que su declaración de voluntad, dada en un momento dado, producirá los efectos anhelados y esperados, que motivaron su decisión libre y autónoma de crear este lazo convencional.

En tal virtud, y bajo esta misma línea se entiende que, al momento de la suscripción de este acuerdo jurídico, las partes toman el contenido del ordenamiento jurídico vigente, para enmarcar su voluntad y a su vez, para aclararla o sucederla, en los aspectos que no hubiesen sido materia expresa de su conformidad.

Bajo este escenario, igualmente lo sucede el principio de no retroactividad de las leyes en materia contractual, esto es, que los contratos se rigen por la ley vigente para el momento de su celebración. Luego entonces, frente a las situaciones jurídicas creadas y/o formalizadas dentro de un contrato, y bajo el amparo de una Ley en vigor, es forzoso concluir que todos sus efectos deben estar gobernados por el sistema normativo con el cual germinaron; acción en contrario resultaría atentatoria de la estabilidad del orden público, la seguridad y estabilidad jurídica.

Bajo este escenario, se tratará de esclarecer en este trabajo, reside en determinar, si se vulnera el principio de la buena fe al aplicar una nueva posición jurisprudencial en la solución de controversias contractuales, no vigente al momento de celebración del contrato estatal; dicho en otras palabras, determinar, si es ajustado al principio de buena fe, resolver un litigio contractual, con base en una nueva posición jurisprudencial que supera la interpretación existente al momento de celebración del contrato.

4.2 LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL TIEMPO: RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA REGLA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Si ha sido tema de gran debate en Colombia, el determinar si la jurisprudencia es o no fuente jurídica, no menos controvertible, aunque en menor medida, lo ha sido el asunto de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia.

Se recuerda entonces que, por jurisprudencia se entiende, la fijación del sentido de la norma jurídica, en cuidado de la defensa de la seguridad jurídica de los administrados; y recae sobre ella, la invaluable labor de interpretar y armonizar todo el ordenamiento jurídico.

Aspecto ya analizado y de forma muy temprana en este escrito, fue el de precisar, que, en criterio de nuestro interprete constitucional, se debe entender, por expresión “Ley” comprendida en el artículo 230 de la Constitución Política, bajo un contenido amplio, esto es el concepto de ordenamiento jurídico, señala la Corte que:

El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la “ley” captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”.¹⁵⁶

¹⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C- 486 del 28 de octubre de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, respecto del principio de irretroactividad de la ley la Corte Constitucional en sentencia No. C-549/93, señaló:

(...) 3.1 Fundamento de la irretroactividad

El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

(...) Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley tributaria modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad en cuanto a las cargas tributarias, por ejemplo, incurre, no solo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido. La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: la seguridad y tranquilidad de los asociados.

(...) La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

Lo anterior indica que no se trata de un principio absoluto, pues el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de

posibilidades racionales. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar.

Es por ello que el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, y que en materia tributaria debe amoldarse a las exigencias de la equidad tributaria, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales tanto el valor de las deudas, como otros factores determinables por la realidad fiscal del momento, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos”.¹⁵⁷

Igualmente sobre el asunto en estudio, precisó:

La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.

Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.¹⁵⁸

¹⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-549 del 29 de noviembre de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTRITUCIONAL. Sentencia C-529/94 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

En este mismo sentido se pronunció mediante sentencia No. C-430/09, indicando que “Es principio normativo general que las leyes –en sentido material- rigen a partir de su promulgación, y solo la ley está autorizada para señalar efectos distintos respecto de la aplicación de una determinada disposición en el tiempo”.¹⁵⁹

Ahora bien, con relación a este tema, el Consejo de Estado define este principio, indicando:

En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos. La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha

¹⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 del 01 de julio de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.¹⁶⁰

Aunado a lo anterior, expresó:

La ley 153 de 1887 determina que las leyes procesales (de sustanciación y ritualidad de los juicios) rigen desde su vigencia y por tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir que son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 40). Tal previsión ha permitido concluir que a las situaciones reguladas en leyes no procedimentales (sustanciales) debe aplicárseles la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que la ley sanciona, coligiéndose entonces que la regla general predominante es la de irretroactividad de la ley y que la excepción nace de la indicación expresa del legislador sobre retroactividad o cuando en materia penal y disciplinaria aparece el principio de favorabilidad. Dicho principio general de irretroactividad de las leyes no procedimentales, como regla general, permite hacer efectivos otros principios como son los de la seguridad jurídica y del juzgamiento con base en la legalidad preexistente al hecho que se imputa (art. 29 Constitución Política).¹⁶¹

En materia contractual, esta Corporación señaló que, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración y por tanto se aplican durante toda la existencia del contrato, esto es, hasta su culminación:

¹⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 6840 del 04 de octubre de 2001. CP. Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 13684 del 10 de julio de 2003. CP. Maria Elena Giraldo Gómez.

(...) En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad. (...) En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas.¹⁶²

Materia en la que recientemente esta misma corporación se pronunció, referenciando que, la regla general es la irretroactividad de la Ley, principio según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, es decir, rige hacia el futuro.¹⁶³

De manera que, para las dos Cortes, y con base en los antecedentes jurisprudenciales expuestos, es innegable su postura respecto de la regla general que las normas rigen con posterioridad a su promulgación, reteniendo una mayor preeminencia frente a situaciones de carácter contractual, en donde las partes requieren negociar, bajo el conocimiento claro respecto de la legislación aplicable al objeto del contrato y a las consecuencias jurídicas que de ellas se sucedan.

Respecto al marco jurídico, se tiene que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, establece que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; igualmente y a lo largo de los diferentes estatutos de

¹⁶² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 16653 del once 11 de febrero de 2009. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 00474 del 8 de marzo de 2018. CP. María Elizabeth García González.

contratación, tal realidad se vio reflejada en cada uno de los ordenamientos que han sido expedidos en Colombia, y de los cuales se hace una referencia puntual:

- Decreto-Ley 150 de 1976: “Artículo 203. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este decreto se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente estatuto...”.

- Decreto-Ley 222 de 1983: “Artículo 300. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho procedimiento conforme a las normas antes vigentes”.

- La Ley 80 de 1993 (vigente): “Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”.

Ahora bien, bajo ese nuevo paradigma del sistema de fuentes en Colombia, y al estar la jurisprudencia en igual nivel que la Ley, ¿debe sujetarse a dicho principio de irretroactividad?

Como se vio, no existe prohibición constitucional expresa, respecto de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia. No obstante, y atendiendo lo hasta aquí argumentado respecto de la equiparación, a efectos de comprender el sistema de fuentes en Colombia, la jurisprudencia que está en el mismo escaño de la Ley, se dice que, en virtud de lo establecido en los artículos 29 y 58 superior, por regla general la Ley, rige todos los sucesos que después de su vigencia se produzcan.

Entonces, existe un principio constitucional general de irretroactividad de la Ley, entendida como, el fenómeno respecto del cual la Ley entra a regir todos los actos y hechos que se produzcan antes de entrar en vigencia, salvo las excepciones que expresamente el legislador disponga, bajo determinadas hipótesis de favorabilidad que puedan darse al destinatario.

¿Puede entonces sujetarse la Jurisprudencia a este principio, en materia contractual?

Propongo que, para razonar respecto de la aplicación de la jurisprudencia de manera retroactiva, se puede pensar en el hecho que, un contratista, descansando su creencia en la vigencia de un ordenamiento material, suscribe negocio jurídico, y, durante la ejecución del mismo, requiere de la intervención del juez para resolver alguna cuestión de suyo; sin embargo, su voluntad dada en un momento determinado bajo esta forma negocial, es valorada y resuelta con fundamento en una interpretación jurisprudencial posterior que no existía al momento de su acción, generándole sorpresa y desconcierto, respecto de la seguridad y confianza que tenía sobre el marco regulatorio de su negocio.

Se ha señalado ya, que la vida jurídica de los contratos, una vez se otorgan y existen, se despliega durante el tiempo, bajo la máxima de "*pacta sunt servanda*" es decir lo pactado obliga; así, por principio, toda convención debe ser cumplida fielmente de acuerdo con lo acordado; integrándose igualmente a esta afirmación, que el régimen legal aplicable a los contratos es el vigente al momento de su celebración.

Ahora bien, lo primero a decir frente al asunto, es que no ha existido una posición unánime de la doctrina respecto a si la jurisprudencia debe someterse al principio de irretroactividad, del que goza la ley, o si, por el contrario, al resolver los casos,

debe aplicar el criterio interpretativo del momento y no de la época en que sucedieron los hechos, para este caso, el de la celebración del contrato.

Un primer sector puntea, partiendo del contraste entre Ley y Jurisprudencia; según la doctrinante Sánchez, “la labor jurisprudencial consiste en la interpretación de la Ley que hacen los tribunales, y que esta “integración judicial” no constituye una nueva norma jurídica equiparable a la ley, porque tiene procedimientos de formación distintos, por el órgano que la emite, por sus efectos de obligatoriedad y su aplicación a los casos concretos”.¹⁶⁴

Por otra parte, también se ha señalado que, al considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho, esto es, llena las lagunas y micro lagunas de la Ley, y al adaptar los principios esenciales de la Constitución a circunstancias históricas cambiantes, crea derecho, sí se puede argumentar que solo se aplique hacia el futuro, para no crear inseguridad jurídica.¹⁶⁵

Por lo tanto, al predicarse de las leyes su irretroactividad en el tiempo, no pueden entrar a regular situaciones anteriores a su vigencia; siendo entonces, a *contrario sensu*, forzoso concluir que, aquellas situaciones jurídicas pretéritas al entrar en vigencia una nueva Ley, se entienden regidas por la Ley anterior vigente.

En este orden de ideas y de conformidad con lo expuesto en lo antecedente, al ser la Jurisprudencia, una real fuente de derecho, es razonable señalar, que igual destino debe admitírsele.

De modo que, se puede afirmar que, en materia de contratación, impera el principio de prohibición de efecto retroactivo de la ley, es decir, que sobrevive, la legislación anterior en la que se fundamentó la obligación contraída, por cuanto, es frente a esta

¹⁶⁴ SANCHEZ, Olga. La jurisprudencia y su aplicación retroactiva. México, 2000.

¹⁶⁵ GONGORA, Genaro. Introduccion al estudio del juicio de amparo. México, 1997. p. 544.

última que se ajustó su voluntad, y mal podría, sin atentarse contra el principio de buena fe, una nueva normativa, entrar a regular y/o alterar aspectos desconocidos al momento de su creación; esto, por cuanto los contratos, por pertenecer al mundo de los negocios, requieren, como presupuesto, de condiciones de seguridad y confianza para traficar en el mundo jurídico, sin oscilaciones del ordenamiento jurídico que los regla.

Hasta este punto, se puede exteriorizar que el ámbito de aplicación de la jurisprudencia, desde el punto de vista temporal, es el mismo que corresponde a la ley que interpreta, y por tanto no es probable que una modificación o sustitución de un criterio jurisprudencial definido, entre a perturbar situaciones legales previamente definidas bajo el escudo de un ordenamiento jurídico que no la comprendía, transgrediendo el principio cardinal que gobierna toda relación contractual, cual es la buena fe con que deben actuar las partes contratantes y la administración, rompiendo de contera, la seguridad y confianza en el sistema jurídico que le sirvió de fundamento al expresar su voluntad.

4.3 CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL TIEMPO

Aislados fueron los pronunciamientos del Consejo de Estado en el asunto, y su esfuerzo principal siempre se dio referente a la aplicación del precedente jurisprudencial en el tiempo. No obstante, y a finales del año pasado advirtió la relevancia del asunto en materia contencioso administrativa indicando que los procesos judiciales debían resolverse conforme al derecho vigente. Aspectos que se entrarán a referenciar a continuación.

a. Consejo de Estado, Sección Tercera - Sentencia de 8 de junio de 2017, exp. 41233 C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Acción de reparación directa

Al analizar la cuestión, referente a los efectos de los cambios jurisprudenciales y el acceso efectivo a la administración de justicia, en un caso en donde, el juez de primer grado aplicó de manera retroactiva una nueva postura jurisprudencial del Consejo de Estado, respecto de la acción procesal para reclamar por el enriquecimiento sin causa, iniciada con anterioridad a esta nueva posición, que conllevó a emitir un fallo inhibitorio, inicia el Consejo de Estado, por recalcar que dentro de la función jurisdiccional del Juez, y en ejercicio de su autonomía judicial le está permitido, como órgano de cierre, confeccionar cambios o giros en su postura interpretativa, “mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia, ya que resultaría incauto negarle al juez su rol principal dentro del sistema de fuentes, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho”.

Sobresale nuevamente el argumento del Consejo de Estado, respecto de la conversión de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, y de la cual derivan su validez distintas reglas de rango jurisprudencial, al tiempo que conmemora su fuerza vinculante para todas las autoridades.

Reseña que si bien el juez de cierre, de acuerdo a las funciones que le otorga el ordenamiento, está habilitado para modificar su postura frente a la situación que se le entreguen para su análisis, en algunas ocasiones los efectos de estas variaciones en la jurisprudencia no resultan eficaces para el mismo ejercicio de impartir justicia, al resultar estos atentatorios de garantías constitucionales.

Al respecto estableció una regla en materia de cambios jurisprudenciales, indicando que:

Los cambios de velocidad o de revocatoria de la jurisprudencia, particularmente los que contienen asuntos de orden procesal —jurisdicción, la competencia, la caducidad, la escogencia adecuada de la acción o medio de control—, no pueden aplicarse de manera retroactiva cuando afecten el derecho de acceso a la administración de justicia. No sería lógico que al momento de presentarse la demanda, el usuario de la administración de justicia, habiendo puesto su confianza, desde un punto de vista histórico, en un criterio jurisprudencial que lo conducía plausiblemente a determinar la manera correcta de reclamar sus derechos vulnerados ante la administración de justicia, posteriormente resulta dicho criterio modificado por esa misma autoridad judicial y el mencionado usuario afectado —al hacer el cambio de velocidad jurisprudencial— por el anunciado giro, con lo que se lo asaltaría en su buena fe y se le negaría, sobretodo, el libre acceso a la administración de justicia, ya que el juez, al amparo del nuevo criterio procesal, se inhibiría de fallar de fondo el litigio puesto a su consideración o negaría las pretensiones en atención al nuevo criterio procesal.

Y continúa explicando que, dentro de su ejercicio interpretativo, el juez no puede arrinconar los derechos de quienes, avalados por un criterio jurisprudencial previo, transgreden ese escenario antepuesto.

b. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2017, exp. No. 57279, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Acción de Controversias Contractuales

Como se insinuó anteriormente, fue para el mes de septiembre de 2017, que este alto Tribunal se pronunció para señalar una regla que, desde un enfoque basado en derechos, determinó que la evolución y progreso del pensamiento jurisprudencial no justifican su legitimidad respecto de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente.

La postura adoptada por el Consejo de Estado, la asumió bajo una perspectiva de derechos subjetivos de los justiciados, en tanto, “todo cambio de jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro”.

Lo anterior, bajo la consideración, que la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia viene a estar respaldada por el debido proceso y las garantías judiciales, la máxima de libertad personal, el principio de igualdad y la confianza legítima.

Entra el Consejo de Estado en este punto, a armonizar con argumentos preliminares, en tanto, si la Ley o en general cualquier precepto jurídico no puede enrolarse a regir situaciones creadas antes de su vigencia, pues igual destino está llamado a tener la Jurisprudencia, que si bien no puede ser equiparada a una Ley, en estricto sentido, es fuente de derecho vinculante, como quiera que fija una regla de derecho, que integra un orden jurídico, bajo pretensión de autoridad y por tanto es presupuesto elemental de racionalidad del sistema jurídico.

Se encuentra entonces, que las variaciones repentinas en el criterio jurisprudencial, afectan las situaciones de quienes han ajustado su actuar a un esquema normativo previo y, que tal cambio de posición defrauda el supuesto de confianza *legítima* fundamento sustantivo del postulado constitucional de buena fe.

Así las cosas, es momento de ir afinando algunos argumentos que llevarán a las conclusiones finales de este trabajo.

Primero que todo, es preciso advertir, que, de manera alguna, se pretende significar con estas líneas, la inmovilidad de las decisiones judiciales; por el contrario, es obligado su progreso en la medida que el sistema normativo evoluciona al pretender responder a los diferentes azares por los que atraviesa la sociedad destinataria de este. De hecho, al ser la jurisprudencia una valoración de los hechos, de cara a determinado ordenamiento jurídico, bien puede darse que, bajo contenidos más profundos o efectivizando la búsqueda de la justicia, el criterio del órgano jurisdiccional se replantee o varié.

Se insiste, lo que concierne a este estudio no pretendía averiguar si es recto o no modificar determinado criterio jurisprudencial, sino establecer si tal mudanza en la orientación de la jurisprudencia, altera, en grado de vulneración, el principio de la buena fe contractual.

Se estableció cómo la buena fe cumple un papel superior dentro del régimen de los contratos, como componente predecesor de toda relación jurídica obligacional, como quiera que es fundamento primero de esta, el comportamiento leal y honesto de las partes, respecto de lo convenido, surgiendo en el imaginario de cada parte contratante, que su compromiso será cumplido de acuerdo a lo pactado y al marco jurídico que mandaba su relación al momento de lo convenido y que, debe mandar en toda la existencia del contrato, inclusive, hasta el momento en que, frente a cualquier controversia en él suscitada, se confíe al Juez, quien no podrá afectar, de manera intempestiva, las perspectivas jurisprudenciales que en casos antecedentes, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho se le fiaron.

Luego entonces, el rol que el juez debe desempeñar dentro de estos vínculos contractuales, puesto bajo su discernimiento, no es otro que asegurar que los principios contractuales, dentro de los que se encuentra el de la buena fe, sean respetados y obedecidos por los contratantes. Se convierte entonces el Estado en mediador entre las voluntades de las partes y los principios reguladores del

asunto, en especial, la del principio origen de cualquier relación humana, el de buena fe, principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza; por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan, la lealtad y la honestidad.

Como se explicó en líneas anteriores, es el principio de la buena fe, el núcleo de las alianzas y obligaciones negociales, en donde las libertades de las partes manifiestan su voluntad de una u otra forma, en la búsqueda de sus intereses deseados, dentro del esquema jurídico vigente al momento de expresar su voluntad. Aceptan las reglas de este encuentro, que previamente fueron conocidas e incorporadas a su acuerdo volitivo, por encontrarse reconciliadas a sus provechos convenidos.

Se podría entonces señalar que, este deber de respeto y confianza de lo acordado dentro del marco del sistema jurídico imperante al momento de la suscripción del contrato, se amplifica al operador judicial al momento de decidir cualquier litigio puesto a su juicio, al delimitar su ejercicio de interpretación normativa, al ordenamiento normativo vigente para la época de perfeccionamiento del acuerdo contractual, del cual como se expuso, hace parte la jurisprudencia precedente, y por tanto lo vincula a su observancia y aplicación; ya lo decía el STIGLITZ,¹⁶⁶ “la buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ejecución continuada, desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)”.

Por tanto, emerge diáfano señalar que, se afecta este presupuesto esencial de buena fe, en punto de vulneración, si una nueva interpretación del juez desconoce el cerco normativo dentro del cual se suscribió.

¹⁶⁶ STIGLITZ, Rubén. Contratos civiles y comerciales. Parte general. Buenos Aires, 1998. p. 440.

Se anunciará en este momento, que la buena fe en los contratos es sinónimo de lealtad en el cumplimiento de los compromisos y bajo las particularidades convenidas. De allí dependerá su subsistencia. Deberán las partes entonces “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, en cuidado de mantener el equilibrio contractual. De ahí que una aplicación retroactiva de una interpretación judicial sobre cualquier contrato, irrespete los límites de tal principio.

Se ha indicado que los principios generales del derecho permiten integrar el Derecho, como predecesores de él y paladines del ideal de justicia y equidad para todos los administrados. Por consiguiente, el principio de buena fe, actualmente, no solamente es una regla de conducta para los gobernados y sus relaciones negociales, sino que, ha sido incorporado como un “criterio o método de juicio” dentro de la actividad judicial y su desarrollo debe irse concretando con cada decisión adoptada. Se impone como un principio constitucional de respeto y garantía de los derechos de los gobernados, debiendo las autoridades actuar con honestidad, confianza y lealtad, más aún dentro de las relaciones negociales, en las que se traduce, en fundamento de confianza y libertad del sistema jurídico que gobierna, en un determinado momento su voluntad.

En suma, se dice que sí se vulnera el principio de la buena fe, cuando se aplica de forma retroactiva un nuevo contenido jurisprudencial no existente al momento de creación de la obligación contractual, ya que, bajo este postulado, el poder judicial, es decir, el juez, tiene el deber constitucional de brindar seguridad y confianza a los contratantes, respetando el marco normativo (legal y jurisprudencial) que le sirvió de base.

4.4 REFERENCIA CAMBIOS POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Se ha visto como la Constitución Política establece en su artículo 230, una premisa general de autonomía y soberanía del poder judicial, conforme a la cual, los jueces solamente están sometidos en sus decisiones al dominio de la ley, concebida esta última, como el conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, que a hoy comporta un carácter forzoso respecto a las decisiones ulteriores, en la búsqueda continuada e incesante de cristalizar los fundamentos constitucionales de la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza legítima y la buena fe.

También se señala cómo este compromiso de aplicación uniforme de la jurisprudencia, no encarna un obstáculo para replantear un criterio ya adoptado, pero sí comporta el cumplimiento de unas cargas de argumentación aptas, que justifiquen el cambio de criterio, para implementar la nueva regla de derecho que se imponga respecto de la anterior.

Señala Bernal¹⁶⁷ sobre el particular que, la Corte Constitucional contempla la posibilidad “de que el juez pueda inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el primer caso en que se estableció la jurisprudencia exigen otorgar al segundo una solución diferente”.

Así, para clausurar este capítulo, me permitiré referenciar algunos cambios jurisprudenciales desarrollados por el Consejo de Estado en materia contractual, relacionados con el equilibrio económico y financiero del contrato; en especial de dos de relevancia en materia judicial, las teorías del “Hecho del Príncipe” y de la “Imprevisión”, lo que facilitará las conclusiones de cierre de este trabajo.

¹⁶⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 222.

4.4.1 Hecho del príncipe. La teoría del “hecho del príncipe”, ha sido producto de una manufactura de los jueces franceses, y ha sido introducida a nuestro sistema jurídico por vía jurisprudencial, como una fuente potencial de quebrantamiento del principio del equilibrio financiero en los contratos estatales, y se revela, cuando el Estado en ejercicio de los poderes y facultades que el ordenamiento le ha otorgado con el fin de intervenir la economía y en los demás frentes del devenir nacional, adopta medidas generales y abstractas que terminan alterando la equivalencia económica de las prestaciones originadas en el contrato, pues como consecuencia de esas medidas se generan mayores costos o disminuyen los beneficios que se habían previsto al momento de entrabarse el negocio jurídico estatal.¹⁶⁸

Entonces, se estará en el terreno de este fenómeno, cuando una decisión de la Administración Pública genere un perjuicio que afecte de manera anormal la ecuación financiera prevista en el convenio inicial.

Es en este punto donde surgen criterios encontrados, inicialmente desde la doctrina y como se verá, apoyados en un sentido u otro, por el Consejo de Estado. Para un primer sector, que se ha denominado como una fase de aplicación amplia de la teoría del hecho del príncipe, solo se configuraba este, respecto de cualquier perjuicio originado en decisión de una autoridad estatal con efectos generales.

Según Cassagne¹⁶⁹ el “hecho del príncipe” concierne a las medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso.

¹⁶⁸ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. (2º ed.). Bogotá D-C.: Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹⁶⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. El equilibrio económico del contrato estatal. Ed. Buenos Aires, 2002. p. 140.

Este criterio de interpretación fue sostenido por el Consejo de Estado desde el año 1992¹⁷⁰. En la citada decisión se planteó el problema jurídico referido a si la entidad contratante estaba en la obligación de responder al contratista por la afectación en el equilibrio económico del contrato, cuando surgen graves perjuicios con ocasión de una Ley expedida por el órgano legislativo colombiano, frente a lo cual determinó:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado (...). Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

En un siguiente pronunciamiento indicó que

La revisión del canon y con mayor razón cuando las partes no previeron la forma en que se reajustaría el mismo ante la prórroga automática del contrato, es viable no sólo por aplicación analógica de los artículos 4° numeral 3° y 27 de la Ley 80 de 1993, sino porque la ley ha sido cuidadosa en intervenir la fijación del precio en dichos contratos para establecer hasta qué monto las partes pueden convenir el ajuste adecuado que debe pagar el

¹⁷⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 6353. CP. Carlos Betancur Jaramillo, marzo 27 de 1992.

arrendatario con el fin de favorecer y equilibrar el resultado económico de los arrendadores.”(...)“La entidad pública arrendataria no debió ser indiferente a las circunstancias particulares en que ocupaba el inmueble, porque tenía la obligación de pagar un canon que se ajustara a la realidad económica tanto del arrendador como a las condiciones del bien, en razón a los principios de la buena fe y la equidad a la cual estaba obligada con mayor rigor como ente público. Y es que no solo debe buscarse si hubo esfuerzos del arrendador para prever las dificultades en la ejecución del contrato, sino también cuál fue la actividad de la administración, la diligencia y la lealtad con que actuó frente a su co-contratante.

Por lo anterior, el juez del contrato en aplicación del principio *iura novit curia* debe restablecer las condiciones económicas en que debió ejecutarse el contrato y ser mucho más exigente cuando ha sido la administración la que se ha beneficiado de las condiciones en las que se ejecutó en forma efectiva el contrato.¹⁷¹

Continúa el Consejo de Estado¹⁷² aplicando esta tesis doctrinaria de aplicación amplia de esta teoría:

El asunto en cuestión lo analiza el Consejo de Estado en la causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, que se refiere fundamentalmente al denominado “Hecho del Príncipe”, entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.

¹⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 11184. CP. Ricardo Hoyos Duque, febrero 15 de 1999.

¹⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del (7) de marzo de 2002. CP. Alier Eduardo Hernández E., Radicación número 21588.

Según el criterio jurisprudencial anterior, para configurarse esta teoría, es necesaria la existencia de un acto general y abstracto proferido por la autoridad administrativa que celebró el contrato o por otro ente estatal de cualquiera de los niveles de la administración, que incida de manera directa o indirecta en el contrato estatal y que, como consecuencia de ello, se afecte el equilibrio financiero y económico de las condiciones convenidas en el contrato.

Un segundo sector de la doctrina, forjó el empleo de esta doctrina, solamente en aquellos casos en que el acto de carácter general que ocasiona el desequilibrio en la ecuación financiera del contrato es emitido por la entidad administrativa contratante, toda vez que, al no ser proferido el acto que genera el agravio por la entidad contratante, se estaría en la esfera de la teoría de la imprevisión.

Posición acogida por el Consejo de Estado en el año 2003¹⁷³ cuando resolvió el asunto referido a sí, la contribución que estableció la Ley 104 de 1993, alteró el equilibrio económico del contrato celebrado entre el INVIAS y la firma SOCIEDAD PAVIMENTOS COLOMBIA S.A. Para resolver consideró que:

Sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. En el presente caso por tratarse de un gravamen creado por una ley expedida por el Congreso de la República, que no fue expedida por la entidad pública contratante, el daño no es imputable a una de las partes de la relación contractual y por consiguiente, no puede decirse que se está frente a un hecho del príncipe.

¹⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 14577.

Enfoque reiterado por el Consejo de Estado en varias providencias¹⁷⁴ en las cuales ha manifestado que “se presenta un “hecho del príncipe” cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de celebrar el contrato, precisando sin embargo, que solo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante”, posición esta que ha configurado en la línea jurisprudencial vigente.

Así mismo, y como enlace al siguiente tema, esta decisión distingue entre la responsabilidad que puede configurarse por el hecho del príncipe y la que surge bajo la teoría de la imprevisión. Al respecto enseñó:

La importancia de la distinción del régimen procedente frente al rompimiento del equilibrio económico de un contrato, si lo es el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, radica en el hecho de que dependiendo de cuál de los dos sea el llamado a operar, la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios –en el caso del hecho del príncipe–, o únicamente, habrá lugar al reconocimiento de una compensación, limitada a las pérdidas que haya podido sufrir el cocontratante –caso de la teoría de la imprevisión.

(...) Y lo anterior es así, por cuanto en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado. En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión,

¹⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003. CP. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 15119.

en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante. Pero la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta, sino que obedece a hechos ajenos a las partes y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales.

Entonces, para el año 2003 hubo un cambio de postura, y se circunscribió la aplicación de la teoría del hecho del príncipe a aquellas situaciones en las que el acto general es expedido por la misma entidad contratante, bajo prerrogativas diferentes al ejercicio de la actividad contractual, al tiempo que señaló que si el acto general que afecta la economía del contrato proviene de una autoridad diferente a la entidad contratante, dicho desequilibrio será estudiado, ya no desde la teoría del hecho del príncipe, sino desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

Argumento reiterado por la Alta Corporación en el año 2013 y adicionado respecto a que la decisión que genera el perjuicio debe ser de carácter general y no particular, porque de darse este último escenario, se estaría en ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración Pública dentro del desarrollo de su actividad contractual¹⁷⁵: “Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma

¹⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de enero 30 de 2013. Exp. 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020). MP. Enrique Gil Botero. Acción de controversias contractuales.

debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe”.

Por lo tanto, y en aplicación de lo expuesto con el giro jurisprudencial del Consejo de Estado, el hecho del príncipe, se presenta como causal del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, cuando se cumplen las siguientes exigencias:

- Expedición de un acto general y abstracto emitido por la autoridad contratante, en desarrollo de una atribución administrativa disímil de la actividad contractual.
- Incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- Alteración o afectación grave de las condiciones económicas del contrato.
- La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

En conclusión, se observó cómo el Consejo de Estado venía aplicando una postura respecto de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe hasta el año 2012, cuando se expedía un acto general y abstracto por parte de la entidad administrativa contratante o por cualquier otro ente administrativo que afectara, de manera grave la ecuación financiera del contrato. A partir del año 2012, el Consejo de Estado mudó su postura y limitó la aplicación de esta teoría, a aquellas circunstancias en que el acto general es expedido por la misma entidad contratante, pero en ejercicio de privilegios diferentes al ejercicio de la actividad contractual; acto que se insiste debe ser de carácter general, esto es, “que vaya dirigido a un grupo indeterminado de personas”.¹⁷⁶

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ, Libardo. “Derecho Administrativo General y Colombiano”, 14 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 258.

En este sentido Riveró¹⁷⁷ manifestó:

La teoría no interviene jamás cuando la medida que agrava las obligaciones del cocontratante emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública, por ejemplo, cuando un decreto acto del Estado, agrava, en materia social, la situación de los cocontratantes de las colectividades locales. En este caso, hay una asimilación del área administrativo al área económico y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión. (...) La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del cocontratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato)".

4.4.2 Teoría de la imprevisión. Al igual que el “hecho del príncipe” y según Urrejola¹⁷⁸, el surgimiento de la “Teoría de la Imprevisión” se remonta a la jurisprudencia administrativa del máximo Tribunal Francés, en pronunciamiento del 30 de mayo de 1916, en el cual se indicó: “que la economía del contrato queda trastornada cuando el alza del precio del carbón es tal que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes a la hora del otorgamiento del contrato”.

Igual suerte que la primera, ha tenido en Colombia esta teoría, ya que su tratamiento ha venido surtiéndose jurisprudencialmente en el escenario de la contratación.

¹⁷⁷ RIVERÖ, J. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. p. 141.

¹⁷⁸ URREJOLA SCOLARI, Bárbara. Teoría de la Imprevisión. Chile, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2003. p. 24.

Lo primero que se expresa es que, la imprevisión presupone la existencia de un fenómeno o acontecimiento extraordinario, que escapó de la previsión normal de las partes al momento de celebración del negocio jurídico conforme a su naturaleza, y que sobrevienen luego de pactada, pero que afectan su equilibrio económico.

Ya se refería con anterioridad, que fue mediante sentencia número 14577 del 29 de mayo de 2003, que el Consejo de Estado definió su concepto y los elementos constitutivos de dicha figura:

- Presencia de un acontecimiento exterior a los contratantes, luego de la celebración del contrato.
- Acontecimiento que perturbe de manera extraordinaria la ecuación financiera del contrato.
- Que este acontecimiento haya escapado de su previsión prudente por los contratantes al momento de suscripción del convenio.
- Y que este no impida la ejecución del contrato, sin perjuicio de que agrave las condiciones de su cumplimiento.

Es importante destacar que fue con la antedicha posición jurisprudencial¹⁷⁹ que se estableció una clara diferencia entre la teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, como quiera que si el hecho o fenómeno sobreviniente a la voluntad de las partes, el cual debe ser de contenido general, procede de la entidad pública contratante, se está en las aguas de la primera teoría, esto es, del hecho del príncipe; en caso contrario, las aguas en que navegara el restablecimiento de la ecuación financiera quebrantada, serán en las de la teoría de la imprevisión.

¹⁷⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. CP. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 14577.

En el punto del objeto de estudio que ocupa, los cambios jurisprudenciales y su aplicación en el tiempo respecto de los contratos estatales, no ha escapado la teoría de la imprevisión de posturas cambiantes en el alto tribunal administrativo.

Al igual que en la teoría del hecho del príncipe, la posición del Consejo de Estado ha sido fluctuante en lo relacionado con la indemnización que procede para restablecer el equilibrio roto en el contrato.

En un primer escenario, que se ha denominado por los estudiosos como limitado, en donde el resarcimiento por concepto del perjuicio sufrido solamente comprenderá aquellas porciones de indemnización que permitan normalizar la ejecución del contrato, mas no toda pérdida de desmedro sufrida por el contratista.

El Consejo de Estado se pronunció en estos términos, señalando que “la teoría de la imprevisión no cubre ni asegura ganancias, solo es una ayuda en las pérdidas”¹⁸⁰.

Esta interpretación jurisprudencial se fue mesurando, y para el año 1996, el Consejo de Estado¹⁸¹ abandonó esa postura que circunscribía los valores de indemnización a los perjuicios que religiosamente se hacía indispensable reconocer en propósito del restablecer el equilibrio contractual quebrantado, para señalar que, la aplicación de Esta Teoría de imprevisión, comprendía nivelar, no solo las pérdidas que escaparan del alea normal de la ejecución de los contratos, sino los lucros que la parte contratante había programado alcanzar con la celebración del contrato.

¹⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de noviembre de 1993. CP. Julio Cesar Uribe Acosta, Radicación número 3600.

¹⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de mayo de 1996. CP. Daniel Suarez Hernández, Radicación número 10151.

Estos pasos del Consejo de Estado¹⁸² volvieron a desandarse, y para el año 2003, vuelve a encerrar su exégesis, declarando que, bajo la Teoría de la imprevisión, solamente podían aliviarse las pérdidas del contratista que permitan reestablecer el recorrido uniforme del contrato estatal, pero no, dividiendo alguno de este por su actividad. Al respecto afirmó:

La importancia de la distinción del régimen procedente frente al rompimiento del equilibrio económico de un contrato, si lo es el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, radica en el hecho de que dependiendo de cuál de los dos sea el llamado a operar, la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios –en el caso del hecho del príncipe–, o únicamente, habrá lugar al reconocimiento de una compensación, limitada a las pérdidas que haya podido sufrir el cocontratante –caso de la teoría de la imprevisión. Y lo anterior es así, por cuanto en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado. En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante. Pero la indemnización en este caso, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual, no le es

¹⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003. CP. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 15119.

imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta, sino que obedece a hechos ajenos a las partes y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales.

4.5 CAMBIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE MULTAS Y RIESGOS EN EL CONTRATO ESTATAL

En último lugar, y en perspectiva del problema objeto de investigación, se observarán dos últimos contenidos en materia contractual, respecto de los cuales la aplicación de las reglas jurisprudenciales que imperaban en el tiempo de celebración del contrato, pudieron variar al momento de su juicio ante la autoridad judicial y, por tanto, se estructuraría la vulneración del principio constitucional de la buena fe, como expresión materializada del asunto estudiado.

El primero de ellos es el régimen sancionatorio respecto del incumplimiento del contratista, comúnmente conocido como multas dentro de la contratación estatal, facultad estatal que ha ido y venido, conforme a la interpretación que, de las normas contractuales ha hecho el Consejo de Estado.

Sea preciso indicar, que bajo el principio superior del interés general que encierra la actividad contractual estatal, se le han otorgado a la Administración Pública facultades especiales para que logre de sus contratistas el cumplimiento de las obligaciones pactadas; así, las multas se constituyen en el mecanismo que insta al contratista a aligerar la ejecución de lo pactado, que se encuentra en lentitud de cumplimiento parcial, y por tanto, solamente están llamadas a compelerlo para que cumpla el objeto convenido, más no a resarcir los daños causados por su retraso.

Sin embargo, y así como en los anteriores contenidos, este poder sobrado de la Administración, ha sido de amplio debate en el Tribunal Contencioso Administrativo.

Con el decreto 222 de 1983, esta facultad, de manera expresa estaba consagrada en su articulado, como una obligación para la entidad contratante, regulación que estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 80 de 1993, que derogó expresamente el citado decreto, y no incluyó, explícitamente esta competencia exorbitante.

Surgieron desde ahí posiciones disímiles en la jurisprudencia contenciosa, amén de lo regulado y vigente contenido en la Ley 1150 de 2007 y Estatuto Anticorrupción.

En una primera etapa, el Consejo de Estado señaló que, toda vez que la Ley 80 de 1993 no había atribuido expresamente esta facultad a la administración, su pacto era improcedente:

...Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9288. 222 de 1983, desapareció por

derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley...¹⁸³

Más adelante, modificó su postura para señalar la viabilidad en el ejercicio de esta prerrogativa por parte de la Administración Pública, con fundamento en la legislación civil y comercial, que por expresa remisión normativa se hacía de este ordenamiento en la Ley 80 de 1993. En este sentido dispuso que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor...¹⁸⁴

Nuevamente esta Corporación, años después, viró su dirección interpretativa para señalar que no era posible que la Administración impusiera de manera unilateral multas al contratista como cláusula excepcional, como quiera que la ley no contemplaba dicho suceso vulnerando así el principio de legalidad.¹⁸⁵

Entonces, hay que ubicarse en el escenario de un contrato estatal, suscrito en el año 1997, en donde no se pactó régimen sancionatorio de multas, como procedimiento conminatorio para compeler al contratista en el cumplimiento del objeto contractual y la jurisprudencia vigente era la falta de competencia para imponerlas unilateralmente por parte del contratante estatal, y aun así la Administración, en exaltación del principio de interés general, aplicó dicha facultad, y que sería analizado por el Consejo de Estado en el año 2001, momento para el

¹⁸³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669.

¹⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 4 de junio de 1998, exp. 13988. En igual sentido, entre otras: autos de 6 de agosto de 1998, exp. 14558; 14 de diciembre de 1998, exp. 14504; 13 de diciembre de 2001, exp. 19443; y providencia de 20 de junio de 2002, exp. 19488.

¹⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, exp. 14279.

cual el criterio jurisprudencial era la posibilidad de dar aplicación a este poder estatal.

¿Podría el Consejo de Estado dar aplicación a esta posición jurisprudencial no vigente al momento de celebración del contrato estatal, sin atentar contra el cerco jurídico vigente al momento de la suscripción de este y actuando dentro de la garantía constitucional de la buena fe?

Se responde que no. Como se ha desarrollado en este texto, es sobre el principio de la buena fe que descansan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entendiendo que, en materia de negocios jurídicos, es contención de esa posición imperante de lo público y, por tanto, se concibe celebrado conforme al marco normativo, del cual hace parte la jurisprudencia, vigente al momento de su celebración, como evicción de seguridad y lealtad de las partes.

Unas últimas líneas se dedicarán a considerar lo relacionado con la estimación y administración del riesgo en el Contrato estatal, asunto igualmente gobernado por la voluntad de las partes.

La ejecución de todo contrato comporta siempre la ocurrencia de riesgos potencialmente aptos para generar rupturas en su equilibrio económico, principio este último que gravita en la garantía de igualdad de las cargas que las partes contratantes deben soportar, de acuerdo a los compromisos y obligaciones que se acordaron.

Tal finalidad ha procurado el legislador, se mantenga durante el desarrollo de los contratos estatales, al tiempo que las partes deben procurar mantener su equilibrio. Como ya se vió de manera antecedente, esta ecuación se ve afectada por circunstancias imputables a la entidad estatal contratante, bien por actos generales del Estado en ejercicio de su actividad como administración y no como

parte del contrato (hecho del príncipe), o por acaecimiento de situaciones imprevistas ajenas a la voluntad de las partes (teoría de la imprevisión).

Por tanto y ante una afectación a dicha premisa de igualdad entre las partes contratantes, haciendo más onerosa la situación del contratista, se estructura el desequilibrio económico de esta ecuación y, por tanto, procede su restablecimiento económico vía judicial por atentar contra la estabilidad jurídica del marco normativo que lo regulaba al no haberse considerado o previsto este suceso y en todo caso, bajo la posición jurisprudencial vigente al momento de celebración del mismo, sin que una nueva postura interpretativa pueda hacer más gravosa las condiciones convenidas.

4.6 COROLARIO

La buena fe es un principio general del derecho, estatuido como postulado constitucional en Colombia a través del artículo 83 superior, tanto para las obligaciones privadas como para el ejercicio de la gestión de todas las autoridades públicas, que une e integra todo nuestro ordenamiento jurídico y que se adapta a cada una de las situaciones jurídicas generadas, que gobiernan la dinámica jurídica del derecho.

Es en este teatro de relaciones Estado y gobernados, que el principio de la buena fe retoza, al constituirse en un deber de conducta en el terreno judicial, cuya manifestación se traduce en que los operadores jurídicos respeten el marco jurídico vigente al momento de la suscripción del contrato estatal, entendido como el conjunto de fuentes que emanan derecho bajo nuestros contenidos superiores.

Se observa en este aparte, como en materia de algunos asuntos contractuales, que se han presentado variaciones jurisprudenciales en el órgano de cierre de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales resultaron en algunas fases más benévolas que en otras para los contratistas. También, que en el ejercicio de interpretación normativa efectuado por los jueces, se presupone un enfoque retrospectivo del caso concreto, en específico de este tema, del ordenamiento jurídico vigente que sujetaba el acuerdo de voluntades suscrito en ese momento.

Se aclara que, en manera alguna se quiere extremar los argumentos al punto de catalogar la inmovilidad de la jurisprudencia, pero sí de forma enérgica al afinar la posición de vulneración del principio de la buena fe, al aplicar en la resolución de una controversia contractual una posición jurisprudencial no vigente para la época de suscripción del mismo, ya que citado principio no es una simple declaración programática de la Constitución Política, sino que supone aplicación directa de los poderes públicos. Por tanto, aplicar un cambio jurisprudencial a contratos estatales no vigente al momento de su configuración, es soslayar las garantías constitucionales de la buena fe en sus expresiones fundantes de seguridad jurídica y confianza legítima.

Al respecto, se redimen las líneas escritas por Baldó¹⁸⁶

Ya no se parte de la prohibición de que el juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el Derecho sin un legítimo desarrollo continuador del Derecho, de que, consecuentemente con ello, esa labor no es posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de interpretación no es cerrado y de que el Derecho presenta lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción.

¹⁸⁶ BALDÓ LAVILLA. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, en Política criminal y nuevo Derecho penal (ed. Silva Sánchez, Barcelona, 1997), p. 359, quien recoge la denominada teoría del desarrollo continuador del Derecho.

No podrá entonces aplicarse retroactivamente una jurisprudencia a un momento histórico creado anteriormente, como quiera que estas circunstancias ya surgieron reguladas por un sistema normativo vigente al momento de su conformación. Así lo resume el profesor argentino Borda¹⁸⁷ “el principio de buena fe enriquece de valor la palabra y la promesa que lleva a las partes a negociar y le ayuda al juez a fallar en justicia y equidad.

¹⁸⁷ BORDA, Alejandro. La buena fe en la etapa precontractual. En: 129 Universitas, 2014. p. 39-79. Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe> doi:10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Es el principio general de la buena fe, pretérito legado romano, que ha cobrado en estos tiempos, especial preminencia y una posición central en las relaciones ya no solo entre los particulares, sino entre estos y el Estado.

En Colombia, el principio de la buena fe se encuentra codificado en el artículo 83 de la Constitución Política, en donde se determina que, tanto los particulares como las autoridades públicas deben ajustar sus actuaciones a este postulado, que ha sido definido jurisprudencialmente como una muralla para el ejercicio del actuar estatal, bajo subcategorías de confianza, lealtad y seguridad para el ordenamiento jurídico y que guía, desde la institucionalidad, el actuar de esta frente a los gobernados.

Con la llegada del modelo de Estado Constitucional social y de Derecho a la Carta superior, se replantearon los elementos propios del “razonamiento jurídico”, que despuntó de una simple posición lógica y racional del derecho, a una razonabilidad fundada en el bien común, la conveniencia social, la justicia y los principios generales del derecho.

Por esta razón, si bien, el artículo 230 de la Constitución Política reseña a los principios generales del derecho situándolos dentro de los criterios auxiliares de la actividad judicial, la posición constitucionalista inspiradora de la Asamblea Nacional Constituyente, así como las demandas del Estado social y constitucional de derecho, lo reclaman como herramientas claras de limitación del ejercicio del poder.

Ahora bien, tratándose de su clasificación dentro de las fuentes del derecho, se aprecia útil referir ponencia presentada por los constituyentes, Serpa, Perry y

Verano¹⁸⁸, denominada “El trabajo como valor fundamental” en la cual expresaron “cualquiera que sea la naturaleza y jerarquía que dentro de las fuentes normativas se le reconozca a los denominados principios fundamentales y a los elementos esenciales del Estado, es lo cierto que por su prioridad política y lógica ellos no podrán ser ignorados por el intérprete de las normas que en su conjunto integran el ordenamiento jurídico”, al tiempo que señalan que a pesar de que la mayoría de estos derechos, libertades y principios se encuentran consagrados de alguna forma en la Carta Política, a excepción de los derechos políticos, cuya carencia ha sumido el país en lamentables y profundos estados de violencia política, económica y social, hay otros, que no han sido elevados al rango constitucional que les corresponde, ni enunciados claramente para que puedan ser comprendidos por los ciudadanos.

Se dio así, un cambio de paradigma en el sistema jurídico Colombiano, y se pasó de una cláusula de imperio de la ley, a un ordenamiento donde los principios gozan de un lugar superior al resto del régimen normativo interno.

Según quedó trazado dentro del presente trabajo, se puede señalar que, cuando los jueces razonan, para resolver los problemas jurídicos planteados, dentro de un sistema constitucionalista, no lo hacen exclusivamente siguiendo reglas, sino que se socorren de los principios, como aquel conjunto de normas que explican el Derecho, y que lo acercan a sus reclamaciones ingénitas de justicia y equidad, aspecto este último que fundamenta la concepción del principio de la buena fe, como esquema de fundamentación del Derecho Colombiano.

Se tiene entonces, que a través de estos principios generales se cimientan muros de sujeción de los derechos frente al poderío del bloque institucional del Estado, instituyéndose como medio y garantía para su protección.

¹⁸⁸ SERPA, Horacio, PERRY, Guillermo y VERANO, Eduardo. El trabajo como valor fundamental, 1991. p. 2.

Por lo tanto, no solamente el Derecho proviene de la ley en sentido inmóvil, sino de la actividad de interpretación, complementación e integración del ordenamiento jurídico, al resolver un caso sometido a su análisis y decisión. Bajo este esquema comprensivo de la jurisprudencia, que le reconoce validez normativa como fuente de derecho positivo, solo puede ultimarse que esta es fuente de derecho, desde las aristas formal y material.

Como se vio, ni para la doctrina, ni para el sistema jurídico colombiano, ha sido ajeno el debate de comprender a la jurisprudencia como fuente de derecho al nivel de la ley y, por tanto, aplicable de suyo el principio de irretroactividad. No obstante, lo aquí desarrollado, permite concluir, desde una perspectiva principalista, esto es, reconociendo la existencia de principios generales que constituyen aristas superiores que efectivizan los postulados estructurantes del Estado Social de Derecho en Colombia, los ratiocinios jurisprudenciales, deben ser trabajados, bajo la normativa vigente al momento de la manifestación de la voluntad de las partes contratantes; siendo aquel acuerdo de voluntades inseparable del marco jurídico que lo regía al momento de su nacimiento, y que lo regula durante toda su vida jurídica.

Gracias a los contenidos dados por los jueces respecto a su propia jurisprudencia, en ningún momento este escrito pretendió equipararla con la Ley. Llanamente postuló argumentos que permiten rematar diciendo que el principio de irretroactividad de la Ley opera en analogía para la jurisprudencia, que se hace obligatoria en su aplicación en un momento determinado y de acuerdo a las circunstancias acreditadas bajo una postura judicial concreta y específica imperante al momento de perfeccionamiento de las voluntades. Actitud en contrario afectaría de manera riesgosa y peligrosa la seguridad jurídica del sistema.

Es en esta atmosfera de relaciones Estado y gobernados, que el principio de la buena fe retoza, al constituirse en un deber de conducta en el terreno judicial, cuya manifestación se traduce, en que los operadores jurídicos, respeten el marco jurídico vigente al momento de la suscripción del contrato estatal, entendido como el conjunto de fuentes que emanan derecho bajo contenidos superiores.

Luego entonces, el panorama judicial no puede ser foráneo frente a este ambiente que se propaga hondamente dentro del ordenamiento jurídico colombiano; “la actividad judicial debe conducir necesariamente a la formulación de aquellas reglas latentes o implícitas en el sistema social efectivamente en vigor y a la interpretación de las reglas sugeridas por el desenvolvimiento y complicación de las relaciones sociales”.¹⁸⁹

Por tanto, se vulnera el principio de la buena fe al aplicar una nueva posición jurisprudencial en la solución de controversias contractuales, no vigente al momento de celebración del contrato estatal, por cuanto se sorprende de manera intempestiva a la parte contratante, con una nueva posición jurisprudencial que supera la interpretación existente al momento de celebración de su contrato, como quiera que de este axioma emanan deberes de conducta para las partes, de seguridad y confianza.

Como se determinó en este escrito, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración y por tanto se aplican durante toda la existencia del contrato; y por ley, se debe entender el significado dado por la Corte Constitucional, respecto a estar comprendida allí la jurisprudencia; esto, por cuanto las partes ajustan su voluntad al marco jurídico que regula en ese momento su acuerdo de voluntades, y a las posiciones vigentes de la

¹⁸⁹ MORALES, F. T. La nueva jurisprudencia de la Corte: Buena fe, apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto, 1940. p. 13.

jurisprudencia, como un depósito previo de indemnidad y seguridad entre las partes.

Podría ligeramente pensarse que una vez ejecutado el contrato, este principio se extingue conforme a su cumplimiento o incumplimiento; no obstante, en virtud de este principio, se integra al Juez en esta relación de obediencia y respeto por lo pactado, debiendo preservar las reglas que le sirvieron como fundamento.

Por esta razón, el poder jurisdiccional estatal defrauda al administrado, contraviniendo los compromisos adquiridos por las partes, al quebrantar esa garantía de estabilidad y seguridad de los contratantes en el sistema normativo que gobernaba sus deseos y expectativas, bajo el alegato de la circulación normal en la interpretación normativa por el juez, por cuanto se constituye en deber del Estado procurar la afectación mínima a los cambios de postura repentinos de sus autoridades.

De todas las referencias precedentes, surge con claridad que este presupuesto esencial de buena fe, predicable de toda relación jurídica, se afecta, cuando un nuevo suceso de interpretación judicial, abandona y arrincona la moldura normativa en medio de la cual se perfeccionó el consentimiento de los contratantes. Es la buena fe, en los contratos, equivalente a cumplimiento fiel y leal de los compromisos asumidos, por lo que cualquier aplicación retroactiva de una interpretación judicial, violenta los límites de tal principio.

Como se previno, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en el universo más amplio de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos; exigiéndose, tratándose de la parte contractual pública, un especial esmero, en el

proceder honesto y virtuoso, como principio orientador e integrador del sistema normativo.

Finalmente, se siente que los fundamentos teóricos expuestos en este escrito, pueden ser de utilidad, para posteriormente formular una teoría respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por aplicación retroactiva de la Jurisprudencia, fundada en el daño antijurídico que se causa cuando los jueces olvidan e irrespetan la observancia de los “principios generales del derecho” contemplados en el artículo 230 de la C.P., los cuales integran el sistema normativo colombiano y efectivizan los fines del Estado Social de Derecho, con fines de acero para el ejercicio del poder jurisdiccional.

Se cercan los argumentos con las palabras del profesor Español Roca¹⁹⁰, “se puede llegar a afirmar que si la jurisprudencia completa la norma con la interpretación, de modo que la norma no es sólo la prevista en la fuente sino ésta unida a su interpretación a través de la jurisprudencia, se llega a la conclusión de que el significado de la norma está en la concreta interpretación que se realiza”, del orden jurídico vigente al momento de celebración del contrato, es entonces una exaltación de la garantía constitucional de la buena fe, y cuyo fin último es la justicia y la paz social.

¹⁹⁰ ROCA TRÍAS. Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad. En: Revista Jurídica de Cataluña. 1986, No. 4, p. 30 y s. parecido. GARCÍA RIVAS. El poder punitivo en el Estado democrático (Cuenca, 1996), p. 74.

BIBLIOGRAFÍA

Acción de Controversias Contractuales, 6840 (Consejo de Estado 04 de octubre de 2001).

Acción de Reparación Directa - Repetición 17482 (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo 31 de agosto de 2006).

Acción de Nulidad, 31.447 (Consejo de Estado 3 de diciembre de 2007).

Accion de Reparación Directa, 18499 (Consejo de Estado - Sala Contencioso Administrativa 11 de agosto de 2010).

Acción de Reparación Directa, 19707 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo 7 de julio de 2011).

Acción de reparacion Directa, 21928 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo 5 de julio de 2012).

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. (2011). Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C.: Editorial Legis Editores S.A.

ARMENTA, Karen. Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia. En: Diálogos de Derecho y Política. Medellín, 2013, p. 3.

ARTICULO 1603. "EJECUCIÓN DE BUENA FE". Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino

a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Artículo 3 Ley 30 de 1992.

ARTICULO 863. “BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL”. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

ARTICULO 871. “PRINCIPIO DE BUENA FE”. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.

BLANCO, Gilberto. Sistema de fuentes en el ordenamiento Jurídico Colombiano. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2007. p. 52.

BERMÚDEZ SOTO, J. El Principio De Confianza Legítima en la actuación de la administración como límite a la facultad invalidatoria. Revista de Derecho, Vol. Xviii No. 2, p. 89.

BERNAL PULIDO, Carlos. “El derecho de los derechos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 207.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 222.

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. (2° ed.). Bogotá D-C.: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 74, 84.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. 2 ed. Bogotá, 2005. p. 32.

BORDA, Alejandro. La buena fe en la etapa precontractual. En: 129 Vniversitas, 2014, p. 39-79. Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe>
doi:10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe

CAJARVILLE, Juan Pablo. Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya, en Sobre Derecho Administrativo, 3ª edición ampliada. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012. p. 534.

CASSAGNE, Juan Carlos. El equilibrio económico del contrato estatal. Ed. Buenos Aires, 2002. p. 140.

CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El Precedente Judicial y El Precedente Constitucional. Lima, Perú: Ara Editores, 2008. p. 21.

CASTRESANA, Amelia. Las definiciones de la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. Madrid, 2013. p. 108.

COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA 1991. Artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Editorial Leyer, 2015.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T – 472 de 2009.

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603. Editorial Leyer, 2002. ARTICULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603. Editorial Leyer, 2002.

COLOMBIA. CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Editorial Legis. 2015.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-469 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-475 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-544 de 1994. MP. Jorge Arango Mejía.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-617/95. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-253 de 1996. MP. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 478 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 745 de 2012. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-249 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-305 de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-665 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-715 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 005 de 2018. MP. Carlos Bernal Pulido.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-492 del 28 de octubre de 1993. MP. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 039 de 19 de febrero de 1998. MP. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-794 del 23 de agosto de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 486 del 28 de octubre de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 de 1994 del 06 de diciembre de 1994. MP. Jorge Arango Mejía.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-478 del 25 de septiembre de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 03 de junio de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 del 9 de enero de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 del 06 de julio de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU053 del 12 de febrero de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537 del 30 de junio de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 486 del 28 de octubre de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-549 del 29 de noviembre de 1993. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTRITUCIONAL. Sentencia C-529/94. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 del 01 de julio de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 02 de marzo de 2000. CP. Nicolás Pájaro Peñaranda.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 06 de julio de 2005. CP. Alier Eduardo Hernández Enrique.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 03 de diciembre de 2007. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 22 de julio de 2009. CP. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 10 de marzo de 2011. CP. Danilo Rojas Betancourt.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 23 de marzo de 2017. CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 10 de septiembre de 1992. CP. Julio César Uribe Acosta.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 1996. CP. Jesús María Carrillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 6840 del 04 de octubre de 2001. CP. Olga Inés Navarrete Barrero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 13684 del 10 de julio de 2003. CP. María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 16653 del once 11 de febrero de 2009. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 00474 del 8 de marzo de 2018. CP. María Elizabeth García González.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. CP. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 14577.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de noviembre de 1993, CP. Julio Cesar Uribe Acosta, Radicación número 3600.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de mayo de 1996. CP. Daniel Suarez Hernández, Radicación número 10151.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003. CP. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 15119.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 6353. CP. Carlos Betancur Jaramillo, marzo 27 de 1992.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 11184. CP. Ricardo Hoyos Duque, febrero 15 de 1999.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del (7) de marzo de dos mil dos (2002). CP. Alier Eduardo Hernández E. Radicación número 21588.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencias del 18 de abril de 2013 de la Sección Quinta. C.P. MAURICIO TORRES CUERVO. Radicación número: 2012-01010-01(AC). Y la Sentencia del 7 de marzo de 2013 de la Sección Quinta. C.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Radicación número 2012-00759-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C.P Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 14577.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de enero 30 de 2013. Exp. 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020) MP. Enrique Gil Botero. Acción de controversias contractuales.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 9 de agosto de 2000. MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 21 de mayo de 2002. MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 02 de febrero de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 13 de mayo de 2014. MP. Margarita Caballero Blanco.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 27 de febrero de 2012. MP. William Namén Vargas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 22 de abril de 2016. MP. Margarita Cabello Blanco.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 08 de junio de 2017. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalve.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, del 02 de julio de 2001. MP. William Namén Vargas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, del 15 de julio de 2008. MP. William Namén Vargas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, del 02 de agosto de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, del 17 de marzo de 2003. MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, del 28 de febrero de 2005. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603. Editorial Leyer, 2002. ARTICULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las

cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Editorial Leyer, 2015.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: () 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Julio-diciembre 2011. Vol. 41. No. 115, p. 335.

CORIPUNA ADRIAN, Javier Antonio. La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial. 1 ed. 2007. Vol. 1, p. 119.

DE VIVERO, Felipe. La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. Revista de Derecho Público. (17). 2004, p. 126.

DÍAZ, Rafael. Teoría General del Derecho. Madrid: Editorial Tecno, 1997. p. 235.

DIETER, Nörr. La fides en el derecho internacional romano (trad. Rafael Domingo). En: Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez". Madrid. 2 ed. 1996. p. 16.

DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho patrimonial civil, t. 1. Madrid: Editorial Civitas, 1978. En: VIANA CLEVES, María José. El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. En: El principio de la

confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 39.

D'ORS, Álvaro. Derecho privado Romano. 4 ed., Pamplona, 1981. p. 59.

ESCUDERO ALDAY, Rafael. Positivism y moral interna del derecho. Madrid: Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000, p. 502.

ESGUERRA, Juan Carlos. La presunción buena fe. En: La protección constitucional al ciudadano. 1 ed. Bogotá: Legis Editores S.A, 2004. p. 62.

ESGUERRA, Juan. La presunción de buena fe. En: Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 683.

ESPAÑOLA, R. A. (20 de junio de 2018). <http://www.rae.es/>. Obtenido de <http://www.rae.es/>: <http://www.rae.es/>.

FACCO, Javier. Reseña histórico comparativa del principio general de buena fe en el subsistema juridico latinoamericano. En: Revista Mexicana de Historia del Derecho, 2011, p. 248.

FERREIRA RUBIO, Delia. La buena fé: El principio general en el Derecho Civil. Madrid, 1984. p. 35.

GALLEGO MARÍN, C. A. El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. En: Jurid, Manizales – Colombia. 2012, p. 85.

GONGORA, Genaro. Introduccion al estudio del juicio de amparo. México, 1997. p. 544.

GONZALEZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. En VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. 1. Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 186.

GONZÁLEZ, Jácome. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. Bogotá, 2006. p. 268.

GUZMÁN, Alejandro. Los orígenes del concepto de "Relación Jurídica". En: Revista de Estudios Histórico–Jurídicos. 2006, Vol. XXVIII. p. 222.

HERNÁNDEZ BECERRA, A. La jurisprudencia en el Nuevo Código. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. 2011. p. 240.

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. México, 1983. p. 160.

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. En: Revista de Derecho Privado. Madrid: Ed. España, 1958, p. 327.

LARGO TABORDA, Adriana. Tensión entre la autonomía privada y la buena fe en la contratación privada contemporánea. Colombia: Universidad de Antioquia, 2012. p. 41.

Ley 169 de 189, Art. 4. “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

LONDOÑO, Jesús. El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Summa Iuris, 2014. p. 213.

LOPEZ, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá, 2006. p. 266.

LÓPEZ, Diego. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Ediciones Uniandes, Legis Editores, 2001. p. 60.

LÓPEZ, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá D.C.: Editorial Legis Editores S.A., 2006. p. 109.

MONTES, Roberto. Principios jurídicos. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México, 2011. p. 398.

MORAL SORIANO, Leonor. El Precedente Judicial. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2002. p. 184.

MORALES, F. T. La nueva jurisprudencia de la Corte: Buena fe, apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto. 1940. p. 13.

NEME VILLARREAL, Martha. La buena fe en el Derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 28, 44 y ss, 240.

NÖRR, Dieter. La fides en el derecho internacional romano. En: Seminario Complutense de Derecho Romano Ursicino Álvarez. Madrid, 1996. p. 16.

OLANO GARCÍA, Hernando. Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo. Estudios constitucionales. 2011. Vol. 9, No. 2, p. 395-428.

OLLERO, Andrés. Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda edición aumentada y actualizada. Madrid, 2005. p. 17-31.

ORTIZ, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010. Revista e-Mercatoria, No. 9. Bogotá, 2010. p. 17.

PECES BARBA, Gregorio. Curso de Teoría del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 67.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Seguridad jurídica. En GARZÓN VALDÉS Ernesto y LAPORTA J., Francisco (Eds.). El derecho y la justicia. Editorial Trotta S.A., 2000. p. 483.

PÉREZ ROYO, Javier. Las Fuentes del Derecho. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2008. p. 50.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. El precedente judicial y sus reglas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014. p. 21-22.

RAMS, Joaquín. Apuntes de Derecho Civil Patrimonial. Madrid, 2010. p. 32.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 22 ed. 2001. Obtenido de <http://www.rae.es/rae.html>.

RIVERÓ, J. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. p. 141.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, 14 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 258.

ROMERO, Aurelia. Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico. Madrid: Tapia, 1990.

SALAZAR, María. Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo. En: Revista Internacional de Derecho Romano, 2015, p. 111-187.

SANBORN, Frederic. Origins of the Early English Maritime and Commercial. Buffalo, 2002. p. 199.

SANCHEZ, Olga. La jurisprudencia y su aplicación retroactiva. México, 2000.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. El Derecho en la aventura europea de la libertad. Madrid: Editorial Reus, 1987.

SANCHIS, Luis. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2013. p. 18.

SAINZ, Fernando. La buena fe en las relaciones de la administración con los ciudadanos. En: Revista de Administración Pública (RAP). 1979. no. 89. En: VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. El principio de confianza legítima y su aplicación en las relaciones jurídicas. En: La defraudación de la confianza legítima aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 188.

SANTOFIMIO, Jaime. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 48, 54.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En: Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011). Comentado y Concordado-editor. José Luis Benavides. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 239-240.

SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo. El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo? En: Revista Universitas. Julio-diciembre, 2011. No. 123, p. 247-282.

SARMIENTO, F. Ruptura del Principio de Confianza Legítima de los Entes Territoriales ante los desastres naturales. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia, 2014. p. 35.

STIGLITZ, Rubén. Contratos civiles y comerciales. Parte general. Buenos Aires, 1998. p. 440.

SERPA, Horacio, PERRY, Guillermo y VERANO, Eduardo. El trabajo como valor fundamental, 1991. p. 2.

TARUFFO, Michele. Precedente y Jurisprudencia. En: Revista Precedente. Pavía, 2007, p. 87.

URREJOLA SCOLARI, Bárbara. Teoría de la Imprevisión. Chile, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2003. p. 24.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p. 192.

VALENCIA y ORTIZ, Álvaro. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Personas. Bogotá, 2006. p. 679.

WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid: Civitas, 1982. p. 61.