

**ANÁLISIS HERMENÉUTICO DE LA SOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS  
CONFLICTOS CONTRACTUALES DE LAS PERSONAS DE DERECHO  
PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN EN SANTANDER**

**ANGÉLICA MARÍA REYES SÁNCHEZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA**

**2012**

**ANÁLISIS HERMENÉUTICO DE LA SOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS  
CONFLICTOS CONTRACTUALES DE LAS PERSONAS DE DERECHO  
PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN EN SANTANDER**

**ANGÉLICA MARÍA REYES SÁNCHEZ**

**Trabajo de Grado para obtener el título de Magíster en Hermenéutica  
Jurídica y Derecho**

**Director  
Juan Pablo Sterlling Casas  
Abogado**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2012**

Víctor Julio, Ruth y Sylvia Marcela; Mi familia Tomasina: A mis dos familias dedico este triunfo esperando no defraudar la confianza que han depositado en mí y seguir llenando de orgullo sus corazones.

## **AGRADECIMIENTOS**

Con el desarrollo y culminación del presente trabajo hoy alcanzo una meta más en el camino a la felicidad que comenzaría hace 24 años, agradezco por acompañar este camino:

A mis padres y hermana quienes han hecho de mi la persona y profesional que soy y que con su apoyo incondicional llenan de fortaleza cada instante de mi vida.

A la Universidad Santo Tomás, a su Facultad de Derecho y especialmente a los miembros del Grupo de Investigación Neoconstitucionalismo y Derecho por acogerme con cariño en la gran familia Tomasina y por abrirme las puertas de la academia y el desarrollo profesional a través del respaldo incondicional que desde mi época de estudiante de pregrado supieron brindarme.

A Rodolfo Delgado Gamboa por ser mi maestro desde hace 7 años y quien con su ejemplo como persona, docente y abogado me enseña los beneficios de vivir con templanza cada día.

A la Universidad Industrial de Santander y especialmente a Juan Pablo Sterlling Casas, por ser facilitadores en la consecución de esta meta.

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN .....	12
1. TEORÍAS DEL DERECHO EN TORNO AL SISTEMA DE FUENTES Y SUS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN .....	22
1.1. EXPOSICIÓN GENERAL.....	22
1.1.1. Teorías desde la perspectiva de la legitimidad del Derecho .....	38
1.1.2. Teorías desde la perspectiva de la validez del Derecho .....	44
1.1.3. Teorías desde la perspectiva de la eficacia del Derecho .....	52
1.2. SISTEMA DE FUENTES Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO .....	64
1.2.1 Transformaciones y Estado Actual de la transformación .....	64
1.2.2 Conformación actual del Sistema de Fuentes.....	75
1.2.3 Métodos de Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano .....	90
2. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS DE DERECHO PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	98
2.1 NATURALEZA Y FINES .....	98
2.2 PERSONAS DE DERECHO PRIVADO – ADMINISTRACIÓN: UNA RELACIÓN NECESARIA. ....	101
2.3 EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: EL CONTRATO ESTATAL.....	110
3. CONFLICTOS CONTRACTUALES DE LAS PERSONAS DE DERECHO PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN EN SANTANDER .....	115
Cuadro 5. Sentencias de Primera Instancia de acciones contractuales proferidas por el TAS en el periodo 2008 - 2009 .....	117

3.1. PRINCIPALES CONFLICTOS CONTRACTUALES EN SANTANDER.....	123
3.2. SOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONFLICTO: UNA CARACTERIZACIÓN DE LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER – TAS.....	128
4. CONCLUSIONES .....	158
BIBLIOGRAFÍA.....	161

## LISTA DE CUADROS

	<b>Pág.</b>
Cuadro 1. Construcción de la propuesta trídica Legitimidad – Validez – Eficacia con la Tesis de Alf Ross .....	32
Cuadro. 2. Construcción de la triada desde la tesis de Alf Ross .....	33
Cuadro 3. Construcción de la propuesta trídica Legitimidad – Validez – Eficacia con la Tesis de Josep Aguiló Regla. ....	37
Cuadro. 4. Construcción de la triada desde la tesis de Josep Aguiló .....	38
Cuadro 5. Sentencias de Primera Instancia de acciones contractuales proferidas por el TAS en el periodo 2008 - 2009 .....	117

## RESUMEN

Título: Análisis Hermenéutico De La Solución Judicial De Los Conflictos Contractuales De Las Personas De Derecho Privado Con La Administración En Santander\*

Autor: Angélica María Reyes Sánchez\*\*

Palabras Clave: Personas De Derecho Privado, Administración Pública, Conflictos Contractuales, Legitimidad, Validez, Eficacia, Sistema de Fuentes, Métodos de Interpretación.

### Descripción

El presente trabajo de investigación, pretende hacer una revisión de las principales teorías sobre el sistema de fuentes del derecho y métodos de interpretación, con el fin de identificar los elementos y características más relevantes que permitan hacer un ejercicio de aplicación sobre las decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander – TAS en acciones contractuales de primera instancia, durante el periodo 2008 – 2009.

La revisión realizada se ha organizado a partir de la ubicación de los postulados más relevantes en torno a fuentes del derecho y métodos de interpretación, a partir de la división trilemática de legitimidad, validez y eficacia; seguida de unas reflexiones en torno a la relación contractual de las personas de derecho privado con la Administración Pública en Colombia y sus conflictos contractuales, para finalmente hacer el análisis a las decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander como un ejercicio de aplicación hermenéutica regional, análisis que busca identificar la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Santander en torno a fuentes del derecho y métodos de interpretación, esto es determinar si los argumentos de las decisiones judiciales analizadas responden a los postulados de las perspectivas de la división trilemática propuesta de legitimidad - validez – eficacia.

---

\* Trabajo de grado.

\*\* Universidad Industrial de Santander – Facultad de Ciencias Humanas – Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director del trabajo: Juan Pablo Sterling Casas.

## SUMMARY

Title: Hermeneutical analysis of the judicial conflict resolution in Contractual Matters regarding Private Law persons in relation with the Santander Public Administrator\*

Author: Angélica María Reyes Sánchez\*\*

Key Words: Private Law Person, Private Law Entity, Public Administration, Contractual Disputes, Legitimacy, Validity, Efficacy, Sources of Law Systems, Methods of Interpretation.

The research paper hereby presented is an approach to revise the main theories on sources of the law system and methods of interpretation, in order to identify the most relevant elements and characteristics that will allow an application exercise on the court decisions emitted by the Administrative Tribunal of Santander (TAS for its Spanish acronym), in lawsuits in first instance against contractual procedures during the period between 2008-2009.

The scanning performed during the research has been organized according to the most relevant statements surrounding the sources of the law and methods of interpretation, parting from the trilemmatic division consisting of legitimacy, validity and efficacy; leading to a series of reflections in regard to the contractual relation between the persons of private law and the Colombian Public Administration, from the contractual conflict point of view, in order to, lastly, analyze the Court Decisions emitted by the Administrative Tribunal of Santander performing as First Instance Court in contractual lawsuits during the 2008-2009 period as a regional hermeneutics application exercise, analysis which purpose is to identify the posture adopted by the Administrative Tribunal of Santander regarding sources of the law and methods of interpretation. In other words, to determine if the arguments of the analyzed court decisions meet with the enunciations of the perspectives given by the threefold division of legitimacy-validity-efficacy.

---

\* Research project.

\*\* Universidad Industrial de Santander – Human Sciences Department- Law and Political Science School. Project Director  
: Juan Pablo Sterlling Casas.

## INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de los fines del Estado Colombiano, como Estado Social de Derecho y especialmente los de “(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”<sup>1</sup> así como la prestación de servicios, exige a la Administración el despliegue de la actividad pública y específicamente de la actividad contractual como mecanismo que privilegia el cumplimiento de uno de los propósitos

*“\_del constituyente: la vinculación de los particulares al progreso, al desarrollo de una sociedad que descansa sobre un mandato superior que no es posible eludir: el estado social de derecho, concepto constitucional que nos atribuye a todos 3/4 Estado y administrados 3/4 la responsabilidad del cumplimiento de sus cometidos.”<sup>2</sup>*

En este sentido, la relación contractual que surge entre la Administración Pública<sup>3</sup> y las Personas De Derecho Privado<sup>4</sup>, es necesaria para el desarrollo de la vida

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 2.

<sup>2</sup> MIER, Patricia. El régimen jurídico del contrato estatal en *Revista de derecho público* (No. 17), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), Mayo de 2004. p. 60.

<sup>3</sup> El Estado en ejercicio de actividades de organización, buena marcha del aparato administrativo y eficaz realización de las funciones a su cargo adquiere la denominación de Administración Pública o Administración, de conformidad con el criterio funcional, por lo tanto para efectos del presente trabajo al se entiende por “Administración Pública” o simplemente “Administración”, las Entidades Estatales consagradas en la Ley 80 de 1993. Por cuanto en ejercicio de la función administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política, el Estado ejerce la actividad contractual con el fin de garantizar servicios y provisiones para la comunidad, es decir satisfacer el interés general.

<sup>4</sup> “Particulares” o “Contratistas” son los términos empleados por el régimen de contratación estatal colombiano, para referirse a la persona (natural o jurídica) que interviene en el contrato en calidad de contratista, en aras de diferenciarlos del Estado como parte contratante, sin embargo para

empresarial al permitir el desenvolvimiento de la empresa, la contribución en el cumplimiento de los fines del Estado y la vinculación de éste en el mundo de la libre competencia, la iniciativa privada y el mercado de bienes y servicios.

Si bien es cierto, la actividad contractual privilegia la satisfacción de las necesidades de quienes intervienen en el negocio jurídico, en procura de llegar a un acuerdo, las partes concilian los intereses particulares que inicialmente motivaron la contratación, tensión que se hace constante en ejecución del negocio y que se materializa en eventos que impiden alcanzar el objeto contractual en los términos y para los fines acordados: incumplimiento de las obligaciones, nulidades contractuales, inexistencia de la obligación, inexistencia del contrato, rompimiento del equilibrio económico, diferencias en la liquidación del contrato, entre otros.

Aunada a la tensión natural de toda relación contractual, la Administración arrastra a la relación contractual *“el ejercicio del poder público, que lo sigue colocando en posición privilegiada, ingresando de esta manera en la relación contractual no como parte, sino como titular de la función pública que se concreta en la expedición de actos de poder”<sup>5</sup>*, tales como el diseño e implementación de modelos de contrato (que priva a las Personas De Derecho Privado de la posibilidad de discusión de su contenido), la imposición de cláusulas exorbitantes (que rompen la igualdad que debe mediar entre las partes), la tendencia a la eliminación de cláusulas compromisorias y/o el despliegue de acciones que privan a las Personas De Derecho Privado de acudir a la vía arbitral, entre otras.

En este sentido, la solución que de esos conflictos contractuales se logre obtener, redundará no sólo en beneficio de las partes intervinientes en el negocio, sino en la consecución de los fines estatales a través del cumplimiento del objeto contractual. Por lo anterior, se han establecido diversos mecanismos de solución

---

efectos del presente trabajo al utilizar la denominación “Personas De Derecho Privado” se entiende sinónimo de “particulares” o “contratistas” en los términos de la Ley 80 de 1993.

<sup>5</sup> Idídem. p. 69.

que van desde la vía directa<sup>6</sup> hasta el ejercicio de la función jurisdiccional que, según lo consagrado en el Artículo 116<sup>7</sup> de la Constitución Política de Colombia, se encuentra en cabeza, entre otros y para efectos de los conflictos objeto de estudio, del Consejo de Estado, los Tribunales y los Jueces Administrativos, y los particulares en condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho.

Aunque, en teoría, ambas alternativas presentan ventajas y desventajas para cada una de las partes, la vía judicial sigue siendo la más usual y concurrida - especialmente por las Personas De Derecho Privado- a pesar de los inconvenientes, costos y resultados que trae para sus intereses; por lo menos es la situación que se observa en el Tribunal Administrativo de Santander (TAS), máximo órgano de la jurisdicción contencioso - administrativa en el Departamento, toda vez que de los fallos proferidos en primera instancia en acciones contractuales durante el periodo 2008 - 2009<sup>8</sup>, el 87.5%<sup>9</sup> son parcial o totalmente adversos a las pretensiones del demandante, siendo en todo caso la persona de derecho privado, pues del 12.5%<sup>10</sup> restante, que accede a las pretensiones del demandante, dicha calidad la ostentaba la misma Administración.

Además de encontrar antecedentes teóricos en las circunstancias de la relación jurídica sustancial, descritas con anterioridad, el desarrollo del presente trabajo

---

<sup>6</sup> A pesar que, en palabras de Patricia Mier Barrios, \_ la ley prohíja los mecanismos de arreglo directo, queriendo con ello no sólo afianzar la responsabilidad de los servidores públicos en el manejo autónomo de la actividad contractual, sino evitar, en caso de conflictos, el desgaste administrativo y por sobre todo de recursos públicos que la mayoría de las veces alcanzan sumas inusitadas por el solo transcurso del tiempo, sanción pecuniaria que con creces sobrepasa los montos de las sumas debidas y nunca reconocidas oportunamente.

<sup>7</sup> Modificado por el Artículo 1 del Acto Legislativo 3 de 2002 Artículo 116.

<sup>8</sup> En total 16 Sentencias de primera instancia equivalentes al 64% de las sentencias que, en acciones contractuales, profirió el TAS en el periodo 2008 – 2010.

<sup>9</sup> En total 14 Sentencias adversas al demandante de las 16 que en primera instancia profirió el TAS durante el periodo 2008 – 2009.

<sup>10</sup> En total 3 Sentencias favorables al demandante de las 16 que en primera instancia profirió el TAS durante el periodo 2008 – 2009.

surge en cumplimiento de uno de los requisitos para obtener el título de Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, sin desconocer que los puntos de referencia establecidos por el programa de maestría y las asesorías de profesores y amigos de diferentes grupos de investigación en Bucaramanga, sirvieron para su delimitación.

Gracias a las recomendaciones temáticas y metodológicas de los asesores, el presente trabajo pretende caracterizar<sup>11</sup> las decisiones judiciales del TAS en conflictos contractuales de las Personas De Derecho Privado con la Administración en el periodo 2008 – 2009, dando respuesta al siguiente problema jurídico ¿Cuáles son los insumos jurídicos en sistema de fuentes y métodos de interpretación utilizados por el Tribunal Administrativo de Santander (TAS) al proferir las decisiones judiciales de acciones contractuales de primera instancia durante el periodo 2008 – 2009?.

La importancia de resolver el problema jurídico formulado, radica en la posibilidad de comprender la forma como el TAS define el derecho en los conflictos contractuales de las Personas De Derecho Privado y la Administración, entendiendo que es indudable que *“las decisiones judiciales, que traducen y aplican a una situación concreta los dictados abstractos de la ley, pueden significar la diferencia entre el bienestar o la desgracia para un individuo”*.<sup>12</sup> De esta manera, el análisis propuesto permite identificar, entre los argumentos que fundamentan las decisiones judiciales del TAS, cuál de las perspectivas de la división trilemática propuesta: legitimidad – validez – eficacia, en relación con las teorías sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación, se refleja en los fallos seleccionados para el presente estudio, y no sucumbir ante la tentación de

---

<sup>11</sup> En el sentido expresado por la Real Academia Española: “Determinar los atributos peculiares de alguien o de algo, de modo que claramente se distinga de los demás”, concepto recuperado el 19 de Mayo de 2010 de [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=categorizar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=categorizar)

<sup>12</sup> ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?. Bogotá D. C.: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 1999. p. 1.

proferir juicios a priori con desconocimiento de las circunstancias teóricas y metodológicas que fundaron las decisiones judiciales del TAS, en el afán de comprender los resultados adversos a los intereses de las personas de derecho privado.

Para alcanzar el objetivo propuesto, el presente trabajo parte de una revisión de las teorías sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación, tomando como principales referentes los trabajos de Alf Ross, Josep Aguiló Regla, con el fin de identificar los rasgos diferenciadores de cada una y ubicarlos dentro de la división trilemática de legitimidad – validez – eficacia y en virtud de la cual es posible definir el ámbito de lo jurídico desde la perspectiva de su legitimidad, desde la perspectiva de su validez y desde la perspectiva de su eficacia, plasmando los resultados en el capítulo de *Teorías del Derecho en torno al Sistema de Fuentes y sus Métodos de Interpretación*.

Este primer capítulo inicia con un reconocimiento de las diversas posiciones encontradas en la división trilemática propuesta y de diversas formas de presentar la discusión, sin embargo un estudio profundo de dichas discusiones desbordaría los objetivos del trabajo propuesto, por lo que la presentación de la misma se hace en términos generales. Para luego presentar de manera descriptiva las principales teorías sobre fuentes del derecho a la luz de la legitimidad – validez – eficacia, propuesta. Finalmente este primer aparte culmina con una referencia, a modo de conclusión, de las características de dos familias jurídicas representativas de los modelos jurídicos: la romano - germana y la inglesa, esto a fin de comprender luego cómo en el segundo aparte de este mismo capítulo las características del actual sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano por ser aquel que somete la actividad del juez colombiano y para nuestro caso, del Tribunal Administrativo de Santander, presentando las características del sistema de fuentes antes y después de la Constitución de 1991.

Las precisiones y conclusiones de este primer capítulo permiten hacer el ejercicio de aplicación propuesto sobre los fallos proferidos por el TAS y que constituyen objeto de estudio del presente trabajo. De allí la importancia del marco de referencia plasmado en el primer capítulo siguiendo una metodología descriptiva y proponiendo una forma novedosa de organizar las diversas teorías sobre fuentes del derecho que han marcado el desarrollo, aplicación y estudio del Derecho.

Enseguida, se presenta una reflexión en torno a los fundamentos sustanciales de la contratación de las Personas de Derecho Privado con la Administración Pública en aras de describir su naturaleza, características y principales elementos conceptuales que permiten su desarrollo, haciendo énfasis en las vicisitudes propias de esta actividad contractual y que son objeto recurrente de conflictos dirimidos en la jurisdicción contencioso administrativa, reflexiones que son presentadas en el capítulo de *Actividad Contractual de las Personas de Derecho Privado con la Administración Pública*. El propósito de este capítulo es describir las características de la relación contractual objeto de estudio, esto es la de la persona de derecho privado con la Administración Pública y la comprensión de su papel dentro del desarrollo económico y social, por la finalidad que persigue: el cumplimiento de los fines estatales, y en consecuencia la importancia de que la solución judicial de sus conflictos se justifique en la aplicación del sistema de fuentes y métodos de interpretación vigentes, acordes a los postulados constitucionales y a las nuevas características del ordenamiento jurídico colombiano como consecuencia del surgimiento de la Constitución de 1991.

Una vez concluidos los dos primeros capítulos, como marco de referencia suficiente para el ejercicio de aplicación propuesto en atención a la revisión teórica que se realiza (Fuentes del derecho, métodos de interpretación, actividad contractual), como un ejercicio de aplicación de hermenéutica regional a partir del análisis detallado de las 16 decisiones judiciales de primera instancia proferidas por el TAS en acciones contractuales en el periodo 2008 – 2009, describiendo los

principales conflictos contractuales sometidos a conocimiento del TAS e identificando, entre los argumentos de la *ratio decidendi*, las referencias a fuentes del derecho y métodos de interpretación que permitan proponer su ubicación dentro de la división trilemática propuesta: legitimidad – validez – eficacia, al momento de aplicación o concreción del Derecho. Los argumentos que nos permiten definir en uno u otro sentido la posición del TAS, son presentados en el capítulo *Conflictos Contractuales de las personas de Derecho Privado con la Administración en Santander*. Este capítulo se funda en el análisis jurisprudencial realizado a cada fallo a partir de una ficha diseñada para estos efectos, fichas que constituyen anexos del presente trabajo y que permitieron consolidar las conclusiones que se expresan en este tercer y último capítulo.

En concordancia con los objetivos propuestos<sup>13</sup>, y atendiendo a la naturaleza descriptiva del presente trabajo, sus alcances se circunscriben a la revisión teórica sobre sistema de fuentes, métodos de interpretación y los devenires de la contratación con la administración pública, realizada para delimitar el marco a partir del cual se hace el análisis propuesto como ejercicio de aplicación a un caso hermenéutico regional, esto es el *Análisis Hermenéutico de la Solución Judicial de los Conflictos Contractuales de las Personas de Derecho Privado con la Administración en Santander*.

Una de las principales limitaciones presentadas en desarrollo de los objetivos propuestos, fue la dificultad de organizar la información obtenida durante las

---

<sup>13</sup> La propuesta de investigación presentada, sustentada y aprobada sin condicionamientos en Junio de 2010, formula como objetivo general *Caracterizar las decisiones judiciales del TAS en conflictos contractuales de las personas de derecho privado con la administración en el periodo 2008 – 2009*. Y como objetivos específicos: 1. *Realizar análisis jurisprudencial a los fallos proferidos por el TAS en el periodo 2008 – 2009 en primera instancia de acciones contractuales*. 2. *Identificar el sistema de fuentes aplicado por el TAS como fundamento a las decisiones judiciales proferidas en el periodo 2008 – 2009 en acciones contractuales de primera instancia*. Y 3. *Identificar los métodos de interpretación empleados por el TAS al aplicar el sistema de fuentes que sirve de fundamento a las decisiones judiciales proferidas en el periodo 2008 – 2009 en acciones contractuales de primera instancia*. A estos objetivos específicos se suma lo definido como esquema capitular y que se traduce en los resultados plasmados a partir de los tres capítulos que integran el presente trabajo de investigación.

revisiones teóricas, además que los diversos problemas teóricos sobre sistema de fuentes, métodos de interpretación y actividad contractual de las personas de derecho privado con la Administración Pública, en ocasiones obligan a dirigir la mirada a puntos que no obedecen a los objetivos propuestos y surge la necesidad de encauzar esfuerzos procurando conservar la esencia del estudio inicialmente planteado. Esta dificultad pudo ser superada gracias a la claridad conceptual y metodológica de la propuesta formulada y a las asesorías recibidas de manera continua por el director del trabajo de investigación, los docentes y asesores del programa de maestría. Adicionalmente, es importante resaltar la colaboración recibida de parte del TAS al suministrar los fallos proferidos en acciones contractuales desde el año 2008 hasta el mes de febrero de 2010 a partir de los cuales fue posible una primera revisión y clasificación de las decisiones que integran el objeto de estudio del presente trabajo, teniendo con ello acceso de primera mano a la información necesaria para su desarrollo, además de la diversidad de material relacionado, disponible en bases de datos, bibliotecas de la ciudad y sitios web relacionados. Así como el apoyo de los compañeros miembros del grupo de investigación Neoconstitucionalismo y Derecho<sup>14</sup> con los cuales pude socializar avances y sostener discusiones que permitieron enriquecer las páginas del presente trabajo.

El trabajo de investigación descrito corresponde al desarrollo de una investigación jurídica pura y descriptiva que, a través del método lógico inductivo completo, ha permitido analizar un conjunto de decisiones judiciales previamente individualizados, identificar en cada uno de ellos un conjunto de generalidades que los caracterizan, para llegar a construir un conjunto de mayor generalidad que permite describir la forma como el TAS define el derecho en los conflictos

---

<sup>14</sup> Grupo de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Bucaramanga, del cual formo parte y que respaldó el desarrollo del presente trabajo en desarrollo de la línea de investigación organización y actividad empresarial. Quiero resaltar de manera especial los aportes de Rodolfo Delgado Gamboa, Wilson Yesid Suárez Manrique, Eva del Piar Plata Sarmiento y María Nelly Martínez Ardila.

contractuales sometidos a su conocimiento, específicamente haciendo referencia a la perspectiva que, dentro de la división trilemática legitimidad – validez – eficacia se propone en torno a fuentes del derecho y métodos de interpretación, puede visualizarse en los argumentos del TAS, teniendo como referencia las revisiones teóricas realizadas en desarrollo del mismo. Esto sin perjuicio de la presentación deductiva que se hace de los resultados.

El presente trabajo ostenta una triple pertinencia: *a) Hermenéutica* en la medida en que permite describir la manera en la que el TAS define el derecho (concreta el derecho) frente a los conflictos contractuales objeto de estudio, en ejercicio de su labor interpretativa, y entender las razones que sirven de fundamento a las decisiones judiciales objeto de estudio; *b) Jurídica* en la medida en que permite analizar los pronunciamientos del TAS e identificar la perspectiva que, dentro de la división trilemática legitimidad – validez – eficacia se propone en torno a fuentes del derecho y métodos de interpretación, y *c) Regional* por cuanto permitirá entender la forma en la que el TAS define el derecho frente a los conflictos contractuales sometidos a su conocimiento, cómo máximo órgano de la jurisdicción Contencioso – Administrativa en Santander, siendo relevante para la comunidad académica, los funcionarios judiciales, las partes de la relación contractual, entre otros, en la medida en que es el TAS el que marca los parámetros de decisión a los jueces administrativos en Santander.

A partir de lo anterior, el presente trabajo genera diversos impactos que inician con la contribución que a la formación personal de su autor ha generado hasta el momento, seguido del aporte que a futuras investigaciones puede prestar a partir de la revisión sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación y su organización dentro de la división trilemática de legitimidad – validez – eficacia o sobre los devenires propios de la actividad contractual de las personas de derecho privado con la administración pública realizadas, además del eco que hará la divulgación de los mismos en la comunidad científica, impactando principalmente

en el ámbito académico del derecho, en la medida en que la academia es el escenario adecuado para generar las transformaciones que demanda la ciencia jurídica, porque

*“nos interesamos en el derecho, no sólo porque lo utilizamos para nuestros propósitos, egoístas o nobles, sino porque el derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora. Si comprendemos mejor la naturaleza de nuestro argumento legal, conocemos mejor qué clase de personas somos”.*<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*; Barcelona, España: Gedisa S. A., 2008. p. 15 – 43.

## **1. TEORÍAS DEL DERECHO EN TORNO AL SISTEMA DE FUENTES Y SUS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN**

### **1.1. EXPOSICIÓN GENERAL**

El estudio de las fuentes del derecho es de los temas más relevantes en la teoría jurídica. Pese a que ha sido enmarcado en la metodología, implica concepciones acerca de la ontología y la axiología del derecho. La mayoría de los problemas acerca de las concepciones del derecho, su relación con la moral, la eficacia o la validez, pueden solventarse desde la óptica del sistema de fuentes.

Las concepciones clásicas de las fuentes se describen de manera adecuada desde la concepción de derecho que se tenga. Es decir, lo que se entienda por derecho determina el tópico de las fuentes. Por tanto, a continuación se describe de manera escueta las concepciones generales que se han tenido en torno a la noción del derecho. La descripción es escueta no sólo porque es casi imposible efectuar una descripción total, sino, además, porque lo que se quiere es demarcar a grandes trazos los principales elementos que ontológicamente permiten categorizar las fuentes del derecho. Es decir, más que una revisión exhaustiva sobre la ontología del derecho se desea es establecer una herramienta metodológica que permita categorizar las fuentes del derecho.

Se ha dicho que la noción del derecho, a trazos generales, debe responder a diversas cuestiones. Como la concepción es compleja, se ha tratado de integrar por la respuesta a diversos asuntos constitutivos de tal noción. Podría decirse, por ejemplo, que la noción del derecho debe responder a cuestiones como:

*“a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; c) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben —o pueden— alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho”<sup>16</sup>.*

Lo anterior puede parecer algo complejo, redundante y poco claro. Algunas cuestiones son presuposiciones o respuestas de otras. Por ejemplo: los límites entre el derecho y el no derecho pueden depender de la relación del derecho con la moral, relación que podría, también, implicar las distinciones entre derecho válido e inválido, o la relación con los valores; situaciones similares aplican en los demás elementos constitutivos referidos. Elementos particulares pueden englobarse en concepciones un poco más generales. Empero, nadie negaría el interés que puede suscitar referir los elementos constitutivos de la noción del derecho.

Lo establecido en los párrafos que anteceden se puede simplificar. Si se quiere examinar la noción del derecho desde una óptica más simple y clásica, se tendrá que analizar dicha concepción desde un grado de abstracción más elevado. En este sentido, se respecta las concepciones del derecho pero ya no tanto desde un punto de vista estructural constitutivo o referido al ser, el método y los valores, sino más desde el punto de vista de un dúo o un tridente de elementos definitorios, donde el acento de uno de ellos determina los demás elementos que se le quieran endilgar a la concepción del derecho. Estos elementos son: la justicia, la validez y la eficacia<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, y FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. p, 15.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis. 1997. p, 20.

La noción del derecho se da de conformidad con el acento o el peso que se le otorgue a cada uno de los elementos esenciales constitutivos del derecho. Podría decirse, en otros términos, que la problemática del concepto del derecho gira en torno a tres conceptos relativos a las normas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Cada uno de estos problemas han encontrado solvencia en diferente acento en las tres concepciones clásicas del derecho: las teorías iusnaturalistas, positivistas y las realistas. En las primeras, el acento del derecho recae sobre la correspondencia con valores morales, en las segundas, el acento del derecho recae sobre el procedimiento y la competencia en la producción del derecho, y en las terceras, el acento recae en el obedecimiento del derecho o la sanción por su incumplimiento.

En igual sentido, de forma más abreviada, aún, lo relativo a la noción de derecho se puede concebir bajo el código binario de lo necesariamente justo y de la negación de su necesidad. Bajo esta óptica “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre el derecho y la moral”. “A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo disposiciones básicas: la positiva y la no positiva.”<sup>18</sup> En esta concepción el tridente de Bobbio (Que también es característico de autores como Oscar Mejía<sup>19</sup> o Manuel Atienza<sup>20</sup>) se divide primariamente en dos posiciones que las engloban: las teorías positivistas<sup>21</sup> y las teorías no positivistas<sup>22</sup>. Cada una de tales teorías es

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa. 2004, p. 13.

<sup>19</sup> MEJÍA, Óscar. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, en Humanitas (nº33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006 y MEJÍA, Óscar, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

<sup>20</sup> ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, en el Derecho como argumentación, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

<sup>21</sup> Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluye totalmente la corrección material y apunte solo a la legalidad conforme al ordenamiento/o la eficacia social”. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa. 2004, p. 21.

<sup>22</sup> “La cuestión consiste en saber cuál de los conceptos resulta ser el más correcto o adecuado. Quien desee responder a esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material”. “Quien no

caracterizada por una tesis que toma como referencia el concepto de moral y su relación con el derecho. Es así, que puede hablarse de la tesis de la no vinculación necesaria y la tesis de la vinculación necesaria, para definir las teorías positivistas y no positivistas.

Las teorías positivistas sostienen la tesis según la cual no existe una vinculación necesaria entre el concepto de derecho y la moral. “No existe ninguna vinculación conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser.” Esta vinculación no necesaria, no descarta que pueda existir una vinculación entre el derecho y la moral de otro tipo, por ejemplo: una vinculación contingente o eventual. Simplemente afirma que el derecho para ser derecho no necesita estar necesariamente vinculado con la moral. La moral no es un elemento definitorio del derecho. Por tanto, puede existir derecho que no sea justo.

Al descartar del derecho una vinculación necesaria con la moral, quedan para definirlo los otros dos elementos señalados: la legalidad y la eficacia. Es decir, que en las concepciones positivistas la concepción del derecho se da no en relación a la moralidad sino en relación: a la legalidad o a la eficacia. “Las diferentes variantes del positivismo resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se le dé a estos dos elementos definitorios”<sup>23</sup>. Por tanto, se dice que existen dos grandes tipos de teorías positivistas según efectúen el acento en la legalidad o en la eficacia.

Las concepciones positivistas que acentúan la legalidad pueden entenderse dentro de las concepciones clásicas del positivismo normativista. Uno de los principales representantes de esta corriente es Austin, para quien el derecho son

---

concede ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional”. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa. 2004, p, 21.

<sup>23</sup> *Idídem.*, p, 14.

órdenes del soberano respaldadas con amenazas, tales son órdenes legales por cuanto han sido dictadas por la persona que tenía la autoridad para ello: el soberano. Son también clásicos ejemplos de ésta concepción normativa del derecho: Kelsen y Hart. Un ejemplo canónico de esta concepción de derecho que descarta la moral es el establecido por Kelsen. Se citan dos fragmentos que se consideran representativos de esta concepción:

*“Derecho y justicia son conceptos diferentes. El orden político aparece como problema ético. En cuanto lo distinguimos de la justicia, el orden jurídico aparece como derecho positivo... Liberar el concepto del derecho de la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden en el pensamiento político no científico”. “La tendencia a identificar el derecho con la justicia es la tendencia a justificar un orden social dado. No se trata de una tendencia científica sino política”<sup>24</sup>.*

Refiriéndose al carácter dinámico de la norma fundante, Kelsen manifiesta: *“de ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho”<sup>25</sup>.*

Las concepciones positivistas que acentúan la eficacia pueden entenderse dentro de las concepciones clásicas del realismo jurídico o de la sociología jurídica. Son

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p, 6.

<sup>25</sup> La norma fundante es una norma suprema, presupuesta, es el fundamento de las demás normas del sistema y dota a éste de unidad, constituye “un sistema de normas, un orden normativo.” Es fuente de validez de las normas que constituyen un sistema jurídico. Empero, ese fundamento común de validez para los sistemas jurídicos puede ser de dos tipos diferentes: un tipo estático y un tipo dinámico. Las normas del tipo estático “valen por su contenido”, “pues el contenido de las normas puede ser subsumido como de lo particular a lo general”. En tanto esas normas fundantes de tipo estático prestan el fundamento de la validez, y la validez del contenido de las normas que conforman el ordenamiento. En contra partida a lo anterior, existen normas que prestan el fundamento de validez al sistema jurídico, pero no refieren al contenido, en tanto se trata de tipos de normas con “un principio dinámico”<sup>25</sup>. Pues en esta clase de normas, ya no se tiene en cuenta el contenido- situación grave si se tiene en vista que ellas son del tipo de las utilizadas en el derecho según Kelsen-. Al no tenerse en cuenta el contenido, puede notarse que éste puede ser cualquiera, y al ser cualquiera es dinámico. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México: Editorial Porrúa, 2000, p, 201- 212.

clásicos ejemplos de estas concepciones positivistas las elucubraciones de Kantorowicz, Alf Ross, Theodor Geiger, Ernst Rudolf Bierling, Niklas Luhmann y Llewellyn. Según uno de los principales representantes y fundadores de esta corriente, Kantorowicz, la importancia del derecho radica en las decisiones tomadas por los órganos judiciales acorde con la realidad social, más que en normas válidas. Según él:

*“Los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento.”*

*“Si la ciencia del Derecho reconoce el Derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto.”<sup>26</sup>*

Por otra parte, las teorías iusnaturalistas sostienen la tesis según la cual existe una vinculación necesaria entre el concepto de derecho y la moral. Debe existir una conexión necesaria entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que *debe ser*. Esta vinculación necesaria no sólo requiere una vinculación contingente o eventual sino imperativa. Por tanto, no puede tenerse como derecho aquellas prescripciones que pese a que son legales o eficaces contradicen la moral o no están de acuerdo con ella. La moral es, bajo esta óptica, el elemento definitorio del derecho. Son ejemplos característicos de estas concepciones las nociones del iusnaturalismo racionalista de Aristóteles, Bodino, Tomás de Aquino y Villey. Según éstos últimos:

---

<sup>26</sup> KANTOROWICZ, Hermann. *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. de Werner Goldschmidt, en Savigny, Friedrich Karl von et al., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada: 1949, p, 361-367.

*“Los fines de la justicia, coinciden idénticamente con los del derecho”<sup>27</sup>.*

*“Como la ley se constituye primariamente por el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común... Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.”<sup>28</sup>*

A través de estos ojos inexpertos<sup>29</sup>, la exposición general sobre las teorías sobre sistema de fuentes y métodos de interpretación que se desarrollará en las siguientes líneas, se propone a partir de la tricotomía<sup>30</sup> establecida para definir el ámbito de lo jurídico desde tres dimensiones trilemáticas, recíprocamente excluyentes, que visualizan al Derecho 1. Desde la perspectiva de su legitimidad, 2. Desde la perspectiva de su validez, y 3. Desde la perspectiva de su eficacia. Esto es la triada Legitimidad, Validez y Eficacia.

Desde la perspectiva de su legitimidad, el Derecho es visto desde la política a partir de la filosofía política y la teoría política. Esta perspectiva hace depender la validez del Derecho en valores y tradiciones, pues son éstos los que determinan “lo justo”. Al revisar esta perspectiva nos situaremos en las teorías

---

<sup>27</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México. 2003. p. 35.

<sup>28</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Parte I 2ae, cuestión 90.

<sup>29</sup> Utilizando la traducción al español de una expresión de Jon Elster en el marco del VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, realizado en Bogotá del 10 al 12 de octubre de 2011.

<sup>30</sup> Para la construcción trilemáticas que se propone, se revisaron los trabajos que sobre fuentes del derecho han adelantado autores como Alf Ross y Josep Aguiló, complementado sus reflexiones con el marco estudiado en desarrollo del programa de maestría. Esta revisión ha permitido visualizar el mapa de teorías que se han gestado sobre fuentes del derecho, identificar sus características y elementos principales, permitiendo su clasificación sea porque responde a la legitimidad del derecho, o a su validez o en definitiva a su eficacia. Es importante precisar que se encontrarán algunos puntos comunes que necesariamente deberán repetirse en uno u otra dimensión y esto responde a los múltiples cambios y matices que han adoptado las teorías, para responder a las críticas a ellas formuladas.

neiusnaturalistas que responden a la filosofía del derecho y a un proceso de racionalización (principios, valores y tradición); a partir de la cual la justicia se encuentra en estrecha relación con los valores y la moral. Esta perspectiva, propia del desarrollo de la teoría del derecho natural, se caracteriza por un optimismo hermenéutico. Desde esta perspectiva se ubican las teorías que definen las fuentes del derecho por su correspondencia con lo justo y advierten una necesidad hermenéutica en la aplicación o concreción del Derecho. En esta perspectiva, la hermenéutica es entendida desde su sentido filosófico como una filosofía universal de la interpretación de la vida misma, una filosofía de la existencia, de allí que el Juez deba evaluar la correspondencia de la norma con lo justo y buscar así la respuesta correcta.

Desde la perspectiva de su validez, el Derecho es visto desde la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Esta perspectiva hace depender la validez del derecho de la norma positiva y no de principios abstractos. Al revisar esta perspectiva nos situaremos en las teorías luspositivistas que responden a la teoría del derecho y a un proceso de codificación. Esta perspectiva, propia del positivismo jurídico, se caracteriza por un escepticismo hermenéutico. Desde esta perspectiva se ubican las teorías que definen las fuentes del derecho por su validez dentro del sistema jurídico y niegan la posibilidad de una hermenéutica en la aplicación o concreción del Derecho. En esta perspectiva, la hermenéutica es entendida desde su sentido clásico como el arte de interpretar textos, tiene un carácter auxiliar al momento de aplicación del Derecho y es esencialmente normativa, de allí que el Juez deba aplicar la ley al momento de concretar el Derecho, a través de la subsunción.

Desde la perspectiva de su eficacia el Derecho es visto desde la sociedad a partir de la sociología y la sociología jurídica. Esta perspectiva hace depender la validez del Derecho de la aceptación de las normas en determinados contextos sociales, de los hechos. Al revisar esta perspectiva nos situaremos en las teorías que responden a la sociología del Derecho y que critican los modelos tradicionales

visualizando el Derecho como ser. Esta perspectiva, propia del realismo jurídico, se caracteriza por ofrecer una opción alternativa. Desde esta perspectiva se ubican las teorías que definen las fuentes del derecho por su correspondencia con la aplicación del Derecho en el contexto social a partir de una hermenéutica que tenga en cuenta aspectos sociales en la aplicación o concreción del Derecho, imponiendo al juez el rol de creador del Derecho. En esta perspectiva, la hermenéutica es entendida desde su sentido amplio, en virtud del cual existen reglas para todas las ciencias del espíritu y se da una reflexión sobre la pretensión de verdad de las ciencias sociales, de allí que el Juez deba tener en cuenta los aspectos sociales que inciden en su decisión al momento de aplicar el Derecho.

Teniendo en cuenta lo propuesto inicialmente, los trabajos de Alf Ross y Josep Aguiló han servido como referentes para el desarrollo de la revisión teórica propuesta, esto porque Alf Ross, en su estudio sobre las fuentes del derecho<sup>31</sup>, advierte que el concepto de las mismas puede definirse en sentido nominal<sup>32</sup> y en sentido real<sup>33</sup>, además que corresponde a un concepto intrasistémico que se encuentra justificado en la medida en que *“hace referencia a un planteamiento unitario de un problema dentro del conocimiento jurídico”*<sup>34</sup>; Y, en correspondencia con la tridivisión propuesta para abordar el estudio de las teorías sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación del presente trabajo, el concepto de fuentes del derecho se encuentra sujeto a tres problemas que tradicionalmente han sido abordados conjuntamente: la cuestión sociológico – jurídica; el problema ético del

---

<sup>31</sup> ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del Derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>32</sup> *“Implica un planteamiento del problema de manera Interna al sistema (...) La definición nominal es una hipótesis.”* Idídem. p. 356.

<sup>33</sup> Es la solución del problema planteado a partir de la definición nominal. *“la definición real es una tesis”*. Idídem.

<sup>34</sup> Idídem.

fundamento de la fuerza moralmente vinculante que cabe atribuir al ordenamiento jurídico; y el problema teórico – jurídico.<sup>35</sup>

Estos tres problemas, en palabras de Alf Ross, producen una mezcla que genera contradicciones teóricas y se alejan de lo jurídico, contradicciones que han pretendido solucionarse a partir de diversas teorías: Teoría de la autorización, modificación del concepto de derecho para que se adecúe con fuentes extralegales, la renuncia al dogma de que el juez no crea derecho.

El primer problema, es decir aquél referido a la cuestión sociológico – jurídica, pretende responder a las causas de existencia de un sistema jurídico dado, es decir las causas por las cuales se realizan los actos que crean derecho en relación a un determinado sistema jurídico, de allí que se consideren como fuentes del derecho a ciertas relaciones sociales y económicas de poder, de intereses de clases, costumbres, tradiciones históricas, concepciones morales o religiosas muy extendidas. Este primer problema puede relacionarse con la perspectiva de Eficacia de la triada propuesta. El segundo, referido al problema ético del fundamento de la fuerza moralmente vinculante que cabe atribuir al ordenamiento jurídico conlleva la consideración como fuentes del derecho a la voluntad de Dios, la razón, el contrato, el reconocimiento o cosas semejantes. Este segundo problema puede relacionarse con la perspectiva de legitimidad de la triada propuesta. Y el tercero<sup>36</sup>, referido al problema teórico – jurídico, pretende

---

<sup>35</sup> Idíd. p. 355 y ss.

<sup>36</sup> Para Alf Ross, éste es el problema básico sobre las fuentes del derecho, de allí que se entienden como el fundamento que nos permite saber que algo es derecho, desde el punto de vista formal. Además los otros dos problemas presuponen éste. En este tercer problema, se mezclan los otros dos, de allí que se ubiquen, junto a la ley y la costumbre, a la naturaleza de las cosas, la ciencia, el libre conocimiento del derecho, la equidad, la justicia y cosas semejantes como fuentes supletorias del derecho. Esta mezcla se produce, en palabras de Alf Ross, porque se considera la cuestión de las fuentes del derecho como idéntica a la cuestión práctica acerca de cómo debe alcanzar el juez el fallo decisorio, aunado a la concepción de la función de juez como simple aplicación del derecho existente, pues se supone que la idea del derecho es la que señala al Juez donde puede encontrar el derecho que ha de aplicar. *“Dado que resulta innegable que el juez no extrae material para su decisión únicamente de la ley, sino también de costumbres, de consideraciones acerca de la*

responder a cuál es el fundamento para saber que algo es derecho, de allí que se consideren fuentes del derecho a la ley, el reglamento y otros instrumentos normativos.<sup>37</sup> Este tercer problema puede relacionarse con la perspectiva de validez de la triada propuesta. Lo anterior puede visualizarse en el Cuadro No. 1.

**Cuadro 1. Construcción de la propuesta triádica Legitimidad – Validez – Eficacia con la Tesis de Alf Ross**

Tesis	TRIADA		
Propuesta del presente trabajo	Perspectiva de Legitimidad.	Perspectiva de Validez.	Perspectiva de Eficacia.
Alf Ross	Problema del fundamento ético del ordenamiento jurídico	Problema teórico – jurídico.	Problema sociológico – jurídico.

En la parte final de su trabajo, Alf Ross se concentra en el tercer problema, es decir el Teórico – Jurídico, el cual pretende dirimir atendiendo a la definición real de fuentes del Derecho, aquella que depende de la idea que se tenga del concepto de Derecho.

En este sentido, se identifican cinco formas de concebir el Derecho, analizadas a lo largo de su estudio y que también pueden ubicarse según respondan a la legitimidad, a la validez o a la eficacia del derecho, por lo que la descripción de cada una se hará más adelante. Sin embargo puede adelantarse una consideración inicial: siguiendo el estudio de Alf Ross, la perspectiva de la legitimidad podrá construirse a partir de la concepción del derecho como ser natural, la concepción del deber ser de tipo ético, las teorías iusnaturalistas y el método iusnaturalista, además de la filosofía política y las teorías iusnaturalistas en Francia, la escuela histórica en Alemania y la iusnaturalista, representada por

---

*<<naturaleza de la cosa>> y cosas similares, lo que se hace es extraer a estas <<fuentes>>, por analogía, la cualidad de fuentes del derecho.”* Idíd.

<sup>37</sup> Idíd.

Blackstone, en Inglaterra. Por su parte, la perspectiva de la validez podrán construirse a partir de la teoría del derecho como puro deber ser de carácter específicamente jurídico, el derecho como un sistema de normas, la concepción del positivismo dominante y la jurisprudencia lógico – normativa y el método iuspositivista, el silogismo, además del derecho positivo en Francia, el positivismo en Alemania el positivismo, representado por John Austin, en Inglaterra. La perspectiva de la eficacia podrá construirse a partir de la concepción del Derecho como deber ser *sui generis* y como ser – cultural, las teorías sociológicas y filosófico – culturales y el método sicológico – sociológico de la teoría del derecho libre, además de la sociología cultural y la teoría sociologista en Francia, la teoría del Derecho libre en Alemania y la corriente sociológico – jurídica, representada por la época posterior a Austin, en Inglaterra. Todo lo anterior, alimentado de manera paralela por las referencias que sobre la relación entre el Juez y la ley; la Doctrina; la Constitución; La ley y el reglamento; Y la Sentencia y Otros hacer Alf Ross. Así se visualiza en el Cuadro No. 2.

**Cuadro. 2. Construcción de la triada desde la tesis de Alf Ross**

Pais	LEGITIMIDAD		VALIDEZ		EFICACIA	
Francia	Filosofía - Política Teorías Iusnaturalistas	Derecho como ser natural Derecho como ser ético Teorías Iusnaturalistas	Derecho Positivo	Derecho como deber ser específicamente jurídico Derecho como sistema de normas Positivismo dominante	Sociología Cultural Teorías Sociologistas	Derecho como deber ser <i>sui generis</i> y como ser cultural Teorías sociológicas y Filosófico -
Alemania	Escuela Histórica		Positivismo		Teoría del Derecho Libre	
Inglaterra						
Relación Juez – Ley Doctrina de la Interpretación Constitución/Ley y Reglamento/ Sentencia y Otros						

Por su parte, Josep Aguiló Regla, en su trabajo sobre fuentes del Derecho<sup>38</sup>, organiza las teorías en dos grandes modelos, ubicándolos dentro de la teoría del derecho, y que perfectamente responden a la organización tríadica propuesta, atendiendo a las características de cada uno. El primer modelo corresponde a las teorías del orden jurídico y el segundo a las teorías del Derecho del caso o del método jurídico.

El modelo sobre las teorías del orden jurídico, integra las teorías que construyen la unidad del Derecho a partir de las normas y asumen como género rector en el Derecho a la política, en la medida en que afirman que el origen del Derecho se halla en la relación de sujeción y/o de autoridad, otorgándole al Derecho una naturaleza autoritaria en donde los estándares jurídicos son producto de los actos de las autoridades jurídicas. Este modelo se caracteriza por su pretensión de diferenciar entre los estándares jurídicos y los estándares no jurídicos, especialmente de los puramente morales, pues el carácter jurídico de un estándar es independiente de su calidad moral. Finalmente, en este modelo, las teorías recurren a la discrecionalidad para solucionar los problemas de indeterminación y unidad del orden jurídico, pues las indeterminaciones del Derecho son vistas como delegaciones de poder a las autoridades jurisdiccionales para que actúen como autoridades políticas. Por la primacía que dan a la política como género rector del Derecho, se reconoce el orden jurídico como orden social en la medida en que su estructura y contenido dependen del uso que la gente hace del mismo, por lo que el Derecho se constituye en una práctica social. Por lo anterior lo básico es la convergencia en el reconocimiento de la legitimidad de las autoridades últimas, lo demás es secundario, derivado, convencional y la función del jurista práctico es sostener las estructuras legítimas de poder normativo y reproducir la convención social que es producto de aquellas.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> AGUILÓ Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico). Prólogo de Manuel Atienza. Ed. Ariel, S. A. Barcelona (España), 2000.

<sup>39</sup> *Idídem*. p. 195 y ss.

Este primer modelo de Josep Aguiló, es un ejemplo de las mezclas que sobre los tres problemas sobre fuentes del Derecho advierte Alf Ross, pues se evidencia elementos que responden a la perspectiva de la legitimidad del Derecho, elementos propios de la perspectiva de la validez del Derecho y elementos de la perspectiva de la eficacia del Derecho. Así cuando se afirma que los estándares jurídicos emitidos por las autoridades jurídicas deben responder a la convención social, esto es a los consensos sobre actitudes y creencias normativas en punto de encuentro que presenta el Derecho sustantivo, se está ante una perspectiva de la legitimidad del Derecho, pues los estándares son jurídicos si corresponden con la convención social. Por su parte, cuando se advierte que el Derecho es lo que determinan las autoridades jurídicas y que su legitimidad responde a una convergencia que reconoce dicho poder y que además las autoridades jurisdiccionales son discrecionales en virtud que de la delegación de poder hacen las autoridades políticas, se está en presencia de la perspectiva de la validez, pues el carácter jurídico de las normas está determinado por lo que la autoridad establece como jurídico. Finalmente, la exigencia de que la estructura y el contenido del orden jurídico dependan del uso que la gente hace del mismo, convirtiendo al Derecho en una práctica social, son rasgos propios de la perspectiva de eficacia del Derecho.

Lo mismo ocurre en el segundo modelo de Josep Aguiló, el modelo referido a las teorías del Derecho de caso o método jurídico. A partir de este modelo convergen las teorías que construyen la unidad del Derecho a partir de las soluciones a los casos y reconocen como género rector del Derecho a la moral, por lo que sostienen que el juez es el protagonista central de Derecho y que el sentido del deber jurídico es la protección de ciertos bienes y/o valores morales, dotando al Derecho de una naturaleza axiológica y reconociendo como jurídicos aquellos estándares que proveen la solución correcta y coherente para el caso sujeto a conocimiento. Este modelo cierra la decisión judicial a la política y la discrecionalidad, pues las supuestas indeterminaciones del Derecho y las lagunas

normativas no son tales toda vez que es la idea de coherencia o unidad valorativa la que permite identificar los estándares jurídicos. Al igual que el modelo sobre las teorías del orden jurídico, este modelo considera al Derecho como un orden social en la medida en que el Derecho depende del uso que la gente hace del mismo. Los bienes y/o valores básicos son reconocidos por el Derecho y las estructuras de poder normativo son constituidas como una convención social. Aquí lo básico del Derecho es la convergencia en el reconocimiento de ciertos bienes y/o valores últimos, lo demás es secundario, derivado, convencional. Por ello el papel del jurista práctico es sostener y guardar los valores y/o bienes morales últimos así como la construcción del Derecho sustantivo, pues la invocación de estándares jurídicos fundados en la coherencia valorativa no puede quedar reservado a ciertas autoridades jurídicas.<sup>40</sup>

Los rasgos que pueden vislumbrarse desde la triada legitimidad, validez y eficacia de este segundo modelo pueden resumirse así: al referirse a la correspondencia de los estándares jurídicos con los bienes y/o valores últimos y otorgan una naturaleza axiológica al Derecho que establece como género rector a la moral, se habla desde la perspectiva de la legitimidad, pues serán jurídicos los estándares que respondan a esa convención social sobre bienes y/o valores morales últimos, al ser los que proveen la solución correcta al caso. Cuando se dota al Derecho del poder de reconocimiento de la convención social y de la obediencia que por este hecho debe darse, se está ante la perspectiva de validez, pues serán estándares jurídicos aquellos reconocidos por el Derecho en virtud de la idea de coherencia o unidad valorativa. Finalmente, la perspectiva de eficacia se reconoce cuando se afirma que el Derecho depende del uso que la gente hace del mismo y se construye la unidad del Derecho a partir del caso, afirmando que lo básico del Derecho es la convergencia en el reconocimiento de ciertos bienes y/o valores últimos a modo de convención social.

---

<sup>40</sup> *Idid.* p. 196 y ss.

Vistas así las teorías analizadas por Josep Aguiló, se contribuye con el presente trabajo en la medida en que sus dos modelos, en mayor o menor medida, alimentan cada una de las perspectivas de la triada legitimidad, validez y eficacia, como se observa en el Cuadro No. 3.

**Cuadro 3. Construcción de la propuesta triádica Legitimidad – Validez – Eficacia con la Tesis de Josep Aguiló Regla.**

Tesis	TRIADA					
Propuesta del presente trabajo	Perspectiva de Legitimidad.		Perspectiva de Validez.		Perspectiva de Eficacia.	
Alf Ross	Problema del fundamento ético del ordenamiento jurídico		Problema teórico – jurídico.		Problema sociológico – jurídico.	
Josep Aguiló Regla	Teorías del orden jurídico	Teorías del Derecho de Caso o Método Jurídico	Teorías del orden jurídico	Teorías del Derecho de Caso o Método Jurídico	Teorías del orden jurídico	Teorías del Derecho de Caso o Método Jurídico

De las conclusiones obtenidas por Josep Aguiló en su estudio, es posible contribuir con la construcción de la triada legitimidad – validez – eficacia así: la perspectiva de la legitimidad podrá construirse a partir de sus referencias al enfoque justificativo – valorativo y algunas referencias a las fuentes – acto; la perspectiva de la validez podrá construirse a partir de las reflexiones sobre el enfoque sistemático o formalista y algunas referencias a las fuentes – acto; y la perspectiva de la eficacia a partir del enfoque explicativo o social y las referencias a las fuentes – hecho y las normas provenientes de autoridad jurisdiccional. Así como consideraciones de manera paralela sobre el concepto de fuentes del Derecho y los hechos y los actos jurídicos, normas provenientes de la elaboración racional del propio Derecho, Modelo de las teorías del orden jurídico y Modelo de

las teorías del Derecho caso o del método jurídico. Así se visualiza en el Cuadro No. 4.

**Cuadro. 4. Construcción de la triada desde la tesis de Josep Aguiló**

LEGITIMIDAD	VALIDEZ	EFICACIA
Enfoque justificativo – valorativo Fuentes - acto	Enfoque sistemático o formalista Fuentes – acto	Enfoque explicativo o social Fuentes – hecho Normas provenientes de autoridad jurisdiccional
El concepto de fuentes del Derecho Los hechos y los actos jurídicos Normas provenientes de la elaboración racional del propio derecho Modelo de las teorías del orden jurídico Modelo de las teorías del derecho caso o método jurídico		

Establecidos los parámetros de organización de la exposición general sobre las teorías sobre las fuentes del derecho y los métodos de interpretación, se desarrolla a continuación la exposición de cada una.

#### **1.1.1. Teorías desde la perspectiva de la legitimidad del Derecho**

En desarrollo de esta perspectiva se hará referencia a las teorías que en Francia, Inglaterra y Alemania responde, de una u otra manera, a los postulados generales que ya hemos enunciado. En términos generales lo descrito responderá a postulados del derecho como ser natural, el derecho como deber ser ético, las teorías iusnaturalistas y el método iusnaturalista.

Decíamos en las precisiones iniciales, que la perspectiva de la legitimidad es vista desde la política. La política jurídica puede entenderse como una ciencia normativa que busca determinar cómo tiene que ser el derecho desde un punto de vista normativo, por lo que constituye una descripción de normas. Dentro de la

política jurídica se identifican dos disciplinas: la ética jurídica o derecho natural en sentido estricto, según la cual las normas jurídicas se distinguen por la sanción, -lo que constituye su característica fundamental-, y la tecnología jurídica fundada en por las normas en sentido impropio<sup>41</sup>, disciplina que traspasa al plano de la sociología jurídica, por lo que se abordará desde la perspectiva de la eficacia.

En Francia, el problema sobre las fuentes del derecho responde a la pregunta de cómo debe ser el derecho, más que afirmar que es el derecho, lo que permite a Alf Ross afirmar que *“no existe en Francia ni una sola obra que desarrolle la teoría de las fuentes del derecho partiendo de la teoría del derecho positivo”*<sup>42</sup> lo que nos permite hacer su ubicación dentro de esta perspectiva de la legitimidad.

Para describir el iusnaturalismo en Francia se tomo como referencia la Revolución Francesa y sus postulados de libertad e igualdad, así como la convicción de un derecho ideal eterno e invariable que Dios imprime en la naturaleza del hombre y al cual se llega a partir de la razón humana. En este sentido se encuentra expresión a partir de la dignidad e inviolabilidad humana y en la existencia de unos derechos subjetivos, innatos y absolutos que garantizan la libertad del individuo frente al Estado. De allí que el derecho sea definido como una determinación concreta, complemento o interpretación del derecho natural que varías de acuerdo a las circunstancia, tomando como referente de lo jurídico la justificación ética del derecho. Trascendiendo en la evolución del Iusnaturalismo, la doctrina moderna francesa advierte que el derecho natural es complemento del derecho positivo y reconoce la existencia de diversas fuentes iusnaturalistas que tienen carácter subsidiario respecto de la ley (y de la costumbre).<sup>43</sup>

Desde la perspectiva de la legitimidad, las teorías iusnaturalistas francesas se caracterizan por un marcado cambio de concepciones que surgen con la

---

<sup>41</sup> Idíd. p. 62 – 63.

<sup>42</sup> Idíd. p. 58.

<sup>43</sup> Idíd. p. 55 y ss.

Revolución Francesa y varían nuevamente ante la tendencia a la codificación en la que cae el derecho, reduciendo el derecho a la ley y surgiendo con ello la necesidad de retomar nuevamente la idea de la existencia de fuentes iusnaturalista que complementan al derecho positivo. Lamentablemente, en Francia, se parte de confusiones que evitan diferenciar con claridad las teorías desde la perspectiva de la legitimidad.

Por su parte, para abordar los aportes de Inglaterra a las teorías de las fuentes del derecho desde la perspectiva de la legitimidad, es importante precisar que la jurisprudencia inglesa ha sido desarrollada en tres momentos: Teoría Pre – Austiana, Teoría de John Austin y los sucesores de Austin. De estos tres momentos, el primero es el que contribuye, desde la doctrina Inglesa, con la construcción de las teorías de las fuentes del derecho y los métodos de interpretación, desde la perspectiva de la legitimidad. Así corresponde aquellas influenciadas por el iusnaturalismo y en todo caso buscan responder a lo que hace que algo sea o no jurídico.

Así se destacan en Inglaterra los postulados de Blackstone<sup>44</sup> a partir de la cual el derecho natural es obligatorio en todo el globo, en cualquier país y en cualquier tiempo. A partir de esta postura la ley de Dios se diferencia de las leyes de los hombres, a pesar que el concepto de derecho positivo de Blackstone no hace referencia a Dios y si al poder del Estado y la consideración que la regla de derecho es prescrita por *the supreme power in the state*.<sup>45</sup>

Esta teoría de las fuentes del derecho se basa en la distinción romano – germánica entre ley escrita y ley no escrita, entendiendo por la primera aquella ley que emana del pueblo y es dictada expresamente por los órganos legislativos y por la segunda aquella que se basa en la aprobación tácita del pueblo,

---

<sup>44</sup> Uno de los autores más representativos de las llamadas teorías Pre Austianas en consideración a que fueron desarrolladas antes de la época de John Austin.

<sup>45</sup> Ob. Cit. p. 130 – 137.

manifestada en la costumbre<sup>46</sup>. En relación con la costumbre se diferencia entre las costumbres generales y las costumbres particulares, siendo ésta la creada por el pueblo y para la cual se establecen como elementos de su carácter vinculante su uso por un largo tiempo, creando en las personas la conciencia de su obligatoriedad, de manera continua, que sea obligatoria y coherente entre sí. Mientras que la costumbre general no cuenta con criterios establecidos para determinar su carácter vinculante en la medida en que es el juez quien debe encontrar el derecho existente, pues es el Tribunal el que determina a que costumbres ha dotado de validez el pueblo, sin embargo el juez no crea derecho, se limita a aplicar el derecho previamente existente, dictado por el pueblo y en ese caso la sentencia es la evidencia de lo que es el *commom law*.<sup>47</sup>

Aunque Alf Ross no está de acuerdo con la clasificación de esta teoría como iusnaturalista, pues considera que “*se trata más de fórmulas propias del espíritu de la época que de la expresión de una auténtica doctrina de iusnaturalista.*”<sup>48</sup> Esta teoría ha sido catalogada como respuesta del desarrollo inglés desde la perspectiva de la legitimidad, por el valor que concede al derecho natural como referente de lo jurídico, pues al afirmar que las leyes de los hombres deben postrarse ante el derecho natural, advierte que serán jurídicas aquellas leyes que correspondan con los postulados del derecho natural.

La doctrina alemana, contribuye con las teorías de las fuentes del derecho desde la perspectiva de la legitimidad a partir de los postulados propios de la escuela histórica en las palabras de Puchta y Savigny. Si bien es cierto esta teoría incluye postulados propios de la sociología traducidos en el carácter nacional que posee todo derecho como producto del espíritu del pueblo a través de las convicciones jurídicas populares en que se manifiesta, ha sido ubicada dentro de esta

---

<sup>46</sup> La costumbre es vista como un claro ejemplo de la libertad del pueblo: que la ley haya surgido por la propia aceptación del pueblo manifestada a través de la costumbre. *Idídem*. p. 136.

<sup>47</sup> *Idídem*. p. 130 – 137.

<sup>48</sup> *Idídem*. p. 135.

perspectiva porque se reconoce que la conciencia humana ha sido otorgada por Dios, de tal manera que el derecho llega a la conciencia humana por revelación y por un sentido o instinto innato al espíritu humano.

La doctrina historicista es heredera del romanticismo alemán, de allí que se persista en postulados éticos e iusnaturalistas –pese a la mezcla con postulados sociológicos- para evaluar la justificación del derecho, postulados caracterizados por su carácter concreto –histórico- y relativo.<sup>49</sup>

Propio del romanticismo, la escuela histórica caracteriza la relación entre lo racional y lo irracional , ha preservado la existencia de una serie de valores culturales y busca contraponer la determinación por la historia a la arbitrariedad propia del Iusnaturalismo, de allí que Savigny se detenga en lo esencial inspirándose en la filosofía de la historia, además de la base conservadora de la orientación política: al individuo se le niega la capacidad de iniciativa y relevancia para la evolución histórica pues el resultado de dicha evolución está determinado por una necesidad superior, un destino frente a lo cual los individuos sólo les resta cumplir su misión, es decir, promover y cooperar con una evolución que se consumará con independencia de su intervención. Así que el principio político básico consiste en la aprobación de lo históricamente dado, en la idealización de lo fáctico.<sup>50</sup>

En este sentido el papel del juez es pasivo, se basa en el dogma de la plenitud lógica del ordenamiento jurídico, la ciencia del derecho (junto a la ley y la costumbre) es el centro de la doctrina y no se ha pretendido conceder a los juristas un papel independiente, libre y creador de derecho, pues se promueve el conocimiento de la ley en su verdad, de allí que la función interpretativa sea la actividad lógico gramatical, que se apoya en consideraciones históricas y

---

<sup>49</sup> Idíd. p. 193 204.

<sup>50</sup> Idíd. p. 209 – 218.

sistemáticas y tiende al conocimiento del verdadero significado del derecho. Sólo se otorga tarea adicional a la interpretación sólo cuando la ley es defectuosa.<sup>51</sup> Los desarrollos desde el punto de vista sociológico de la escuela histórico, serán revisados desde la perspectiva de la eficacia.

La doctrina alemana ha servido para mostrar las dificultades que surgen al intentar organizar las teorías sobre fuentes del derecho, pues siempre habrán elementos que respondan a una o varias perspectivas. Así, para efectos de la perspectiva de la legitimidad, la escuela histórica rescata los postulados del romanticismo sin caer en la arbitrariedad iusnaturalista y en este sentido son jurídicos los preceptos que responde al principio político de la aprobación de lo históricamente dado como una idealización de lo factico, resaltando el apoyo histórico sistemático a la labor interpretativa, que en todo caso es pasiva.

Es importante cerrar con la idea inicialmente planteada, soportada por la síntesis realizada por Alf Ross. Las Teorías de las fuentes del derecho y los métodos de interpretación, desde la perspectiva de la legitimidad, se caracteriza por una consideración del derecho como deber ser ético o como ser natural, se soporta en la mayoría de doctrinas en las teorías iusnaturalistas y responde al método iusnaturalista. Así la ley está al servicio del orden y por tanto debe ser obedecida, siempre que sea injusta, inadecuada e inmoral –en contradicción con la conciencia moral generalizada de su época-. En todo caso el derecho positivo, al legislador, determinar la posición del juez y en caso de silencio, *“se estima, por la propia <<naturaleza de las cosas>>, corresponde a la ciencia, como fuente subsidiaria del derecho, complementar la ley y determinar los principios decisivos para la aplicación del derecho.”*<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Idíd. p. 220 – 222.

<sup>52</sup> Idíd. p. 387.

### 1.1.2. Teorías desde la perspectiva de la validez del Derecho

En las precisiones generales que anteceden, se expresó que la perspectiva de la validez es vista desde el derecho, refiriéndonos con ello a una ciencia positiva o dogmática jurídica, a una ciencia del derecho positivo que presupone una teoría del derecho, en la cual se parte de que el derecho se compone de normas. Esta ciencia procura determinar la existencia de un cierto tipo de normas, las jurídicas, que constituyen su objeto de conocimiento con el propósito de determinar el ser de un deber –la norma-.

La teoría del derecho positivo en Francia puede revisarse en tres momentos: la teoría de las fuentes de la revolución, la teoría de las fuentes con el surgimiento del *Code Civil* –y con ello la escuela de la exégesis- y la teoría desde la nueva escuela o *L'école Nouvelle*.

La teoría de la revolución afirma que la ley –entendida como la voluntad omnipresente del pueblo soberano- es la única fuente del derecho, es decir constituye un factor de creación del derecho que lo abarca en su totalidad, dejando sin lugar a la costumbre o la jurisprudencia como fuentes del derecho. Así se contempla, desde el plano teórico-jurídico,<sup>53</sup> al derecho positivo como la voluntad del soberano. Por ello el juez cumple el papel de vocero de la ley, es privado de todo poder creador de derecho y le corresponde la tarea de aplicar la ley sin acudir a interpretación alguna.<sup>54</sup>

Como una expresión distinta de la teoría de las fuentes del derecho, surge el *Code Napoléon* con algunos antecedentes que intentan dar a la costumbre un lugar, al

---

<sup>53</sup> Por la consideración desde el plano ético-jurídico –que se ajusta a las teorías desde la perspectiva de la legitimidad- concibe la existencia de un derecho natural absoluto, de carácter metafísico, que ofrece una respuesta cada caso concreto, mientras que desde el plano sociológico-jurídico –que se ajusta a las teorías desde la perspectiva de la eficacia- concibe al derecho como algo libre y discrecional producto de una voluntad libre. *Idíd.* p. 88.

<sup>54</sup> *Idíd.* p. 88 y ss.

lado de la ley, como fuente del derecho, pues se abre la puerta a la consideración de que la ley no es la única fuente del derecho y que el juez, bajo unos parámetros bien específicos, le corresponde la facultad de interpretar la ley, sin embargo estas intenciones fueron suprimidas del *Code Civil*. Por falta de precisiones en este sentido, se produce un proceso codificador que permite el resurgimiento de la doctrina de la ley como única fuente, por lo que toda decisión jurídica deberá apoyarse, directa o indirectamente, en la ley mediante la aplicación de una lógica deductiva de las reglas jurídicas, lo que implica una interpretación en sentido estricto del texto legal, ya sea de modo gramatical –cuando el texto de la norma es claro y concierne directamente al caso- o acudiendo a una interpretación lógica suscrita a las inferencias formales *a contrario*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus* y *a priori* o consultando los trabajos preliminares y similares para determinar la voluntad del legislador –cuando el texto de la ley no sea claro o indirectamente concierne al caso-.<sup>55</sup> Lo anterior implica que “*la costumbre, la equidad, la naturaleza de la cosa y similares no pueden ser tomadas en consideración.*”<sup>56</sup>

En virtud de esta teoría,

*“donde la ley no puede aplicarse bien directamente, o bien a través de una interpretación lógica, la decisión habrá de determinarse mediante la construcción jurídica realizada sobre la base de la ley y de los conceptos jurídicos. Algunos (...) van incluso más allá y afirman que en este caso, considerado extremadamente raro, el juez ha de rechazar la pretensión, dado que no encuentra apoyo en la ley.”*<sup>57</sup>

La construcción jurídica que se propone está integrada por dos pasos que implica primero que extraer un principio superior por inducción a partir de una o varias

---

<sup>55</sup> *Idíd.* p. 92 – 96.

<sup>56</sup> *Idíd.* p. 96.

<sup>57</sup> *Idíd.* p. 97.

soluciones consagradas en la ley y luego la solución que el caso requiere es deducida de dicho principio que se ha inducido.<sup>58</sup>

Posteriormente, surge en Francia una reacción a la escuela de la exégesis, que se denominó nueva escuela, a partir de la cual se propone una interpretación más flexible que contradice la interpretación lógico-formal. El representante más reconocido de esta escuela es Francois Gény que intenta elaborar una doctrina teórica de la interpretación y de las fuentes que pueda servir de fundamentos a las exigencias prácticas. Las propuestas de la nueva escuela se desarrollan en dos corrientes: una histórico – sociológica y otra iusnaturalista.<sup>59</sup> Por sus consideraciones hacia la existencia de otras fuentes supletorias de carácter extralegal –esto es la costumbre y la autoridad (la práctica jurídica y la doctrina) como fuentes del derecho, Gény ha sido clasificado como teoría desde la perspectiva de la eficacia, por lo que será abordado más adelante.

En este sentido, sea de manera estricta o moderada, las teorías francesas desde la perspectiva de la validez definen el derecho positivo como un conjunto de disposiciones emanadas del poder legislativo, de la autoridad competente o similares, por lo que la ley es la única fuente del derecho, en la medida en que ella determina lo que es o no jurídico, debiendo ser aplicada por el juez, de acuerdo a su interpretación textual o a la construcción jurídica de la misma, que obligan al juez a declarar el derecho existente.

Desde la perspectiva de la validez, la doctrina Inglesa contribuye con la teoría de Austin en la medida en que se le reconoce el valor de haber construido una verdadera teoría fundamental de derecho, pues define la ciencia del derecho como

---

<sup>58</sup> *Idid.*

<sup>59</sup> Es importante precisar que la transformación a la nueva escuela se produjo entre los iuscivilistas, quienes advierten que no es posible considerar a la ley como única fuente de derecho pues ha de existir otras fuentes que determinan la decisión del juez; mientras que los iuspublicistas afirman que la ley es la única fuente de derecho y que el juez es su ejecutor pasivo en ejercicio de su función declarativa del derecho. *Idid.* p. 100 – 102.

una ciencia normativa, ha proporcionado un esbozo de una teoría general de la norma de carácter formal y unos criterios que permiten diferenciar las distintas clases de normas, es decir las jurídicas, las éticas y las convencionales. Así mismo se considera que Austin ha establecido la base epistemológica a la doctrina de la positividad del derecho, no dando relevancia a los principios éticos desde el punto de vista científico – jurídico.<sup>60</sup>

Al indicar que el derecho es una clase de orden, Austin, diferencia entre ley divina, ley positiva, moral positiva y leyes metafóricas o figurativas, y se otorga a las primeras la consideración de leyes propiamente dichas. Como orden, el derecho debe provenir de alguien que ordena y ese alguien debe tener también el poder para ejecutar la sanción que amenaza con la orden, es decir que la orden es correlativa a la sanción, que no hay nomas sin sanción y que emana del superior para obligar al inferior. Así la clasificación de las normas se deriva del emisor de la misma: leyes de Dios –consideradas como una construcción alternativa a las normas éticas-, leyes humanas –de las cuales se diferencian las establecidas por autoridades políticas<sup>61</sup> de las NO establecidas por autoridades políticas-, reglas de honor – moda – convención, y leyes naturales.<sup>62</sup>

A partir de su concepto de soberanía, el derecho son las órdenes emitidas por el soberano, constituyéndose así la teoría positivista de las fuentes del derecho, pues la fuente de una norma es su emisor y es definida como el sustrato de conocimiento que se convierte en expresión de la pertenencia de una norma a determinada clase. Las fuentes pueden ser formales o materiales, dependiendo si son emitidas por el soberano (fuentes formales) o constituyen causas sociológicas que llevan a que exista un derecho dado (fuentes materiales).<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Idíd. p. 130 - 151.

<sup>61</sup> De este primer conjunto se desprende el concepto de soberanía de John Austin en virtud del cual esas autoridades políticas pueden ser un soberano o un círculo soberano de personas. Se representa al Estado como soberano lo que implica que está dotado de poder.

<sup>62</sup> Ob. Cit. p. 130 - 151.

<sup>63</sup> Idídem. p. 130 - 151.

En torno a esta distinción entre fuentes formales y materiales, Salmond advierte que las fuentes formales son las que derivan del poder soberano y que las materiales pueden ser históricas y legales. Las legales son las reconocidas por el propio derecho dentro de las que ubica la legislación, el precedente, la costumbre y el acuerdo. Se vincula a Salmond dentro de la perspectiva de la validez por considerar que la fuerza vinculante de la regla de derecho deriva del Estado, del poder soberano.<sup>64</sup>

De acuerdo a su emisor, el derecho puede ser inmediato, cuando es proferido por el soberano mismo y en consecuencia se origina de manera directa, y mediato cuando es establecido por otra instancia diferente al soberano y en consecuencia se origina de manera indirecta. Así mismo el derecho adquiere cuatro clases así: 1. Derecho inmediatamente emanado y directamente originado, 2. Derecho inmediatamente emanada e indirectamente originado, 3. Derecho inmediatamente emanado y directamente originado y 4. Derecho mediatamente emanado e indirectamente originado. A la primera clase corresponden los productos de la actividad legislativa general, a la segunda se presenta cuando el soberano es juzgador, la tercera es producto de la legislación delegada – subordinada y la cuarta al producto de la actividad juzgadora de los tribunales.<sup>65</sup>

Así, es fundamental para la teoría de fuentes la presunción de positividad que John Austin concede a las clases 1 y 4 mencionadas, estableciéndose la primera se traduce en la ley y la segunda en el derecho consuetudinario (costumbre), el derecho basado en la autonomía privada y el derecho natural que son de creación del juez, pues se constituyen en derecho en la medida en que encuentran aplicación en los tribunales para la resolución del caso.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Idíd. p.151 - 162.

<sup>65</sup> Idíd. p. 130 - 151.

<sup>66</sup> Idíd.

La posición de Austin respecto del derecho consuetudinario lo considera como derecho de creación judicial, creado por el juez pues a través de su sentencia imprime el sello del reconocimiento estatal a una regla ya existente, es decir, es creado por el juez cuando la regla implícita en una costumbre es utilizada como fundamento del fallo.<sup>67</sup>

A pesar de la decisión de Alf Ross de considerar que esta época se caracterizó por una confusión entre derecho y justicia, se opta por clasificar al positivismo establecido por Austin como teoría de las fuentes del derecho desde la perspectiva de su validez, sea porque el derecho son órdenes o reglas que derivan del Estado, de una persona soberana o del juez (reflejo de las modificaciones que sufrió el positivismo), pues lo que determina si algo es o no jurídico es su procedencia del poder soberano, ya sea porque se considera que el Así, son jurídicas las órdenes emanadas del soberano, sea inmediata o mediatamente y en consecuencia la principal fuente del derecho es el soberano, pues en últimas es derecho lo que él ordena. Es importante resaltar que a pesar de la consideración positivista del derecho, Austin reconoce al Juez –como instancia diferente al soberano que emite ordenes de manera mediata- un papel creador de derecho, pues el juez puede y crea derecho cuando tiene en consideración al derecho consuetudinario, el derecho basado en la autonomía privada y el derecho natural, al momento dar solución a un caso. Así el problema de las fuentes del derecho es visto para determinar cómo la voluntad del soberano va precisando su contenido a través de actos determinados.

La doctrina alemana ha contribuido con las teorías de las fuentes del derecho desde la perspectiva de la validez a partir del positivismo. En este sentido, el derecho es concebido como voluntad del Estado –Estado como realidad tangible, supra y prejurídica- de donde deriva la teoría político-voluntarista de la validez no derivada de la ley y el sistema de interpretación orientado hacia la voluntad

---

<sup>67</sup> Idíd.

preexistente. Propone plantear el problema de la realidad del derecho al margen de consideraciones éticas y sociológicas, pues el derecho es la voluntad del Estado y en términos más puntuales, es derecho lo que las autoridades jurídicamente cualificadas establecen. Así la función del juez es aplicar el derecho positivo que, posteriormente, es definido como el derecho real, vigente –el derecho que se aplica de hecho-. Ante los defectos de la ley, el juez debe aplicar una analogía técnico-concreta y el mandato producido de este modo es derecho.<sup>68</sup>

Así se desprende de postulados importantes de la teoría de Hans Kelsen. Desde una perspectiva positivista, *el derecho es, conforme a su naturaleza, norma y en consecuencia toda teoría jurídica tienen que ser teoría de las normas, doctrina de las proporciones jurídicas y como tal doctrina del derecho objetivo*<sup>69</sup>

Para cerrar la reflexión sobre las teorías de las fuentes y los métodos de interpretación, desde la perspectiva de la validez, es importante precisar que el derecho es visto como deber ser específicamente jurídico o como sistema de normas, está desarrollado por el llamado positivismo dominante y la jurisprudencia lógico – normativa y utiliza el método del derecho positivo traducido en el silogismo<sup>70</sup>, en virtud del cual *“al interpretar la ley e integrar las lagunas, el juez desempeña una labor más amplia, tendente a esclarecer la auténtica voluntad del legislador. El texto de la ley puede ser defectuoso, la auténtica voluntad del legislador no.”*<sup>71</sup> Se concibe al orden jurídico como un sistema de normas de derecho que se concretan de manera gradual desde la Constitución pasando por los demás escalones hasta llegar a los actos jurídicos individuales de ejecución,

---

<sup>68</sup> Idíd. p. 225 – 240.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. Autobiografía, serie de teoría jurídica y filosófica del derecho, número 50, UEC, Bogotá. p. 53 Citado por GÓMEZ Serrano, Laureano. *Las fuentes del derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano* En Temas Socio-Jurídicos V. 26 No. 55 Diciembre de 2008. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga – UNAB, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas. p. 33.

<sup>70</sup> “El marco lógico – gramatical constituye la frontera absoluta que el juez no puede rebasar, so pena de que la sentencia no pueda ser reconocida como derecho.” Ob. Cit. p. 396.

<sup>71</sup> Idídem. p. 393.

así la validez de una norma está determinada por su correspondencia con la norma ubicada en el escalón superior.

Como las normas se encuentran organizadas en un sistema escalonado y jerarquizado, el vértice del mismo está ocupado por la norma constitucional a la que se encuentran sujetos el legislador y el juez, quien cumple con aplicar la ley, como un delegado del legislador, pues su tarea es *“concretar la norma jurídica dentro del marco abstracto establecido por la ley”*.<sup>72</sup>

*“Para Kelsen, el derecho se caracteriza por ser un fenómeno social que se percibe entre los distintos pueblos, de las distintas épocas, como **“órdenes de la conducta humana”**, que regulan lo que es valioso para la comunidad jurídica.”*<sup>73</sup>

De allí que las normas impongan un deber ser y constituyan un orden coactivo de normas. Una orden legitimada por el sistema jurídico, pues las normas están dispuestas por la autoridad jurídica y deben ser acatadas por todos y aplicadas por los órganos de poder. Se afirma entonces que la función de la ciencia es hacer enunciados sobre el material normativo, no modificarlo o conformarlo. En relación con la costumbre, se reconoce como derecho en la medida en que es aplicada por los tribunales del Estado.

En torno a la aplicación de la ley, el juez debe interpretarla para buscar la auténtica voluntad del legislador, por lo que se identifican ley y derecho. El derecho es la ley aplicada en su práctica, pues ésta se encuentra al servicio del orden y por tanto debe estar dotada de autoridad y ser prácticamente inviolable.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho; editorial Nacional, México, 1965. p. 29 Citado por GÓMEZ Serrano, Laureano. *Las fuentes del derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano* En Temas Socio-Jurídicos V. 26 No. 55 Diciembre de 2008. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga – UNAB, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas. p. 34.

<sup>73</sup> *Idídem.* p. 33 y 34.

<sup>74</sup> *Idídem.* p. 34.

### 1.1.3. Teorías desde la perspectiva de la eficacia del Derecho

En las precisiones iniciales se advertía que la perspectiva de la eficacia del derecho es vista desde la sociología jurídica, entendida como aquella ciencia causal de la naturaleza que intenta comprender ciertas acciones humanas como determinadas dentro de un contexto funcional científico – natural. Su objeto son las acciones humanas que resultan relevantes para un sistema jurídico determinado sea porque crean derecho o porque se encuentran sujetas a derecho. Esta disciplina, busca comprender los motivos, circunstancias e influencias de existencia de un determinado sistema jurídico, identificando e insertando las acciones sociales jurídicamente relevantes.<sup>75</sup>

Aquí puede ubicarse también la tecnología jurídica –disciplina de la política jurídica que trasciende a esta esfera- a partir de la cual se entiende por norma en sentido impropio una norma de conducta que se limita a establecer que determinada acción es necesaria por motivos funcionales. A partir de esta disciplina se establece cuáles acciones humanas creadoras de derecho deben ser escogidas en ciertas circunstancias, para producir determinadas consecuencias sociales, modificaciones en los comportamientos determinados por el derecho.<sup>76</sup>

La escuela sociológica francesa se encuentra representada por August Comte y surge como reacción contra la concepción del derecho y el Estado propia del lusnaturalismo metafísico. Comte afirma que no se puede hablar de derechos subjetivos al margen de un sistema de normas objetivo, que necesariamente establece deberes. La doctrina sociológica reacciona contra la consideración del derecho y el Estado como creaciones humanas, pues éstos son realidades

---

<sup>75</sup> ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del Derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 62 – 62.

<sup>76</sup> *Idídem*. p. 63 – 64.

determinadas por leyes objetivas, sociológicas. Así mismo se niega la posibilidad de deducir de un ideal de derecho soluciones jurídicas concretas, pues el derecho sólo puede establecer una directriz ideal que es variable en función del lugar y la época. Esta idea se encuentra respaldada por la valoración realizada por cierta comunidad, estableciéndose la postulación de un ideal positivo y relativo sobre una base sociológico-colectiva.<sup>77</sup>

Con la nueva escuela, Gény critica el método lógico – formal de interpretación que funda la ley como única fuente del derecho señalando la insuficiencia de toda solución jurídica basada exclusivamente en la ley y se propone por lo demás identificar otras fuentes supletorias. Entre estas fuentes supletorias se encuentran la costumbre, la autoridad – la práctica jurídica y la doctrina- y la doctrina –la ciencia en su condición de fuente del derecho-. Por lo anterior, la idea fundamental de la tesis de Gény se funda en la ciencia creativa que produce un derecho ideal de carácter subsidiario. Es importante precisar que la ubicación de Gény dentro de esta perspectiva de eficacia ha sido motivada por la consideración realizada por Alf Ross al advertir que Gény utiliza a la vez un método sociológico e iusnaturalista.<sup>78</sup>

Las consideraciones de Gény sobre las fuentes del derecho parten de la ley como fuente dotada de autoridad y la define como la manifestación de una voluntad humana revestida de forma lingüística y debe ser interpretada en consonancia con la voluntad del legislador. La segunda fuente considerada es la costumbre como fuente dotada de autoridad y con la misma fuerza vinculante de la ley. Como tercera referencia, se incluyen la autoridad y la tradición a partir de las cuales hace referencia a determinadas concepciones doctrinales y determinadas prácticas jurídicas establecidas, que si corresponden a las más antiguas denomina tradición y a las más recientes que el Código Civil se denominan autoridad. Como cuarta y

---

<sup>77</sup> Idíd. p.71 – 77.

<sup>78</sup> Idíd. p.105 – 109.

última fuente, de carácter supletorio, incluye a la libre investigación científica o libre creación del derecho, intentando realizar la síntesis de un elemento sociológico-realista y un elemento iusnaturalista, en virtud de la cual es necesario identificar la norma que debe regir a partir de la naturaleza de las cosas, los informes de la vida social, un análisis minucioso de las relaciones sociales.<sup>79</sup>

De manera más radical, los postulados de Lambert intentan sustituir el derecho natural por una sociología positiva y empírica que determine los deberes sociales, en la medida en que el jurista, para cumplir su papel, debe acudir a las ciencias sociales. Así se intenta determinar cuáles son las obligaciones sociales, cuáles las ventajas y cuáles los inconvenientes de una determinada solución jurídica, y como debe ser el derecho. En relación con la costumbre, se funda en un primer momento de práctica y en un segundo momento de convicción jurídica, una creencia en el carácter jurídico de la costumbre.<sup>80</sup>

La perspectiva de la eficacia desde la doctrina francesa, es alimentada en parte por León Duguit, quien desde un punto de vista sociológico afirma que el derecho es está sujeto a causas sociológicas que lo determinan, pues la intervención del Estado no basta para otorgar a una regla el carácter de jurídica, sin que lo anterior le permita desconocer la positividad de la ley con independencia de su correspondencia con la conciencia jurídica.<sup>81</sup>

De esta manera, la doctrina francesa contribuye a la perspectiva de la validez a través de los desarrollos realizados desde la sociología jurídica y la tecnología jurídica, estableciendo como requisito para la determinación como jurídica o no de una regla, su correspondencia con las circunstancias, relaciones o consideraciones sociales. En esta medida, el juez deberá tener en consideración las relaciones jurídicas, las ventajas y desventajas sociales que produce decisión,

---

<sup>79</sup> Idíd. p.111 – 116.

<sup>80</sup> Idíd. p.116 – 122.

<sup>81</sup> Idíd. p.122 – 126.

sin que ello permita el desconocimiento de la ley. Así, al momento de concretar el derecho el juez debe aplicar la ley, interpretarla atendiendo a los efectos sociales de la decisión y definir de manera libre el derecho justo, correcto, útil.

Por su parte, la doctrina inglesa contribuye a esta perspectiva a partir de las teorías de los sucesores de Austin, dentro de los que se destaca a Kib y a Maine, como representantes de orientación analítica –el primero- y de orientación histórica –al segundo-.

Con los autores pos - austianos se produce un eclipsamiento de la teoría de fuentes del derecho, en palabras de Alf Ross, y se diferencia entre fuentes formales y fuentes materiales. De las primeras deriva su fuerza y validez una regla de derecho y de las segunda se deriva la cuestión, no la validez, las leyes. Esta distinción entre fuentes formales y materiales ha generado confusión especialmente en el segundo grupo, pues mientras se considera que las fuentes formales son las derivadas del poder supremo, las materiales pueden estar integradas de manera diferente dependiendo del autor: Markby considera fuentes materiales a la legislación, la decisión judicial –incluyendo la interpretación y la costumbre- y los *commentaries*; Gay afirma que son fuentes materiales los estatutos, el precedente judicial, la opinión de expertos y la costumbre; Y Goadby propone como fuentes materiales la legislación, la costumbre el derecho natural y la equidad.<sup>82</sup>

Los autores considerados sucesores de Austin, se organizan según su orientación. Dentro de los analíticos se destaca Kib y dentro de los históricos a Maine. Kib, como sucesor del positivismo de Austin, afirma que no es posible identificar a la persona o al círculo de personas, cuyas órdenes son habitualmente obedecidas, acudiendo únicamente al poder fáctico, pues considera que este círculo sólo

---

<sup>82</sup> Idíd. p.151 - 162.

puede determinarse por referencia a reglas jurídica; sin embargo se considera contribuir con las teorías de las fuentes del derecho desde la perspectiva de la eficacia por afirmar que

*“<<los jueces están obligados a adaptarse a las particularidades del caso, y que no beben mantenerse apegados a la letra de la ley, sino practicar una jurisprudencia viable y creativa mediante la aplicación de la verdadera intensión de la ley, esto es teniendo en cuenta las concepciones inherentes al tráfico jurídico y a los usos del tráfico>>; para, a partir de ahí, deducir finalmente la fuerza vinculante de los usos, de las costumbres populares.”<sup>83</sup>*

Por su parte, Maine sostiene que en cada comunidad existe un poder fáctico supremo, que en la comunidad operan fuerzas que limitan el llamado poder soberano, e inciden en la formación de la voluntad jurídica suprema.<sup>84</sup>

Dentro de esta perspectiva es posible ubicar lo referido a la Jurisprudencia, la *Equity* y el precedente. La primera es considerada como una teoría fundamental del derecho, diferente a jurisprudencia que constituye la decisión judicial de un caso<sup>85</sup>, que constituye una disciplina jurídico – sustantiva de carácter material. La *Equity* puede ser considerada como un rasgo del derecho positivo, como un principio de interpretación y como un principio ético, que hasta 1873 era considerada en principio supletoria y modificatoria; pero no abrogatoria. Esta variedad de conceptos se debe a la división de sistemas que se presentó inicialmente entre *Commom law* y *Equity*, división que fue superada por las diferencias que se fueron presentando entre la solución a un mismo caso en uno y otro sistema. Para Kib, la equidad es a menudo un principio aplicado por el

---

<sup>83</sup> Idíd. p. 130 – 161.

<sup>84</sup> Idíd. p.151 - 162.

<sup>85</sup> En el *Commom law* es posible diferencia entre *Jurisprudence* y *jurisprudence*. La primera – iniciando con mayúscula- hace referencia a lo que denominamos dogmática jurídica, mientras que la segunda –escrita toda en minúscula- hace referencia a la decisión judicial tomada por los Tribunales para la resolución de casos sometidos a su conocimiento.

derecho de creación judicial, con el que se intenta dar forma de interpretación general de la ley.<sup>86</sup>

El precedente, es vinculante sólo a partir de la *ratio decidendi*, entendida como el principio de la decisión aplicable a los casos de una clase que sirve como regla de conducta y surge de las razones de la decisión ajustadas a las peculiaridades del caso. Puede ser meramente persuasivo o dotado de autoridad absoluta. En el primero encontramos las sentencias extranjeras, las decisiones de los tribunales de otras partes del imperio británico, la decisión del *Privy Council* cuando actúa como corte de apelación de las colonias y el *obiter dicta* –consideraciones contenidas en la sentencia que trascienden el objeto de la litis y establecen una regla de derecho que no es indispensable para resolver el caso-; el segundo se encuentra integrado por las decisiones del tribunal superior -vinculantes para el tribunal inferior-, las decisiones anteriores de la *House of Lords* –vinculante para ella misma-, y las decisiones de la *Court of appeal* cuando no resultan contrarias a las del la *Hous of Lords* –vinculante para ella misma-.<sup>87</sup>

Por la variedad de posiciones de los sucesores de Austin es que Alf Ross puede afirmar que esta etapa de la jurisprudencia inglesa se caracterizó por una confusión<sup>88</sup> entre la perspectiva teórico - jurídica (para nosotros perspectiva de validez) y la sociológico – jurídica (para nosotros perspectiva de la eficacia) sin embargo preferimos ubicarlos dentro de la perspectiva de la eficacia por el reconocimiento que hacen del poder de la comunidad para determinar al soberano y en consecuencia a las órdenes que constituyen o no derecho.

En la doctrina alemana, encontramos contribución a la perspectiva de la eficacia desde los postulados de la teoría del derecho libre en la medida en que se niega que el ámbito del derecho se agote en las leyes, pues el derecho es más que la

---

<sup>86</sup> Ob. Cit. p. 170 – 177.

<sup>87</sup> Idídem. p. 170 – 177.

<sup>88</sup> Idíd. p. 162.

ley. En defecto de ésta el juez debe buscar la solución más conveniente por otro camino, de manera libre, sin imposiciones de la ley, pues junto a ésta existen otras fuentes del derecho, sea de carácter iusnaturalista o sociológico, que son fijadas por la ciencia como fuente suprema del derecho. Por la teoría del derecho libre la ciencia es definida como una parte de la sociología, se rechaza todo método normativo o dogmático y las proposiciones normativas son reglas científico-causales.<sup>89</sup>

Inspiradas en las ideas de la teoría del derecho libre, existen otras investigaciones importantes sobre la teoría de la interpretación y la posición del juez ante el derecho, que afirman que no todo el derecho se encuentra en la ley, sin presumir por ello la existencia de fuentes no positivas al lado de la ley, y además concluyen que *“la decisión del juez puede estar en parte jurídicamente indeterminada y que en tal caso, el derecho no surge en parte sino a través de la decisión del juez, como uno de los peldaños en el proceso escalonado de formación del derecho.”*<sup>90</sup>

Aunado a lo anterior, la escuela histórica, en los postulados de Puchta, contribuye con las teorías de las fuentes del derecho desde la perspectiva de la eficacia al considerar al espíritu del pueblo factor último de producción, siendo la verdadera fuente de todo derecho. Las fuentes del derecho son las formas en que la convicción jurídica del pueblo genera el derecho y son el acuerdo natural de la convicción jurídica, la legislación y la ciencia. Dentro de las formas de surgimiento se distinguen las fuentes de conocimiento que corresponden a la costumbre –la convicción jurídica inmediata de los integrantes del pueblo, que se revela en sus acciones- la ley y el sistema –conjunto de los fundamentos intrínsecos del conocimiento.<sup>91</sup> De lo anterior deriva entonces el derecho consuetudinario –como producto del acuerdo natural de la convicción jurídica del pueblo y que se conoce a través de la costumbre-, el derecho promulgado –como producto de la

---

<sup>89</sup> Idíd. p. 245 – 247.

<sup>90</sup> Idíd. p. 248.

<sup>91</sup> Idíd. p. 190.

legislación y que se conoce a través de la ley- y el derecho de juristas –como producto de la ciencia y que se conoce a través del sistema-.

Es así como, desde la perspectiva de la eficacia, la contribución alemana a la teoría de las fuentes del derecho y los métodos de interpretación, se traduce en la manifestación abierta de que el derecho no se agota en la ley y que la función del juez no corresponde a una simple deducción silogística a partir de los preceptos jurídicos. Se propone un proceso escalonado de formación del derecho que integra diversas fuentes al momento de definir que es derecho, fuentes que provienen de las relaciones sociales a las que afecta la decisión judicial, en la medida en que el juez además de la ley, debe tenerlas en consideración y si es el caso, a falta de ley, crear de manera libre el derecho, a fin de dar solución al caso. Por otro lado, el derecho puede ser consuetudinario – aquel que es producto del acuerdo natural de la convicción jurídica del pueblo y que se conoce a través de la costumbre-, el derecho promulgado –aquel que es producto de la legislación y que se conoce a través de la ley- y el derecho de juristas –aquel que es producto de la ciencia y que se conoce a través del sistema-.

Los argumentos y postulados de Alf Ross, como representante del realismo escandinavo, también se ubican dentro de la perspectiva de la eficacia, en la medida en que concibe el derecho como un sistema que expresa la voluntad social en su totalidad, *“que relaciona ciertas conductas humanas de tipo específico de sanción, y que resultan cognoscibles a partir de una determinada totalidad de acciones sociales.”*<sup>92</sup>

Para Alf Ross el sistema no encuentra principio ni fin en norma fundamental abstracta, pues ésta solo puede identificarse a partir de la inducción y es el

---

<sup>92</sup> ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia; Ariel, Barcelona, 2003, p. 35 Citado por GÓMEZ Serrano, Laureano. *Las fuentes del derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano* En *Temas Socio-Jurídicos* V. 26 No. 55 Diciembre de 2008. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga – UNAB, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas. p. 35 y 36.

sistema la fuente última del derecho y como lo primario son las acciones sociales, todo derecho es, en última instancia, derecho consuetudinario. *“Existe por tanto, un sistema complejo conformado fuentes de derecho fundamentales, fuentes de derecho derivadas y fuentes derivadas inmediatas, en una secuencia articuladas: Ley fundamental – Ley-Reglamento-Sentencia Judicial; que debe ser apreciado en su conjunto.”*<sup>93</sup>

Las reflexiones realizadas en torno a las teorías de las fuentes del derecho y los métodos de interpretación, desde la perspectiva de la eficacia, muestran la marcada influencia de la sociología, de allí que el derecho sea concebido como deber ser *sui generis* y como ser-cultural, se enmarque en las teorías sociológicas y las filosófico – culturales y el método aplicado sea el sociológico – psicológico, en virtud del cual se reconoce al juez el derecho de modificar la ley en casos de extrema necesidad o advierte que *“las directrices contenidas en la ley son tan escasas y tan poco expresivas, que se precisa aún una amplia labor científica de interpretación y complementación para poder resolver numerosas cuestiones interpretativas”*.<sup>94</sup>

De las corrientes descritas hasta el momento, es importante destacar que el tema de las fuentes del derecho se ha visto ligado al de las familias jurídicas. La mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales hunden sus raíces en algunos ordenamientos jurídicos originarios de los cuales fueron herederos. Es decir, que efectuando un test de pedigrí pueden rastrearse y agruparse los ordenamientos jurídicos actuales en categorías generales, las cuales explican relaciones y características tendenciales en las configuraciones internas de los ordenamientos, y, para el caso, de la concepción de fuentes del derecho.

---

<sup>93</sup> Idídem. p. 36.

<sup>94</sup> ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del Derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 389.

Esmein, tomando como criterios clasificatorios las fuentes del derecho y su estructura general, dividió los derechos existentes en las familias jurídicas: romana, germana, anglosajona, eslava e islámica. De forma más sofisticada y completa, Konrad Zweigert y Hein Kotz, tomando como criterio clasificatorio el estilo jurídico, lo cual engloba caracteres tales como “el trasfondo y desarrollo histórico, modo de pensamiento jurídico, instituciones características, fuentes e ideología”, propusieron la clasificaciones de las siguientes familias jurídicas: romana, germana, nórdica, de *common law*, socialista, de lejano oriente, islámica e india<sup>95</sup>.

Una de las cosas que tienen en común las anteriores clasificaciones, es el hecho que existe una diferenciación entre las familias jurídicas romano-germanas y las anglosajonas (o de *common law*). Dicha diferenciación representa rasgos comunes esenciales entre los ordenamientos que corresponden a la misma familia, y rasgos esenciales diferentes entre los ordenamientos que pertenecen a diferentes familias. Empero, se aclara, que las similitudes y diferenciaciones que existen entre los miembros de las distintas familias no corren con parejo resultado; pues, pueden existir elementos de familias distintas que se relacionen en diversas medidas.

En el origen de los dos sistemas referidos existen ciertas diferencias marcadas. El derecho romano-germano se formó con base en el antiguo derecho romano; mientras que, por su parte, el *common law* se formó por la práctica de los jueces de Inglaterra<sup>96</sup>. En el primer sistema, la ley es preponderante, se han establecido diversos códigos en donde se consignan mandatos abstractos de carácter

---

<sup>95</sup> Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.

<sup>96</sup> “Tradicionalmente las reglas de derecho concernientes a la justicia, al procedimiento, a las probanzas y a la ejecución de las decisiones provenientes de la administración de justicia son las más relevantes para los abogados del *common law*, no así las reglas relativas al fondo del derecho.”

deóntico; por su parte, en el *common law*, las reglas dadas por los jueces son menos abstractas que las regulaciones legales. En el sistema romano-germano las leyes sientan las bases sociales para un desarrollo en el futuro; en el *common law*, lo que se quiere es solucionar un conflicto en específico, restablecer cierto orden alterado, “la paz se encuentra amenazada entonces se procura su restablecimiento”, y no dar un fundamento de bases sociales o de desarrollo para el porvenir. El derecho romano-germano en principio estuvo atado al derecho civil, en cambio, el *common law* estuvo más referido al derecho público. Aquel, se instauró para regular relaciones entre ciudadanos y éste para regular situaciones entre los ciudadanos y el Estado<sup>97</sup>.

De forma más específica: la jurisprudencia es fuente formal de derecho en los ordenamientos jurídicos anglosajones. Los típicos casos de estas familias son el modelo inglés y el norteamericano, en donde, respectivamente, la Cámara de los Lores del Reino Unido y la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, juegan un papel preponderante. En estos ordenamientos la ley juega un papel residual. En cambio, la ley es fuente formal por excelencia en los ordenamientos jurídicos de corte romano-germano, como es el caso de la mayoría del derecho continental. Los típicos casos de estas familias son Francia e Italia. En donde, la ley como producto democrático juega un papel preponderante. Acá, la jurisprudencia es residual.

No obstante las diferencias iniciales, se ha dado un progresivo acercamiento entre los dos sistemas. Las diferencias entre cada una de las familias jurídicas no es como en otrora. Algunas situaciones del modelo anglosajón que eran completamente subsidiarias en el romano-germano han adquirido importancia en éste último, y, a su vez, algunas situaciones del modelo romano-germano que eran completamente subsidiarias en el anglosajón, han adquirido importancia en

---

<sup>97</sup> “las disputas entre particulares únicamente podrían someterse a las Cortes del sistema de derecho *common law* cuando amenazara de alguna manera el interés de la corona o del reino”

éste último. Así pues, en Francia la jurisprudencia aunque no constituye una fuente de derecho, algunos fallos de la Corte de Casación o por el Consejo de Estado Francés, en determinadas circunstancias “tienen una autoridad muy similar a la de la ley”<sup>98</sup>. Y, por su parte, “en Inglaterra la leyes son también numerosas y desempeñan una función tan importante como la legislación en Francia y han dejado, con frecuencia, de ser interpretadas literal y restrictivamente.”<sup>99</sup>

Una de las formas de diferenciación entre los dos modelos es el de la obligatoriedad del precedente. Puede, *prima facie* establecerse tres distintos grados. Uno, en la cual, el precedente es totalmente obligatorio tanto para quien lo emitió como para los subordinados a él, es decir, el precedente tiene la misma fuerza de la ley. Otro, en el cual, el precedente es más o menos obligatorio, pero los jueces pueden apartarse de él, aduciendo razones. Y, el último caso, en el cual el precedente no es obligatorio. La anterior visión trifocal puede ser enriquecida con elementos adicionales, como por ejemplo las zonas de excepción de obligatoriedad, la relación con la ley, el grado de las razones que deben aducirse, etc.

De esta manera concluye el primer aparte caracterizado por una descripción de las teorías sobre fuentes del derecho, destacando la familia romano – germana en atención a que el ordenamiento jurídico colombiano ha bebido de la misma y precisando que sus particularidades se describen a continuación.

---

<sup>98</sup> DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid: Aguilar, 1973. p, 25.

<sup>99</sup> *Ibíd.* p, 26.

## 1.2. SISTEMA DE FUENTES Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

### 1.2.1 Transformaciones y Estado Actual de la transformación

Las fuentes del derecho, “ostentan la capacidad de delimitar la concepción del derecho y los elementos que gravitan en torno a ésta”<sup>100</sup>, lo que justifica una revisión temática en este sentido y con mayor razón en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la escasez de estudios se debe a “lo embrionario del desarrollo de la teoría jurídica local [Y] por concepciones de derecho relativas a la eficacia interna”<sup>101</sup>, se le ha dado de manera inducida a los altos órganos judiciales, especialmente, a la Corte Constitucional, la posición de ser la última palabra y el criterio de validez supremo, en tal temática.”<sup>102</sup>

En el Ordenamiento Jurídico colombiano, las teorías o posiciones sobre fuentes del derecho presentan una mixtura, si desde las perspectivas antes mencionadas quiere verse, por lo que en este punto se hará referencia a la evolución que las mismas han tenido, pues constituyen un conjunto de variaciones que tiene como punto de referencia el surgimiento de la Constitución Política de 1991.

La expedición de la Constitución de 1991 mutó radicalmente la concepción de las fuentes del derecho establecida en el ordenamiento jurídico colombiano. Las novedades que en ella se establecieron presentaron una revuelta contra el formalismo jurídico que se había establecido, principalmente, bajo el imperio de la

---

<sup>100</sup> DELGADO Gamboa, Rodolfo y SÚAEZ Manrique, Wilson Yesid. *Los principales factores del sistema de fuentes* En Revista IUSTITIA, No. 8 Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Enero – Diciembre de 2010. ISSN 1692-9403.

<sup>101</sup> Según Bierling: «Derecho en sentido jurídico es, en general, aquello que las personas que conviven en alguna comunidad reconocen recíprocamente como norma y regla de esta convivencia.» ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa. 2004.

<sup>102</sup> “Así pues, se ha impuesto un criterio de autoridad sobre la materia, lo cual, en vez de aclarar ha ayudado a oscurecer y deformar la temática.” Ob. Cit. Que se refleja en las diversas modificaciones, aclaraciones y complementaciones que ha sufrido el tema a través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Constitución de 1886 y la adopción de un Código Civil con trascendentes raíces afrancesadas.

Así pues, aunque no se constituya en un criterio totalmente demarcatorio de categorías claras y unitariamente aceptadas, por aspectos expositivos puede entenderse la historia de las fuentes del derecho en Colombia en dos acápites. El primer aparte se constituye por la concepción de fuentes del derecho establecida en el ordenamiento jurídico colombiano antes de la Constitución de 1991. El segundo aparte lo constituye la concepción de fuentes del derecho dada después de la Constitución de 1991.

A continuación se describen de manera sumaria éstos dos acápites. No con el fin de efectuar una descripción completa y detallada de todas las variables y relaciones que en materia de fuentes se presentaron, pues, esto desbordaría la finalidad del escrito, sino, simplemente, con el fin de resaltar los aspectos más esenciales que pueden contrastarse en materia de fuentes. Para de ésta manera resaltar las principales variaciones que el tópico de las fuentes del derecho presenta actualmente respecto de lo establecido en los inicios del ordenamiento jurídico moderno.

En el siglo XIX, antes de la Constitución de 1991, las fuentes del ordenamiento jurídico colombiano se entendían desde el enfoque tradicionalista de la familia jurídica romana. Es decir, eran de corte formalista, representaba la transpolación de los postulados de la escuela exegética francesa. Bajo este atisbo la principal fuente del derecho la constituía la ley. La Constitución y los derechos fundamentales eran un catálogo axiológico sin fuerza normativa. La jurisprudencia y la doctrina, salvo contadas excepciones, se constituían simplemente como un criterio hermenéutico.

La Constitución de 1886 era portadora de una concepción débil de postulados constitucionales y de derechos fundamentales<sup>103</sup>. Estas regulaciones constitucionales ostentaban una concepción clásica del constitucionalismo de principio del siglo XIX<sup>104</sup>, en la cual, constituían simples catálogos de tipo eidético, sin fuerza normativa. Constituían los derechos fundamentales, junto con los valores y principios que de la Constitución se podían inferir, un plan a seguir: un anhelo. Se concebían tales postulados como la consagración constitucional de las finalidades por medio de las cuales se había legitimado la agrupación social de una pluralidad de personas independientes de las injerencias de regímenes exteriores, que buscaban una meta social que solventara la desintegración producto de los conflictos internos derivados de la lucha de intereses por la supremacía del poder. Es así como se establecía en el preámbulo de la Constitución de 1886 que la promulgación de ésta se daba “con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz”.

Por tanto, la principal función legitimadora<sup>105</sup> de aquella Constitución hacía que *“los derechos fundamentales apenas ocuparan una posición secundaria ya que no eran directamente exigibles ante los jueces”*<sup>106</sup>. Esta restricción devenía de las mismas disposiciones constitucionales, las cuales insertaban cláusulas en los derechos fundamentales tales como: *“por motivo previamente definido en las leyes”*<sup>107</sup>, *“en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley”*<sup>108</sup>,

---

<sup>103</sup> Es más, no se consagraban como tales derechos fundamentales. En el título III de la Constitución se establecía “De los derechos y garantías sociales”, dentro de los cuales se situaban algunas de las libertades que actualmente se consideran derechos fundamentales.

<sup>104</sup> En este sentido los derechos fundamentales de la Constitución de 1886, eran más afines con el constitucionalismo anglosajón, que con un constitucionalismo de la forma expuesta por Carl Schmitt.

<sup>105</sup> “Los derechos fundamentales resultan ser concebidos de una forma “hasta entonces totalmente desconocida: eran reducidos a fundamentos legitimadores del Estado sin ninguna eficacia normativa.” ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo de 2002. p, 55.

<sup>106</sup> LOPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 5.

<sup>107</sup> Constitución Nacional de Colombia, Artículo 23, 1886.

<sup>108</sup> Idídem, Artículo 27.

“Sólo impondrá el Legislador”<sup>109</sup>, “con arreglo a las leyes”<sup>110</sup>, y otras expresiones similares, que delegaban la especificación de tales libertades al legislador.

Así pues,

*“siguiendo el constitucionalismo francés del siglo XIX, la Ley definía el alcance e intensidad de los derechos sin que fuera posible reclamarlos mediante invocación explícita y directa de los textos constitucionales. Los derechos fundamentales, por tanto, sólo podían funcionar a través de las leyes”<sup>111</sup>.*

La potestad de hacer leyes residía en el Congreso, de conformidad con los artículos 58 y 76 de la Constitución Nacional. Éste era el órgano encargado de estipular y especificar los derechos fundamentales para ser aplicados judicialmente.

El legislador era el encargado de, mediante la ley, dotar no sólo de existencia sino también de contenido y alcance a los derechos fundamentales y a los postulados constitucionales. Esta facultad del legislativo tenía un nivel amplio de discrecionalidad. En principio, no existía una herramienta jurídica que hiciera control al legislador en lo que refiere al obedecimiento de los encargos constitucionales. Los derechos fundamentales y los postulados constitucionales además que no tenían fuerza normativa tampoco condicionaban de manera directa al legislador quien tenía la potestad de desarrollarlos a su arbitrio.

Lo dispuesto por el legislador se presumía constitucional. Pues, se entendía que el legislador se inspiraba en los contenidos constitucionales para expedir las leyes,

---

<sup>109</sup> Idíd, Artículo 29.

<sup>110</sup> Idíd, Artículo 31.

<sup>111</sup> LOPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 6.

por tanto éstas resultaban ser incontrovertibles. La discrecionalidad del legislador era casi irrestricta.

La ley era tan importante que se entendía sinónima al derecho<sup>112</sup>. Esta asimilación se daba porque, de conformidad con las concepciones francesa del siglo XIX, se entendía la ley como *“la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional”*<sup>113</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia no ostentaba fuerza obligatoria. Posterior a la modificación efectuada por el artículo 4 de la ley 169 de 1896 al artículo 10 de la ley 153 de 1887, rigió, en la mayoría de las ocasiones, una visión pedagógica de la jurisprudencia. Es decir, el paso de la doctrina más probable a la doctrina probable supuso el paso de lo obligatorio a lo pedagógico. Situación que se mantuvo vigente hasta las concepciones efectuadas por la Corte Constitucional, con fundamento en la Constitución de 1991, donde bajo la concepción de doctrina constitucional, se dio el paso de lo facultativo a lo obligatorio<sup>114</sup>.

Las anteriores proposiciones acerca del entendido de las fuentes del derecho bajo el amparo de la Constitución de 1886 se mantuvieron en ese sentido hasta inicios del siglo XX. En donde se efectuaron *“algunos ajustes que permitieran la racionalización del ejercicio del poder (...) y, fundamentalmente, sobre la base del respeto a la constitución”*<sup>115</sup>. Pues, a partir del Acto Legislativo 3 de 1910 se le confió a la Corte Suprema de Justicia la competencia para declarar inconstitucionales leyes expedidas por el Congreso de la República<sup>116</sup>. Luego, *“se le otorgó en nuestro territorio competencia a uno de los órganos del Estado para la*

---

<sup>112</sup> Cfr. Artículo 3 del Código Civil.

<sup>113</sup> Idídem, Artículo 4.

<sup>114</sup> Ver en este sentido las sentencias de la Corte Constitucional T - 406 de 1992 y C - 131 de 1993.

<sup>115</sup> RODRIGUEZ, Jaime. *Dinámica del control de constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley, 2006. p, 22.

<sup>116</sup> LOPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 6.

*guarda de la integridad de la Constitución*<sup>117</sup>. Esta competencia se radicó principalmente en lo establecido en los artículos 40 y 41 de dicha modificación constitucional: el primero le daba prevalencia a la Constitución y el otro fundamentaba la creación de la Corte Constitucional. El artículo 40 establecía “*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán con preferencia las disposiciones constitucionales*”. Y el 41 preceptuaba:

*“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:*

*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”*

Así pues, se establecía de manera expresa la superior jerarquía de la Constitución respecto de la ley, en este orden de ideas los jueces, tenían “a su cargo la aplicación de la ley a los casos particulares” y debían “*abstenerse de aplicarla si la encuentran contraria a la norma jurídica superior*”<sup>118</sup>. Lo que conllevaba, en segundo lugar, a la necesidad de encargar a un ente la vigilancia del cumplimiento de esta tarea, es decir, de velar por la protección de la Constitución de las eventuales infracciones en su contra. Así fue como se instituyó la Corte Constitucional como una Sala de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante por diferentes circunstancias de tipo económico y jurídico, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, principio a funcionar en la década de los 30 y las funciones encargas no se enfocaron, del todo, en beneficio de los fundamentales. Pues, con

---

<sup>117</sup> Ob. Cit. p, 22.

<sup>118</sup> Idídem. p, 23.

*“un repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema hasta el año de 1990 muestra, sin embargo, que este control de constitucionalidad se ejerció más enérgicamente como mecanismo de protección de competencias y formalidades constitucionales que como mecanismo de protección de derechos constitucionales individuales. El control de constitucionalidad abstracto, por tanto, tuvo más claramente propósitos estructurales y competenciales que propiamente de promoción y defensa de derechos fundamentales”<sup>119</sup>.*

Una de las principales causas de la no protección de los fundamentales aún por la Corte de otrora se radicaba en la concepción legalista de la tarea judicial, la cual, no sólo se predicaba de los jueces de instancia, sino también, de los altos tribunales. La concepción devenida de la escuela exegética francesa y de la jurisprudencia conceptual alemana<sup>120</sup>, repercutió en la pobre protección de los derechos fundamentales. Pues, “en este estadio, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios anunciados por los códigos y las leyes”<sup>121</sup>. La Constitución y los derechos fundamentales, eran aplicables si se establecían en la ley. Se creía que “la Constitución se expresaba en la ley suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Los niveles de constitucionalización del conflicto en la jurisdicción ordinaria eran, por tanto, muy bajos”<sup>122</sup>.

Las afirmaciones anteriores, deben ser matizadas por un hecho que es digno de resaltar. La famosa Corte de Oro<sup>123</sup> en sus providencias, hizo uso de la importada

---

<sup>119</sup> LOPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 6.

<sup>120</sup> Como ya se dijo estas concepciones francesas y alemanas fueron las principales doctrinas trasplantadas que fundaron el derecho privado Colombiano. Cfr. LOPEZ, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

<sup>121</sup> Ob. Cit. p, 7.

<sup>122</sup> Idídem.

<sup>123</sup> Así se le denominó a la Corte Suprema de Justicia, durante el periodo aproximado que va desde 1930 a 1940, en donde con gran brillantez se acogieron postulados antiformalistas, principalmente traídos de la crítica de Geny a la exegesis francesa.

concepción de que existían principios sistémicos los cuales hacían parte del derecho y servían de fuente para decidir cuando no existía ley expresa que regulara el caso. Con base en principios tales como, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la imprevisión, se resolvieron algunos asuntos puestos a su conocimiento. Pero, la utilización de estas fuentes alternativas de derecho era excepcional, por tanto, no por ello, puede decirse que se cambió la concepción legalista del derecho.

El arraigado formalismo que predicaba por la supremacía de la ley, al igual que como sucedió en otros países, se mostró inerte para rebatir determinados problemas sociales con implicaciones jurídicas. Las marcadas diferencias sociales, la inequitativa distribución de la riqueza, la pluralidad de entidades culturales, étnicas y religiosas, las constantes y extremistas contra posiciones ideológicas y partidistas, en especial, “la democracia pactada y restringida del Frente Nacional, las experiencias dolorosas de intentos de recuperación de la seguridad nacional en los estados de sitio”<sup>124</sup>, fueron situaciones que conllevaron la necesidad de un cambio Constitucional<sup>125</sup> radical para nuestro país.

Los cambios Constitucionales producidos en algunas de las Constituciones del mundo y que transformaron la concepción del derecho, hasta el punto de concebir una nueva cultura jurídica denominada Neoconstitucionalismo, en Colombia hicieron aparición a partir de 1991. Mutando de forma radical la concepción de las fuentes del derecho establecida en la Constitución de 1886.

---

<sup>124</sup> Ob. Cit. p, 5-6.

<sup>125</sup> En este sentido puede observarse que así como la ley fundamental de Bonn fue producto de las catástrofes nacionalistas de la segunda guerra mundial la Constitución Colombiana de 1991 fue la respuesta jurídica de las crisis sociales, culturales y jurídicas que la antecedieron. O yuxtaponiendo conceptos de Habermas se trató de mediante el derecho recomponer el lazo social desintegrado por las crisis económicas, de legitimidad, de racionalidad y de motivación, que sucede en las sociedades altamente diferenciadas.

Tras la promulgación de la Constitución Política de 1991, la teoría tradicional sufre modificaciones importantes en diferentes momentos. Así la primera transformación es la consagración constitucional de las fuentes del derecho y los criterios auxiliares en el Art. 230, la consagración de la Constitución como norma de normas en el Art. 4 y el respecto por los derechos constitucionales a lo largo del texto. En este sentido,

*“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”<sup>126</sup>*

Comienza así una teoría que, siguiendo la tradición romana, busca darle mayor seguridad jurídica y evitar la dependencia a los postulados de la jurisprudencia, pues si se interpreta de manera aislada la norma contenida en el artículo 230, no habría modificación en cuanto a la teoría de fuentes del derecho. Sin embargo entran en juego diferentes momentos que van modificando la postura, de los que se destacan:

- La expedición del Decreto 2067 de 1991 y el Decreto 2591 del mismo año. El primero regulando en su artículo 21 lo relacionado con los juicios de constitucionalidad y en su artículo 23 el poder normativo de las decisiones de la Corte Constitucional. Normas que fueron revisadas en sede de constitucionalidad a partir de las sentencias C – 113 de 1993<sup>127</sup> y C – 131 de 1993<sup>128</sup>, respectivamente. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 36

---

<sup>126</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, Bogotá, 1991. Artículo 230.

<sup>127</sup> La Corte Constitucional declara la inexecutable de los postulados consagrados en los incisos 2 y 4 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 que establecían efecto retroactivo de las decisiones de la Corte a fin de garantizar la favorabilidad en materia penal, disciplinaria y policiva y la facultad de la Corte para señalar expresamente la aplicación de los efectos de la cosa juzgada.

<sup>128</sup> La Corte Constitucional declara la inexecutable de la expresión “obligatoria” del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 en virtud del cual se elevaba a criterio auxiliar obligatorio a la doctrina constitucional.

establece que las sentencias de revisión tienen un efecto *inter partes*, reflejando la posición de la Corte Constitucional de la época en torno al precedente y la jurisprudencia en general.

- A través de la sentencia C – 083 de 1995, la Corte constitucional modifica lo preceptuado en el artículo 8 de la ley 153 de 1887 haciendo una aclaración de la interpretación del Art. 230 de la C.P. y advierte que la doctrina constitucional es fuente formal cuando cumple una función integradora y es un criterio auxiliar cuando interpreta la ley en casos dudosos.
- El surgimiento de la Ley 270 de 1996, especialmente lo consagrado en su artículo 48, demandado en sede de inconstitucionalidad –resuelta mediante sentencia C – 037 de 1996-, permite modifica también el sistema de fuentes y la interpretación al establecer que la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional son cosa juzgada constitucional, que su parte motiva es criterio auxiliar para la actividad judicial y la aplicación de normas de derecho general<sup>129</sup>, que los conceptos relacionados estructuralmente en la parte resolutive tienen fuerza vinculante<sup>130</sup> y que las sentencias de tutela tienen un efecto vinculante *inter partes*.<sup>131</sup>
- Con la sentencia SU - 047 de 1999, la Corte Constitucional aclara los efectos del precedente, la cosa juzgada implícita y la cosa juzgada explícita. Afirma que la decisión judicial tiene una parte resolutive –*Decisum*, que corresponde a la resolución concreta del caso- y una parte motiva, integrada a su vez por *la ratio*

---

<sup>129</sup> En este sentido la Corte precisa que “*las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.*” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 037 de 1996. Bogotá: Mg, Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>130</sup> Al respecto afirma la Corte que “*aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella*” tiene fuerza vinculante. *Idídem*.

<sup>131</sup> Sin embargo, dice la Corte “*la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la corte constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación Constitucional.*” *Idídem*.

*decidendi*<sup>132</sup> –la razón de la decisión- y el *obiter dicta*<sup>133</sup> –los dichos al pasar-. De esta estructura se desprenden los efectos de la decisión de tal manera que la parte resolutive tiene efecto *inter partes* y hace transito a cosa juzgada, la *ratio decidendi* constituye doctrina vinculante para los otros jueces por constituir el principio de la decisión y que en consecuencia puede aplicarse a casos similares, y el *obiter dicta* constituye criterio auxiliar; pero no obligatorio.

- Una etapa más de modificaciones a la teoría de las fuentes del derecho se da con la Sentencia C – 836 de 2001 a través de la cual la Corte Constitucional declara la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 –de la doctrina probable-.

*“dicha providencia constituyó, en nuestro sentir, una ruptura categórica del sistema tradicional y le dio a la jurisprudencia el valor de fuente formal en el derecho colombiano, por las razones que a continuación se exponen: (...) avaló la fuerza normativa de la doctrina dictada por la corte Suprema con los siguientes argumentos: (i) la autoridad otorgada constitucionalmente (...) y su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (ii) la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (iii) el principio de la buena fe (...) confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado, y (iv) el carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico construido con autoridad por el Tribunal de Casación, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”*<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup><sup>132</sup> Advierte la Corte que “la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 047 de 1999. Bogotá: Mg. Ponente Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>133</sup> Para la Corte, es “aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo (...) no es necesaria a la decisión (...) opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.” *Idem*.

<sup>134</sup> BLANCO Zuñiga, Gilberto. Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Barranquilla (Colombia): Ediciones UNINORTE, 2007. p. 9107 y 108.

A partir de esta sentencia se aclara que si la jurisdicción ordinaria quiere apartarse de su posición, debe justificarse de manera clara y razonable las razones de su apartamiento. Además en virtud del principio de igualdad, el juez encuentra límites al momento de interpretar y aplicar la ley, pues esto se traduce en igualdad ante la ley en sentido material, pues *“si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actual se encontraría bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”*<sup>135</sup>

### 1.2.2 Conformación actual del Sistema de Fuentes

Antes del surgimiento de la Carta Magna de 1991, las fuentes del derecho eran definidas por disposición legal, así normas como el Código Civil, la Ley 57 de 1887 y la Ley 153 del mismo año, permitían integrar las fuentes y métodos de interpretación. De esta manera el Código Civil regula lo relacionado con las fuentes del derecho y las reglas de interpretación del derecho. Las primeras al referirse a la ley<sup>136</sup>, la costumbre<sup>137</sup> y la fuerza de las sentencias judiciales<sup>138</sup>; y las segundas al referirse a la interpretación de la ley<sup>139</sup>.

Por su parte, y de manera complementaria, las leyes 57 y 153 de 1887 contribuyen con la conformación de la teoría sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación al consagras reglas sobre la validez y aplicación de las leyes y, entre ellas, advertir que *“Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso*

---

<sup>135</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 836 de 2001. Bogotá: Mg. Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>136</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Civil. Artículos 4, 11 y ss sobre la definición y efectos de la ley, respectivamente.

<sup>137</sup> Idídem. Artículo 8 sobre fuerza de la costumbre.

<sup>138</sup> Idíd. Artículo 17 sobre la fuerza de las sentencias judiciales.

<sup>139</sup> Idíd. Artículo 25 y ss al considerar la interpretación de la ley a partir de las siguientes reglas: Interpretación del legislador, interpretación doctrinal, interpretación gramatical, interpretación por contexto y algunos criterios subsidiarios de interpretación conforme al espíritu general de la legislación y la equidad natural.

*controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”<sup>140</sup> y que “En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. (...) Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.”<sup>141</sup>*

El conjunto de disposiciones referido, permite afirmar que antes de la Constitución Política de 1991, la teoría imperante era del sistema tradicional, de tradición romano – germánica y que en consecuencia respondería a la perspectiva de la validez del derecho, pues la ley es la principal fuente de derecho, mientras que la costumbre es fuente subsidiaria y la jurisprudencia la doctrina y los principios generales del derecho constituyen criterios de interpretación. Así mismo, se intenta definir el peso normativo de la jurisprudencia dentro de un sistema de tradición romano – germana a través de consideraciones sobre la doctrina probable y la doctrina constitucional.<sup>142</sup>

De las diversas transformaciones que ha sufrido el sistema de fuentes, se destacan dos modelos: uno simple y uno complejo. El modelo simple<sup>143</sup> se funda

---

<sup>140</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 153 de 1887. Art. 8.

<sup>141</sup> *Idiídem*. Art. 10. Este artículo fue subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

<sup>142</sup> BLANCO Zuñiga, Gilberto. Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Barranquilla (Colombia): Ediciones UNINORTE, 2007. p. 93 – 99.

<sup>143</sup> *Comúnmente se ha establecido y entendido en nuestro país, quizás por influencias foráneas, el sistema de fuentes desde una confección piramidal, en donde se establece que la constitución está en la cima y de ella se subordinan las demás fuentes. (...) se dice que las leyes se subordinan y deben estar de conformidad con la constitución, y, a su vez, los actos administrativos deben estar de conformidad con la ley. Existen fuentes de mayor y menor jerarquía según el valor de su validez. (...) Existe un poder de las normas constitucionales que conllevan al deber de que las normas de grada inferior las respeten. Así, pues, la Constitución será productiva y las normas que a ellas se subordinan normas ejecutivas de ella. Y, a su vez, las normas que deben respecto de la Constitución son normas de poder respecto de las normas de inferior jerarquía; por lo cual, las normas ejecutivas se convierten en normas productivas respecto de las subordinadas a ellas. Las leyes ostentan poder respecto de los actos administrativos, éstos ostentan deber respecto de las leyes. Las leyes son ejecutivas respecto de la Constitución, pero productivas respecto de los actos administrativos.” DELGADO Gamboa, Rodolfo y SÚAREZ Manrique, Wilson Yesid. Los principales*

en la tradición romano – germana y se organiza de manera jerárquica y escalonada, partiendo de la Constitución como norma de normas. El modelo complejo, que se considera vigente, responde a una relación entre las concepciones voluntarista, naturalista y racionalista; en donde el carácter de las fuentes, las características de la norma fundante, y la solución de colisiones entre fuentes “*son elementos que bosquejan el principal marco de investigaciones para la solución del problema, de la determinación de las fuentes. Las primeras, son consideradas como el origen de las formulaciones, la autoridad; las segundas, refieren al carácter de la naturaleza de la fuente; las terceras, refieren al contenido; y las cuartas, a las condiciones de aplicación.*”<sup>144</sup>

Algunos estudios clasifican las fuentes del derecho según su carácter de utilización: necesidad, posibilidad, imposibilidad o normación, por lo que se establece una “*clasificación de cuatro carriles: fuentes que deben*<sup>145</sup>, *pueden*<sup>146</sup>, *no deben*<sup>147</sup> *o deberían utilizarse*<sup>148</sup>.”<sup>149</sup>

---

factores del sistema de fuentes En Revista IUSTITIA, No. 8 Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Enero – Diciembre de 2010. ISSN 1692-9403.

<sup>144</sup> Idídem.

<sup>145</sup> Son fuentes formalmente obligatorias, de las que puede decirse son necesarias. En los sistemas jurídicos continentales, de forma general, la legislación positiva es una fuente que debe utilizarse. Al igual, que en los sistemas del *common law* los precedentes judiciales constituyen una fuente jurídica. Idíd.

<sup>146</sup> Son fuentes que pese a que no son obligatorias ayudan a fundamentar la elección. Estas fuentes ayudan a que la justificación sea más fuerte no obstante son parasitarias de una fuente obligatoria. Por ejemplo, de forma general, la utilización de la jurisprudencia en los sistemas continentales, donde se caracteriza la ley como fuente obligatoria, constituye una fuente que puede utilizarse para fundamentar la elección. Tales fuentes no son necesarias sino posibles.” Idíd.

<sup>147</sup> Son aquellos actos o hechos que “no constituyen fuentes jurídicas, pues su utilización ha sido prohibida de forma directa o indirecta. Cuando se dice, por ejemplo, que la costumbre contra ley no es fuente de derecho, se está prohibiendo de manera directa dicha fuente. Cuando se dice que tal o cuáles cosas son fuentes y que otras no son fuentes directas, se está prohibiendo indirectamente la utilización de determinadas fuentes como fuentes directas. En estos dos casos se está ante fuentes imposibles.” Idíd.

<sup>148</sup> Son aquellas fuentes que se utilizan en pocas ocasiones y tienden a tener poca fuerza vinculante, “*empero prestan gran ayuda en la labor jurídica, estas son las fuentes que deberían utilizarse. ... la doctrina en los sistemas jurídicos continentales es una fuente que debería utilizarse.*” Idíd.

<sup>149</sup> Idíd.

En esta dualidad de modelos –simple y complejo- la corte Constitucional ha asumido un papel activo en la determinación de las fuentes del derecho, en ejercicio de su función de guardiana de la Constitución. De allí que sea posible desglosar el ya mencionado Art. 230 constitucional y desarrollar de allí las diferentes esferas que integran el sistema de fuentes actual.

La **Constitución Política** es norma de normas en los términos del artículo 4 de la Constitución Política y en consecuencia podrían aplicarse algunos postulados de la denominada norma fundante, contribuyendo así, desde la perspectiva de la validez, pues

*“el problema de las fuentes, su necesidad, posibilidad, imposibilidad, o idealidad, se subsume en últimas en el problema de la validez del derecho (...) Para determinar si una norma jurídica es una norma válida, se ha dicho, de forma general, que se han de revisar cuestiones formales y materiales. Las formales aluden a que haya sido dictada por el órgano competente mediante el procedimiento establecido. Las materiales aluden a que no se infrinja una norma de orden superior.”<sup>150</sup>*

El poder de la Constitución como norma fundante implica que se establezca la *“necesidad de una norma que fundamente la validez de las demás normas del sistema jurídico”<sup>151</sup>* – esta es la Constitución-.

Como norma fundante, la Constitución *“tiene tres tareas principales: producir el cambio de categoría, el establecimiento de los criterios para la determinación del derecho, y la unidad al sistema jurídico.”<sup>152</sup>*

---

<sup>150</sup> Idíd.

<sup>151</sup> Idíd. *“El fundamento de la validez de una norma solo puede encontrarse [se encuentra] en la validez de otra norma [superior]”.*

<sup>152</sup> *Produce el cambio de categoría porque ella determina el cambio del ser al deber ser, el cambio de lo fáctico a lo jurídico. Establece criterios para la determinación del derecho por cuanto determina que acciones o hechos pueden versen como creadores de derecho. Dota al sistema*

Así los parámetros de validez de una norma están determinados por su emisión por el órgano determinado por la norma fundante para ello, sino que su contenido debe estar en correspondencia con el contenido de esa norma fundante, de allí su designación como norma de normas. En los ordenamientos jurídicos complejos *“existen campos o márgenes de discrecionalidad legislativa y existen campos restringidos para el legislador. (...) Ello parece suceder por el hecho que existen, con cierto carácter, campos regulados y campos no regulados por la Constitución, por la forma de tratar la fuente o las fuentes del derecho.”*<sup>153</sup>

La Constitución Política colombiana si regula lo relacionado con las fuentes del derecho, se desprende de las disposiciones constitucionales, y especialmente, del artículo 230. Pero dentro de la misma constitución existen normas que necesariamente se interrelacionan y constituyen fuentes constitucionales. Estas fuentes constitucionales son cuatro y se establecen como fuentes de derechos fundamentales: 1. Los derechos fundamentales establecidos expresamente en la Constitución, 2. Los derecho innominados, 3. Los derechos fundamentales obtenidos de la interpretación sistemática de la Constitución, y 4. Las regulaciones de tratados internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>154</sup>.

En la aplicación de estas fuentes, resulta problemático el sistema de jerarquía, pues todas se encuentran en el mismo escalón, poniendo de manifiesto la complejidad del sistema, pues la relación de las diferentes fuentes puede verse como una relación de complementariedad, luego la relación de ellas, no es tanto de jerarquía, aunque si se presenta ésta, sino más bien de espacios por regular.

---

*jurídico de unidad por cuanto todas las normas de un sistema jurídico han de poder deducirse de una misma norma fundante; todas aquellas normas que se deriven de la norma fundante constituyen una unidad, un sistema jurídico, “un sistema de normas, un orden normativo. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, México: Editorial Porrúa, 2000, p, 202 Parafraseado por Idíd.*

<sup>153</sup> Idíd.

<sup>154</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencias: C- 295 de 1993, 2. C- 225 de 1995, C- 578 de 1995, C- 135 de 1995, C- 135 de 1996, C- 358 de 1997, C- 708 de 1998, C- 038 de 2004, C 615 de 2004, C -1118 de 2005 Citado por Idíd.

Otra posibilidad de resolver los conflictos que surjan en su aplicación, es la decisión de un tercero.<sup>155</sup>

Como segunda fuente dentro del ordenamiento jurídico se encuentra **la ley**. Consagrada por el Artículo 230 de la Constitución como principal insumo del juez al momento de resolver el conflicto sometido a su conocimiento. Sin embargo, la Corte ha precisado el concepto de ley, indicando que el término utilizado por el artículo 230 designa ordenamiento jurídico, marco jurídico –en concordancia con la denominación usada en el preámbulo- y orden jurídico –en concordancia con el término utilizado en el artículo 16. Este significado amplio, alejado de la concepción formal de la ley, es de necesaria consideración porque de no hacerlo conllevaría consecuencias absurdas que la Corte enuncia así:

*“la Constitución, norma de normas (CP, art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso debería acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (C. P. art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP, art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitando, podrán ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes a las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser*

---

<sup>155</sup> Idíd.

*inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP, art. 94).*<sup>156</sup>

La validez de la ley está supedita a la Constitución, pues ésta establece el órgano competente de creación de la ley, el procedimiento para su surgimiento y en todo caso su contenido deberá guardar las proporciones, pues nunca podrá ir en contra de los mandatos constitucionales, de allí la existencia del control abstracto de constitucionalidad y todo lo que el mismo implica.

El marco de acción del legislador está delimitado por la Constitución, en la medida en que los campos en los que la constitución ordena, permite o prohíbe algo, la libertad legislativa es casi nula<sup>157</sup>, salvo que la misma constitución la faculta para proceder a la regulación, pues la Constitución está ordenando, permitiendo o prohibiendo al legislador hacer lo propio, es decir ordenar, permitir o prohibir. En los casos en los que la Constitución no dice nada se entienden las disposiciones constitucionales como permisiones para el legislador, por lo que su marco de libertad se amplía y le es posible en el mismo sentido ordenar, permitir o prohibir<sup>158</sup>. Finalmente, en los eventos en donde no se sabe si la Constitución dice o no algo, es imposible determinar si la Constitución ordena, permite o prohíbe al legislador, por lo que su función se encuentra en este mismo sentido indeterminada, es decir no es posible afirmar que el legislador debe ordenar, permitir o prohibir.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 483 de 1993. Bogotá: Mg. Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>157</sup> En este caso, “se llega a pensar que las formulaciones jurídicas constitucionales ostentan la capacidad de regular todas las relaciones que le importan al derecho (...) cual conlleva a una supraconstitucionalización”. Ob. Cit.

<sup>158</sup> “En contrapartida de lo anterior, está la óptica según la cual la Constitución debe regular el menor número de asuntos posibles, o que la Constitución no ostenta fuerza normativa (...) lo cual, conlleva a una infraconstitucionalización.” Idíd.

<sup>159</sup> Idíd.

Bajo este modelo, la ley es o un desarrollo de la Constitución, un producto de un proceso discursivo o la mejor forma de racionalidad para la toma de decisiones, y en todo caso nace con una presunción de validez respecto a la Constitución que sólo puede ser desvirtuada una vez es sometida al control abstracto de constitucionalidad, produciendo los efectos queridos hasta tanto no sea declarada inexecutable y en consecuencia expulsada del ordenamiento jurídico. Aquí se evidencia nuevamente una contribución a la perspectiva de la validez, traducida en la correspondencia formal y de contenido de la ley con respecto a la constitución como norma superior y la determinación de su pertenencia al ordenamiento jurídico atendiendo a dichos parámetros formales –emitida por órgano competente a través del procedimiento correspondiente establecidos por la Constitución- y de contenido –la correspondencia de su contenido con las disposiciones constitucionales-.

La **Costumbre**, puede tener relevancia en el derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que se consideren normas jurídicas y así conformar el ordenamiento jurídico. Esto se justifica porque la costumbre constituye elemento indispensable de la cultura de un pueblo y encuentra respaldo en determinados principios constitucionales que le otorgan fundamento jurídico, tales como<sup>160</sup>:

- Los principios que fundan el Estado y la organización social.
- El respeto a la constitución y la ley como reflejo de la construcción democrática y unitaria del Estado Colombiano.
- La soberanía popular consagrada en el Art. 3 C.P. que *suministra la base de la legitimidad a la entera actividad de producción de normas jurídicas, sea ésta formalizada [ley] o informalizada como la costumbre que se remite a un proceso primario y directo de creación normativa*<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> BLANCO Zuñiga, Gilberto. Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Barranquilla (Colombia): Ediciones UNINORTE, 2007. p. 200 – 203.

<sup>161</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 483 de 1993. Bogotá: Mg. Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

- La fórmula de Estado Social de Derecho consagrada en el artículo primero de la C. P. en la medida en que *“el Estado se edifica a partir de la sociedad –de la que emana el poder público”- cuyos miembros participan en su construcción y su función y justificación no es otra que la de servir y proteger a la comunidad y darle efectividad a su ordenamiento.*<sup>162</sup>
- El principio pluralista del Estado reflejado en los artículos 1, 7, 8, 70 y 330 C.P. que se traducen en el respeto por la diversidad. *“Las costumbres constituyen una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo que, inclusive, se toman en cuenta para identificar una Nación y, (...) para reconocer una expresión singular de diversidad digna de ser amparada y promovida.*<sup>163</sup>
- La libertad, plasmada en postulados como los artículos 1, 2, 28 y 95 C.P. que encuentra su garantía si *“se ejerce en armonía con los derechos de los demás y de manera responsable. La costumbre (...) supone reglas de obligatorio cumplimiento, puestas y creadas espontánea y libremente por la sociedad, a través de las cuales sus miembros se autolimitan en aras de una sociabilidad deseable y de la protección de sus propios espacios de acción. (...) la juridicidad de la costumbre sea [es] una forma de garantizar la autonomía y la libertad de la sociedad misma y de su sana y fecunda capacidad creadora.*<sup>164</sup>
- Y la vigencia de un orden justo, impuesta como fin del Estado en el artículo 2 C. P., y como finalidad compromete a toda la comunidad y a cada uno de los individuos. Así la costumbre es *“la expresión viva de un sentimiento y una creencia arraigada de justicia (...) Excluir la costumbre como fuente del derecho (...) significaría privar al juez de preciosos elementos para dictar un fallo que consulte la justicia material.*<sup>165</sup>

**Los principios generales del derecho**, *“representan los cimientos axiológicos de las diversas categorías normativas; por ello, no es necesario que queden*

---

<sup>162</sup> Idídem.

<sup>163</sup> Idíd.

<sup>164</sup> Idíd.

<sup>165</sup> Idíd.

*reducidos a normas jurídicas, pues por sí mismos tienen validez universal.*<sup>166</sup> La importancia de los mismos ha sido reconocida por la Corte Constitucional al referirse a la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y la administración y que *“buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios generales constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.”*<sup>167</sup>

Son principios generales del derecho:

- Derechos adquiridos y meras expectativas. *“Por derechos adquiridos se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto orden que debe ser respetado.”*<sup>168</sup>
- Buena fe. Este principio de consagración constitucional –Art. 83- *“se traduce en la conciencia justa y honesta; no supone una especial conducta y constituye generalmente un valioso instrumento en la interpretación de los contratos”*<sup>169</sup> por lo que ha cobrado importancia atendiendo a la complejidad de las negociaciones actuales, el incremento en la especialidad de los contratos, el carácter técnico de sus contenidos, las continuas modificaciones de las condiciones inicialmente previstas, el enorme flujo de información que se incorpora a su celebración, los instrumentos tecnológicos que se han venido incorporando como la contratación por Internet, la especialidad del lenguaje utilizado y la ampliación y variedad de los

---

<sup>166</sup> BLANCO Zuñiga, Gilberto. Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Barranquilla (Colombia): Ediciones UNINORTE, 2007. p. 243.

<sup>167</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 446 de 1992. Bogotá: Mg. Ponente Ciro Angarita Barón.

<sup>168</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 17 de marzo de 1977 Citada por Ob. Cit. Bajo este principio se recoge la creación doctrinaria y jurisprudencial sobre derechos adquiridos que se había construido a la luz de la irretroactividad, retrospectividad y ultractividad de la ley, por la Ley 153 de 1887.

<sup>169</sup> *Idídem.* p. 253.

riesgos<sup>170</sup>; además de la vinculación de las personas de derecho privado como colaboradores de la Administración, en la actividad contractual.

- Error común creador de derecho. *“El fundamento de este principio es la apariencia según las circunstancias, tal que cualquiera podría equivocarse respecto de los derechos que pretende una persona.”*<sup>171</sup>
- Fraude a la ley. Traducido en la burla que se hace a la ley para evitar someterse a sus efectos.
- Improcedencia por el aprovechamiento en culpa y dolo propio. Es el conocido principio según el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa o dolo.
- Abuso del Derecho. Consagrado en el artículo 95 de la C.P. en el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, ha tenido también desarrollo legal en el código Civil y el Código de Comercio. Puede darse por acción –cuando la persona se extralimita en el ejercicio del derecho, ocasionando con ello un perjuicio- o por omisión –cuando no ejerciendo el derecho, teniendo el deber de hacerlo, se causa daño a una persona o a un conjunto indeterminado de personas.
- Teoría de la imprevisión. Desarrollada a partir de diversas teorías, en últimas se traduce en el surgimiento de circunstancias no previstas por las partes, porque no era siquiera posible su consideración, que alteran las condiciones pactadas y hacen imposible exigir el cumplimiento del negocio inicialmente celebrado.<sup>172</sup>
- Enriquecimiento sin causa. En virtud del cual nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. Encuentra su fundamento en el deber del Estado de proteger los bienes de las personas, su patrimonio –Art. 2 y 58 C.P.-. La Corte

---

<sup>170</sup> Idíd. p. 252 – 253.

<sup>171</sup> Idíd. p. 253. La Corte Suprema de Justicia ha establecido como elementos la apariencia de legalidad, la existencia de un error invencible, la buena fe del titular que el derecho protege con sus efectos y que la situación de hecho no tenga una reglamentación propia en la ley. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 20 de mayo de 1936 Parafraseado por Idíd. p. 254 – 255.

<sup>172</sup> Entre las teorías, BLANCO Zuñiga advierte las siguientes: Teoría de la presuposición, teoría de la base del negocio, teoría del equilibrio de las prestaciones, teoría de la buena fe, teoría de Emilio Betti, teoría del medio económico-jurídico, teoría del abuso del derecho y teoría de Llambías. Incluso es contemplada en diversas áreas del derecho, incluida la contratación con la administración pública (Ley 80 de 1993, Art. 5).

Suprema de Justicia ha establecido, como requisitos para su configuración, los siguientes: 1. Que exista un enriquecimiento, 2. Que se produzca un empobrecimiento correlativo, 3. Que el desequilibrio injusto entre ambos patrimonios se haya producido sin causa jurídica y 4. Que no exista una acción para poder reclamar el enriquecimiento indebido.<sup>173</sup>

Como contribución al sistema de fuentes del derecho resultan relevantes las funciones de los principios dentro del ordenamiento jurídico: 1. Función Creativa, dirigida a la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, en la medida en que los principios son ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación; 2. Función Hermenéutica o Interpretativa, en la medida en que son instrumentos para la interpretación de las normas jurídicas, la organización del sistema en su calidad de pautas para la resolución de los casos y plus para la elección de criterios de interpretación. Y 3. Función Integradora, tendiente a la superación de lagunas, esto es en caso de insuficiencia normativa concreta y específica.<sup>174</sup>

**La jurisprudencia**, puede ser desarrollada para su análisis dentro del sistema de fuentes a partir del concepto de familias jurídicas, concepto que se *“cimenta en los elementos de continuidad que pueden presentar determinados ordenamientos jurídicos.”*<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de noviembre de 1939 Parafraseada por Ob. Cit. p. 270.

<sup>174</sup> La Corte Constitucional ha establecido que los principios están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) servir de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas, y finalmente (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 815 de 2001, Mg. Ponente Rodrigo Escobar Gil Parafraseada por Idídem. p. 281.

<sup>175</sup> DELGADO Gamboa, Rodolfo y SÚAEZ Manrique, Wilson Yesid. *Los principales factores del sistema de fuentes* En Revista IUSTITIA, No. 8 Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Enero – Diciembre de 2010. ISSN 1692-9403.

En este sentido, el derecho de tradición romano-germana se formó atendiendo al antiguo derecho romana y el *Common Law* a partir de la práctica de los jueces Ingleses. De allí que la ley sea preponderante en el primer sistema, preponderancia que se refleja en el surgimiento de codificaciones que contienen mandatos abstractos deónticos; mientras que en el *Common Law*, las reglas establecidas por los jueces resultan menos abstractas que las regulaciones legales.<sup>176</sup>

Por lo anterior, la jurisprudencia es fuente formal del derecho en ordenamientos jurídicos que siguen el modelo inglés y la ley juega un papel residual. Mientras que en los ordenamientos jurídicos que integran la familia romano-germana, la ley es fuente formal del derecho y la jurisprudencia es criterio auxiliar. Es el caso del ordenamiento jurídico colombiano, salvo los avances que la Corte Constitucional ha gestado, tendientes a dotar de obligatoriedad al precedente.<sup>177</sup>

*“El fundamento de la Corte para implicar la obligatoriedad del precedente presupone la concepción del derecho como integridad<sup>178</sup>, un juez capacitado y unos valores imperiosos. ... tendencia muy anglosajona. La visión del derecho como integridad hace que el fundamento del fallo deba sopesar razones*

---

<sup>176</sup> En el sistema romano-germano las leyes sientan las bases sociales para un desarrollo en el futuro; en el *common law*, lo que se quiere es solucionar un conflicto en específico, restablecer cierto orden alterado, “la paz se encuentra amenazada entonces se procura su restablecimiento”, y no dar un fundamento de bases sociales o de desarrollo para el porvenir. El derecho romano-germano en principio estuvo atado al derecho civil, en cambio, el *common law* estuvo más referido al derecho público. Aquel, se instauró para regular relaciones entre ciudadanos y éste para regular situaciones entre los ciudadanos y el Estado.

<sup>177</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C – 836 de 2001 y C- 350 de 2009.

<sup>178</sup> Tal concepción resuena muy a fin con posturas Dworkinianas. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T - 321 de 1998. El derecho como integridad, según la Corte, representa la consecución o la pretensión de alcance de dos valores imperiosos en el ordenamiento: la seguridad jurídica y la igualdad. Dice que el precedente como desarrollo de la integridad del ordenamiento jurídico da seguridad a éste, pues, los jueces se encuentran obligados a seguir los lineamientos de los órganos de cierre, haciendo con ello posible que exista conciencia de cierta estabilidad normativa, impidiendo así la arbitrariedad que puede ser cometida cuando los jueces ostentan la facultad de interpretar la ley a su arbitrio. A su vez, la integridad conlleva a la igualdad en trato y protección, pues, si se tiene ciertos criterios uniformes y estables de racionalidad las decisiones de los jueces respetaran el derecho de igualdad de los que acuden a la jurisdicción.

*éticas, morales y políticas. ... del derecho como integridad, se le imprime al juez una función creativa, mediante la cual este debe integrar los diferentes elementos del ordenamiento jurídico con elementos éticos, morales o políticos.”<sup>179</sup>*

Se transforma así el rol del juez, a quien se le imponen funciones constructivas para hallar la respuesta adecuada al caso sometido a su conocimiento y entonces es una función creativa. Aquí cabe lo referido con anterioridad en relación con la *ratio decidendi*, el *obiter dicta*, de donde se concluye que

*“el criterio auxiliar que refiere la Constitución es a la jurisprudencia y a los dichos de paso. En cambio, la razón de decidir, la fuente del precedente, está fincada en la concepción de ley, como derecho. Así, pues, el precedente no haría parte de los criterios auxiliares de interpretación sino que bajo el rotulo de razón de decidir se deslizaría de forma subrepticia dentro de las fuentes formales.”<sup>180</sup>*

El fundamento jurídico del papel del juez en torno a la decisión correcta se encuentra consagrado en el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual es deber del juez

*“decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta para lo cual aplicará las leyes que regulen materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales del derecho sustancial y procesal”.*

Este mandato corresponde con el sistema complejo de fuentes que se desarrolla en el ordenamiento jurídico colombiano y a partir del cual la ley es fuente principal

---

<sup>179</sup> DELGADO Gamboa, Rodolfo y SÚAREZ Manrique, Wilson Yesid. *Los principales factores del sistema de fuentes* En Revista IUSTITIA, No. 8 Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Enero – Diciembre de 2010. ISSN 1692-9403.

<sup>180</sup> *Idídem*.

–con las precisiones realizadas en cuanto a lo que el término significa- y son criterios auxiliares los demás señalados en el Art. 230 de la C.P.

El deber que tiene el juez de fallar el caso, resalta la utilidad –e incluso la necesidad- de la existencia y aplicación de los criterios auxiliares de la actividad judicial. Es importante mencionar que el orden en el que son enunciados estos criterios auxiliares no establece jerarquía entre uno y otro, pues a la luz del derecho como integridad, su aplicación debe ser armónica en función de la resolución del caso, esto es de la concreción del derecho.<sup>181</sup>

Así ha dicho la Corte Constitucional

*“Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta debe guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior”<sup>182</sup>*

---

<sup>181</sup> En relación con el orden de aplicación, Humberto A. Sierra Porto propone otro orden lógico para estos criterios: “*la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y por último la equidad*”. SIERRA Porto, Humberto. Concepto y tipos de ley en la constitución Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 68.

<sup>182</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 083 de 1995. Bogotá: Mg. Ponente Carlos Gaviria Díaz.

### 1.2.3 Métodos de Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

El método de interpretación corresponde con la concepción entorno a la naturaleza ontológica del derecho, pues se refiere al proceso la creación del derecho y que puede organizarse a partir de dos líneas que son la idealista – desde la perspectiva de la validez- y la sociológica –desea la perspectiva de la eficacia-.

La concepción idealista privilegia la como jurídica la norma que se encuentre conforme al órgano legitimado, a los principios universales, y tiene una jerarquía superior; mientras que para la concepción sociológica, el sistema jurídico es un conjunto de normas inducidas de la realidad empírica, el derecho es un instrumento para alcanzar los fines (los cuales son el contenido de las constituciones), y tiene las metas programáticas a cuyo logro se debe orientar un Estado durante un periodo largo –son metas de llegada-. Para llegar a estas metas es necesario que el Estado, por medio de leyes y actos administrativos, vaya estableciendo metas parciales, de acuerdo a las necesidades más urgentes, recursos disponibles, condiciones de tiempo, modo y lugar en que las metas se deban alcanzar.<sup>183</sup>

Los métodos de interpretación pueden organizarse según la concepción idealista o sociológica. En el proceso de la aplicación de las normas, es decir en el derecho como ciencia aplicada. En la investigación jurídica, éste está integrado por las fuentes formales del derecho que son los postulados o el deber ser. El método de interpretación a las fuentes formales del derecho, se debe encaminar a desentrañar el significado del texto legal, y el alcance de los mandatos, tal método constituye la hermenéutica jurídica.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> GIRALDO Ángel, Jaime y GIRALDO López, Oswaldo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2007 p. 125 – 126.

<sup>184</sup> Idídem. p. 126.

La idealista habla que el derecho es autártico, y contiene el método exegético y sistemático, igualmente advierte que se interpreta al interior del ordenamiento jurídico –método sistemático- y su interpretación se hace con base en la voluntad de quien lo expidió sin olvidar que éste es el método exegético. En la corriente sociológica el derecho nace de la realidad social y este se interpreta en función de esta realidad social, el método que se usa es sociológico y dice que la norma debe abrirse a la realidad social que busca regular.<sup>185</sup>

La exégesis es aquella escuela fundada en el seno de la filosofía francesa, en donde se cultiva al culto a la ley, la norma en su intrínseca unidad la cual buscaba la concordancia en la legislación, evitar las contradicciones que éste presente, que no haya nada contradictorio en sus leyes bajo el principio de la seguridad jurídica, el criterio característico de este método es el culto superlativo a la ley, como máxima expresión de la voluntad soberana, generador único de la normatividad.<sup>186</sup>

Las técnicas que la exégesis utiliza son:

1. Técnica gramatical, que tiene como objeto la palabra, es el medio que permite la voluntad del soberano. Analiza el lenguaje, el significado de las palabras que conforman el párrafo normativo, todo lo referente a lingüística, a su morfología, su sintaxis, su ortografía. Busca otorgar un valor exacto a cada palabra del texto normativo, precisando el sentido de cada una de ellas.<sup>187</sup>
2. Técnica lógica, su objetivo es *“percibir la estructura del pensamiento, establecer las relaciones en que se encuentran entre si las partes individuales de la expresión normativa del legislador para establecer sus contenidos”*<sup>188</sup> aduce que el lenguaje es más que un sistema de signos, se establecen las

---

<sup>185</sup> Idíd.p. 126 - 127.

<sup>186</sup> GÓMEZ Serrano, Laureano. *Hermenéutica Jurídica: la interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley Ltda, 2008. p. 125.

<sup>187</sup> Idídem. p. 127.

<sup>188</sup> Idíd. p. 128.

relaciones de dependencia, es una deducción silogística, de lo particular a lo general, es un proceso lógico, donde primero se asientan las proposiciones.

3. Técnica histórica, *“cuyo objetivo es establecer los vínculos temporales de la norma, sus procesos evolutivos; en efecto, la personalidad positiva muta, cambia, unas veces modificando los conceptos dentro de los de los instrumentos a que recurre esta técnica, se halla la exploración de los textos normativos, el examen de sus antecedentes, de las discusiones parlamentarias, de los textos preparatorios y de los análisis doctrinales”*<sup>189</sup>, es la técnica por la cual los exégetas se aproximan al conocimiento de la norma recogiendo la historia de su expedición, para colegir de ella la interpretación del legislador.

El Método sistemático parte de la concepción filosófica según la cual el derecho constituye un sistema, de tal manera que la norma debe ser comprendida como una parte de un sistema, y debe ser interpretada, para aplicarla a lo casos concretos, teniendo en cuenta su funcionalidad dentro del mismo, nada es aislado, por cuanto todo está en conexión con todo.<sup>190</sup>

Nuestra legislación acoge el método sistemático cuando el artículo 30 del código civil dice:

*“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*

*Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”* Se establece aquí el contexto jurídico que sirve de complemento para aclarar lo que una ley quiere decir.

---

<sup>189</sup> Idíd. p. 132.

<sup>190</sup> GIRALDO Ángel, Jaime y GIRALDO López, Oswaldo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2007 p. 140 – 146.

El artículo 32 del código civil agrega que *“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”*.

Este método

*“pretende derivar el significado, de la disposición normativa de su ubicación en el sistema jurídico, en el contexto en que está ubicada, bien sea en su conjunto o en el de un subsistema, esto es, del conjunto de disposiciones que regulan determinada materia o determinada institución, entendiendo que el sistema jurídico y los subsistemas que lo componen constituyen un conjunto de normas coherentes, sin contradicciones ni antinomias, y completo, sin lagunas.”*<sup>191</sup>

Se trata aquí de establecer la ubicación de la norma en el sistema, el papel que esta determina y la determinación que se le otorga en el conjunto jurídico en sí, de los principios que lo regulan.

Son técnicas del método sistemático:

1. Integración de la institución a través del precepto constitucional, en esto demuestra la supremacía de un precepto constitucional al enfrentarse a una norma de menor jerarquía.
2. Integración de la institución en función de la división formal del ordenamiento jurídico, la legislación se divide por: códigos, y dentro de ellos se puede dividir por libros títulos, capítulos, secciones y suscepciones. Cada división tematiza una materia con disposiciones que guardan relación entre sí, y que tipifica y definen las distintas instituciones. En nuestra legislación se distingue la civil, la

---

<sup>191</sup> Ob. Cit. p. 132.

laboral, la penal y la administrativa; la civil se divide en personas, viene contratos y sucesiones, como ejemplo de esto los contratos se dividen en arrendamiento, permuta, compraventa, etc. El alcance está determinado por el contenido temático de las divisiones dentro de las cuales se encuentra.<sup>192</sup>

3. Integración por inducción, es una institución que se realiza cuando el intérprete, con base en las distintas normas que se refiere a ella la norma en que se funda la solución del problema, para determinar su alcance. Esta es similar a la anterior, pero ésta la crea la jurisprudencia o la doctrina.<sup>193</sup>

El Método Sociológico concibe la construcción del derecho a partir de la realidad social, adecuación de las metas políticas a la realidad social. En esta concepción sociológica del derecho, un orden jurídico está conformado por dos clases de norma: Las que tienen los fines políticos del Estado y las que establecen los medios requeridos para alcanzarlos.

Los fines políticos son metas que se propone alcanzar un Estado en un tiempo determinado las cuales constituyen el catálogo de derechos que se consagran a favor de los ciudadanos y que se van materializando paso a paso en realizaciones progresivas, precedidas inicialmente por un desarrollo normativo que se plasma en leyes, decretos y demás actos administrativos que les va dando concreción, hasta hacerlos viables empíricamente.<sup>194</sup>

Son postulados políticos, el derecho tiene que hundir sus raíces en la realidad social para que pueda ser eficaz. Por lo que al momento de interpretarse se debe procurar:

1. La inducción de las normas instrumentales a partir de la realidad social, la norma es, en este aspecto, meramente instrumental, un medio para alcanzar

---

<sup>192</sup> GIRALDO Ángel, Jaime y GIRALDO López, Oswaldo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2007 p. 147 – 148.

<sup>193</sup> *Idídem.* p. 149.

<sup>194</sup> *Idídem.* p. 151.

un fin, las normas son ideas de lo que debe ser, ideas tanto más eficaces, cuanto más próximo estén a la realidad que pretenden regular: son ideales en un permanente proceso de construcción desde cuando nace la decisión política de alcanzar una meta, hasta cuando se formula como hipótesis de lo que se debe hacer para lograrlo, pasando lentamente por el proceso de decantación de la realidad empírica que le dice a donde en concreto deben llegar, y cuantos obstáculos deben vencer para ello.<sup>195</sup>

2. El método sociológico es equivalente a la valoración judicial.<sup>196</sup>
3. Para que un derecho sea eficaz, se requiere formularlo al interior de una concepción sociológica del mismo, no se puede decir que una norma es eficaz, si no en la medida en que alcance el fin para el cual fue formulada, y ello sólo es posible si la meta se adecua las necesidades reales, y si los medios se definen teniendo en cuenta las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ella debe basarse.<sup>197</sup>

En el ordenamiento colombiano se denota una permanente preocupación por lograr la preeminencia del derecho sustancial, de alcanzar la realización material de los derechos establecidos a favor de los asociados, en la medida en que se interprete sociológicamente.

La equidad implica la aplicación del orden jurídico teniendo en cuenta las condiciones concretas en que el debe operar, tal como se estableció como fuente formal del derecho, es decir el alcance de las normas se establecen al interior de la realidad social, este mismo principio se consagra en el artículo 32 del Código Civil.

En la Constitución Política de Colombia de 1991 se establece la equidad como guía orientadora en el proceso hermenéutico, cuando en el artículo 230 en el

---

<sup>195</sup> Idíd. p. 151 – 152.

<sup>196</sup> Idíd. p. 151 – 154.

<sup>197</sup> Idíd. p. 155 – 156.

inciso 2 es un criterio auxiliar de la actividad judicial, y en artículo 116 inciso 4 prevé que los particulares podrán administrar justicia en derecho o en equidad, reduciendo el ámbito que debe responder a la realidad social.<sup>198</sup>

Las técnicas de interpretación en el método sociológico, la interpretación de la norma en función del fin pragmático de la misma, y de la realidad en donde debe operar, pues el derecho es un producto cultural elaborado por el legislador, cuyo fruto es el derecho positivo, es el fin concreto para el cual fue formulado para establecer el alcance de la norma que se está interpretando en función de dicho fin, teniendo en cuenta las condiciones de lugar, tiempo y modo en que se debe materializar.<sup>199</sup>

Interpretación de la norma, en función del contenido sociológico de sus términos, es una de las técnicas de este método es la búsqueda social del significado de las palabras, y puede hacerse por dos caminos:

1. La interpretación intuitiva de los términos de la norma, el interprete debe tener en cuenta que el significado de los términos de una norma esta adherido a la realidad social que expresa, y que en consecuencia conceptos tales como familia, trabajador o comerciante apuntan a elementos de la estructura social y no a entelequias conceptuales abstractas.
2. Interpretación de la norma al interior de una institución social científicamente definida, los elementos constitutivos de las normas pueden haber sido objeto de estudio científico por parte de profesionales de distintas aéreas del saber, como fenómenos empíricos que son seña entonces en función de los

---

<sup>198</sup> Idíd. p. 151.

<sup>199</sup> Idíd. p. 157.

resultados de estos estudios como se deben definir los términos que la integran.<sup>200</sup>

De esta manera se presenta lo referido a los métodos de interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano, de donde se puede inferir la preferencia hacia las perspectivas de validez y eficacia.

---

<sup>200</sup> *Idíd.* p. 168.

## **2. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS DE DERECHO PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Una vez concluida la revisión teórica propuesta sobre las teorías sobre fuentes del derecho y sus métodos de interpretación, es posible adentrarnos en algunas características de la relación contractual que ha motivado el desarrollo de este trabajo: la relación contractual de las personas de derecho privado con la Administración Pública, ideas que se presentan a continuación.

El propósito del presente capítulo radican en la descripción de las principales características de la relación contractual de las personas de derecho privado con la Administración Pública a fin de comprender la importancia de la misma para el desarrollo económico y social y en consecuencia la importancia de la solución judicial de los conflictos que se presentan en el devenir de la misma. En este sentido se justifican las referencias realizadas en este capítulo, pues sobre las mismas se enfrenta el TAS a diario para la solución de sus conflictos.

### **2.1 NATURALEZA Y FINES**

El cumplimiento de los fines estatales convoca en su ejercicio a todos los miembros del Estado, haciendo uso de diferentes medios que el ordenamiento jurídico ha dispuesto, es el caso del contrato que las Personas de Derecho Privado suscriben con la administración pública dentro de un régimen especial que busca *“...el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación*

*de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran (...) en la consecución de dichos fines*<sup>201</sup>.

Lo anterior se justifica en la medida en que Colombia, como Estado Social de Derecho, se funda, entre otros, en el principio de solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general, y se encuentra instituida como Estado para alcanzar los fines consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política entre los cuales se resalta servir a la comunidad, promover la prosperidad general y facilitar la participación de todos en la vida económica, política y administrativa de la Nación.

Son destacables los principios que anteceden por cuanto la Administración Pública<sup>202</sup>, en virtud del deber constitucional de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, desarrolla la función administrativa en los términos establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

La actividad contractual de la administración encuentra su razón de ser en los deberes y fines del Estado tendientes a *“(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”*<sup>203</sup> así como la prestación de servicios, bajo los postulados propios del Estado Social de Derecho que permiten la organización y distribución de las funciones por su carácter de República Unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales con fundamentos

---

<sup>201</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993. Art. 3

<sup>202</sup> Término incorporado en la Constitución Política de Colombia en el inciso final del artículo 209 para referirse a las autoridades administrativas en ejercicio de la función administrativa, por lo que constituye un término que en virtud del criterio funcional puede reunir los conceptos de Entidad Estatal, propio del régimen de contratación. Por esta razón en el presente trabajo se utilizará el término de Administración o Administración Pública para referirnos a la Entidad Estatal.

<sup>203</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, Constitución Política de 1991. Artículo 2.

en la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general<sup>204</sup> pues la organización política del Estado obliga a *“combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección”*<sup>205</sup>, de allí que se imponga el ejercicio de la función pública a través de la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones y para el servicio de los intereses generales en los términos del Art. 209 constitucional al establecer los principios rectores de la actividad administrativa del Estado, observables en todo su ejercicio.

Son los anteriores elementos los que hacen posible la participación de las Personas de Derecho Privado en el desarrollo del país, a partir de la cual se justifica la necesidad de que la administración contrate con aquellas la prestación de servicios, el desarrollo de obras y el suministro de bienes, dentro de otras actividades que debe desarrollar como Estado, pero que por sus limitados recursos le es imposible hacerlo solo, haciendo que la actividad contractual requiera de la participación de los particulares a través de la suscripción de contratos estatales, naciendo con ello una relación necesaria entre dos personas de distinta naturaleza. Puesto que en cumplimiento del deber de asumir la prestación de los servicios, y ante la falta de recursos suficientes, la Administración

*“debe invitar a los particulares a que colaboren con él en el cumplimiento de esa función pública, no ya en calidad de empresas privadas sino como contratistas estatales a través de contratos de concesión, operación o similares. Pero sí, a su turno, se desincentiva la participación de estos inversionistas al no dar las garantías contractuales suficientes necesarias\_*

---

<sup>204</sup> Idídem. Artículo 1.

<sup>205</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T – 426 de 1992 citado por Gómez, Francisco. *Constitución Política de Colombia Anotada*; Bogotá, Colombia: Leyer. 2004. p. 13.

*la consecuencia inmediata es la imposibilidad de satisfacer las necesidades básicas de las clases más pobres.*<sup>206</sup>

## **2.2 PERSONAS DE DERECHO PRIVADO – ADMINISTRACIÓN: UNA RELACIÓN NECESARIA.**

Analizar algunos aspectos característicos de la actividad contractual en términos generales, hacen necesario el estudio de la relación que surge entre el Personas de Derecho Privado y el Estado y de sus características, máxime cuando la misma se desenvuelve dentro de un régimen especial regido por normas del derecho privado y normas del derecho público, y al cual las Personas de Derecho Privado ingresan voluntariamente en ejercicio de su actividad empresarial, esperando obtener una utilidad por un servicio prestado a la Administración Pública.

Son partes de la relación contractual con el Estado, la Administración Pública y el Personas de Derecho Privado, la primera en calidad de contratante y el segundo en calidad de contratista. Mientras la Administración ingresa en la relación contractual con el objetivo de satisfacer el interés general a partir de la garantía de bienes y servicios a la comunidad y con ello cumplir con los fines que le han sido impuestos, las Personas de Derecho Privado buscan obtener utilidad, por el servicio prestado, sin que ello no signifique que colabora con el Estado en el cumplimiento de sus fines.

Como contratante en esta relación contractual la Administración se denomina entidad estatal y se integra por

---

<sup>206</sup>Montes, Susana. La solución de controversias contractuales por la vía arbitral en *Revista de derecho público* (No. 14), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes). 2002. p. 140 Recuperado el 21 de mayo de 2010 de [http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14\\_A9.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14_A9.pdf)

*la Nación<sup>207</sup>, las regiones<sup>208</sup>, los departamentos<sup>209</sup>, las provincias<sup>210</sup>, el distrito capital<sup>211</sup> y los distritos especiales<sup>212</sup>, las áreas metropolitanas<sup>213</sup>, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas<sup>214</sup> y los municipios<sup>215</sup>; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria<sup>216</sup>, cualquiera que sea la denominación que ellas adquieran, en todos los órdenes y niveles. Así mismo lo son el Senado de la República<sup>217</sup>, la Cámara de Representantes<sup>218</sup>, el Consejo Superior de la Judicatura<sup>219</sup>, la Fiscalía General de la Nación<sup>220</sup>, la Contraloría General de la República<sup>221</sup>, la contralorías departamentales<sup>222</sup>, distritales<sup>223</sup> y municipales<sup>224</sup>, la Procuraduría General de la Nación<sup>225</sup>, la Registraduría Nacional del Estado Civil<sup>226</sup>, los ministerios<sup>227</sup>, los departamentos administrativos<sup>228</sup>, las superintendencias, las unidades administrativas*

---

<sup>207</sup> Regulado constitucionalmente por el Art. 114, 115 y 188 a 208 de la Constitución Política de Colombia - CP.

<sup>208</sup> *Idídem*, Arts. 285 a 296 y 306 a 307 CP.

<sup>209</sup> *Idídem*, Arts. 285 a 310 CP.

<sup>210</sup> *Idídem*, Arts. 285 y 321 CP.

<sup>211</sup> *Idídem*, Arts. 285 a 310 y 322 a 328 CP.

<sup>212</sup> *Idídem*, Arts. 285 a 310 y 322 a 328 CP.

<sup>213</sup> *Idídem*, Arts. 285 y 319 CP.

<sup>214</sup> *Idídem*, Arts. 285 a 310 y 329 a 330 CP.

<sup>215</sup> *Idídem*, Arts. 285 a 296 y 311 a 320 CP.

<sup>216</sup> *Idídem*, Art. 210 CP.

<sup>217</sup> *Idídem*, Arts. 114 y 132 a 187 CP.

<sup>218</sup> *Idídem*.

<sup>219</sup> *Idídem*, Arts. 254 a 257 CP.

<sup>220</sup> *Idídem*, Arts. 249 a 253 CP.

<sup>221</sup> *Idídem*, Arts. 117, 119 y 267 a 274 CP.

<sup>222</sup> *Idídem*, Arts. 117, 119 y 272 CP.

<sup>223</sup> *Idídem*.

<sup>224</sup> *Idídem*.

<sup>225</sup> *Idídem*, Arts. 117, 118 y 275 a 284 CP.

<sup>226</sup> *Idídem*, Art. 266 C.P.

<sup>227</sup> *Idídem*, Arts. 114, 115 y 188 a 187 a 208 CP.

<sup>228</sup> *Idídem*.

*especiales y, en general, los órganos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.*<sup>229</sup>

El régimen contractual de las diferentes entidades mencionadas ha sido definido a partir de las normas en materia de contratación estatal, siendo la última la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentaciones, sin embargo para estos efectos interesa señalar que de una u otra manera todas cuentan con fundamento constitucional que permite su regulación legal y reglamentaria; además de advertir que en un contrato estatal alguna de ellas, o varias, intervendrán como parte contratante.

En virtud de las regulaciones existentes, la Administración como parte en la relación contractual objeto de estudio, *“busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos<sup>230</sup> y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”<sup>231</sup>*. Por lo que deberá dirigir su acción para que el contrato se desarrolle en las mejores condiciones, imponiendo ciertas cargas que han sido consagradas en el Art. 4 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, la nueva fórmula de Estado Social de Derecho, establecida con la Constitución Política de 1991, involucra a los particulares con el desarrollo del país, extendiendo a los mismos el ejercicio de la función pública en casos expresamente consagrados como tal,

*“\_a través de (i) su injerencia en ámbitos o instancias de gestión pública a cargo de Estado (como usuarios, como consumidores, en defensa del medio ambiente, en la legalidad de los procesos administrativos, etcétera), (ii) su participación en la toma de decisiones a cargo del Estado (en la determinación del plan nacional de desarrollo, de los planes*

---

<sup>229</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993. Art. 2.

<sup>230</sup> Idíd. Art. 365 C.P.

<sup>231</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993, Art. 3.

regionales -artículos 340 y 341-, en las consultas populares para toma de decisiones administrativas (artículo 342) y (iii) la contratación o participación de los particulares en la gestión misma o realización de las funciones estatales<sup>232</sup> (Subrayado fuera de texto)

Circunstancias que “*indican claramente que el querer constitucional es una amplia participación de los particulares en todas las expresiones de la vida nacional*”<sup>233</sup>. Por lo que en el otro extremo de la relación contractual objeto de estudio se encuentran las Personas de Derecho Privado en virtud del principio de solidaridad y el deber que se les impone de contribuir con el desarrollo del país y el bienestar de la población, contando con los medios para contribuir con la prestación de los servicios, el desarrollo de obras y el suministro de bienes que el Estado requiere para cumplir con sus fines y deberes, teniendo en cuenta que al celebrar y ejecutar un contrato estatal colaboran con las entidades estatales en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones<sup>234</sup>, sin que ello signifique carencia de derechos, pues la Ley 80 de 1993 ha consagrado en su artículo 5 los deberes y derechos de los contratistas, los cuales deberán ser respetados por parte de la administración. Las Personas de Derecho Privado deberán tener capacidad jurídica para contratar, lo que implica reunir la condición de persona, sea natural o jurídica, en los términos de la ley civil o comercial, así como los consorcios y uniones temporales<sup>235</sup>. Para estos efectos el Art. 73 del Código Civil ha señalado que las personas son naturales o jurídicas, las primeras son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición<sup>236</sup> en concordancia con el derecho constitucional al

---

<sup>232</sup> Montes, Susana. La solución de controversias contractuales por la vía arbitral en *Revista de derecho público* (No. 14), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes). 2002. p. 139 Recuperado el 21 de mayo de 2010 de [http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14\\_A9.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14_A9.pdf)

<sup>233</sup> Montes, Susana. La solución de controversias contractuales por la vía arbitral en *Revista de derecho público* (No. 14), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes). 2002. p. 139 Recuperado el 21 de mayo de 2010 de [http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14\\_A9.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14_A9.pdf)

<sup>234</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 de 1993. Artículo 3.

<sup>235</sup> Regulados por el Art. 7 de la Ley 80 de 1993.

<sup>236</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Civil. Artículo 74.

reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>237</sup> y la presunción de capacidad en los términos del Art. 1503 y siguientes del Código Civil. Por su parte son personas jurídicas de derecho privado aquellas cuya creación emana de la iniciativa privada<sup>238</sup>, caracterizándose *“básicamente por la causa que las anima, es decir por el lucro que persiguen en el desarrollo de sus actividades. Sin embargo existen personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, como pueden serlo las fundaciones y algunas corporaciones”*<sup>239</sup>. La persona jurídica<sup>240</sup> es definida por el Art 633 del Código Civil como *“una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*.

Por lo anterior, se entiende que las Personas de Derecho Privado colabora con la Administración Pública *“en el logro de sus fines y cumplen una función social que como tal, implica obligaciones”*<sup>241</sup>, obteniendo como contraprestación una utilidad que satisface sus intereses y que responden a la naturaleza de sus actividades.

La actividad económica que ejerce la persona de derecho privado, se configura en *“la ejecución sistemática de determinadas operaciones, bajo una organización, a base de utilización estable de medios adecuados”*<sup>242</sup>.

Las actividades económicas son múltiples y se encuentran entre ellas desde la agricultura, ganadería y silvicultura, hasta la aseguradora, bursátil, financiera, pasando por la construcción, las comunicaciones, el transporte y las de servicios en general, entre otras<sup>243</sup>. Aunado a lo anterior, sin dar relevancia a la simplicidad o complejidad de la actividad, las actividades empresariales *“se exteriorizan en*

---

<sup>237</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONSTITUCIÓN Política de 1991. Artículo 16.

<sup>238</sup> Tafur, Álvaro. *Código Civil Colombiano Anotado*. Bogotá D.C; Colombia: Leyer. 2004, p. 31.

<sup>239</sup> *Idídem*.

<sup>240</sup> Reguladas en los artículos 633 a 652 del Código Civil Colombiano.

<sup>241</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993, Art. 3.

<sup>242</sup> *Idídem*. p. 52)

<sup>243</sup> *Idídem*.

*actos, operaciones y hechos coetáneos y autónomos vinculados económica y jurídicamente.*<sup>244</sup>

Por su parte la Persona de Derecho Privado, puede estar organizada de manera individual, social, colectiva, privada o pública, incluso el Estado a partir de la descentralización territorial o por servicios.

Las Personas De Derecho Privado individual, “*es la persona natural que crea u obra como titular de una empresa*”<sup>245</sup>, incluso sin ejercer ella misma la dirección y coordinación de los elementos de su empresa, pues puede delegarlos a otras personas. Esta forma de empresa es la preferida cuando se busca autonomía más que potencialidad económica.

Las Personas De Derecho Privado social, “*es cualquiera de las formas asociativas dotadas de personalidad jurídica*”<sup>246</sup>, en cumplimiento de los requisitos de existencia y publicidad. Adquiere la calidad de Persona con el acto de constitución.

Las Personas de Derecho Privado colectivo, es el formado por “*dos o más personas que ejercen conjuntamente actividades económicas, con los medios organizados para tal fin*”<sup>247</sup> que asume la calidad de empresario sin necesidad de estar dotado de personalidad jurídica, es el caso de las sociedades de hecho, los consorcios, las cuentas en participación, pero que superan la simple personalidad física.<sup>248</sup>

Para efectos del presente trabajo, Personas de Derecho Privado contratista es aquel representado como empresario individual, social, colectivo y privado que en

---

<sup>244</sup> Idíd. p. 51.

<sup>245</sup> Idíd. p. 99.

<sup>246</sup> Idíd.

<sup>247</sup> Idíd.

<sup>248</sup> Idíd. p. 99 y 100.

desarrollo de sus actividades se involucra con la Administración Pública a través de la suscripción de un acuerdo de voluntades en los términos y requisitos establecidos para éste, con el fin de contribuir en el cumplimiento de los fines del Estado y obtener como contraprestación una utilidad económica. Lo anterior en cumplimiento de uno de los deberes constitucionales previstos para las Personas De Derecho Privado: *“Cumplir las obligaciones que implica la función social de la propiedad<sup>249</sup> y la función social de la empresa<sup>250</sup>*

Los desarrollos que ha realizado el derecho mercantil, han sido asumidos por el régimen de contratación estatal como exigencias para el contratista, atendiendo a la importancia del contrato como instrumento para el cumplimiento de los fines estatales, así encontramos la consagración de deberes y derechos<sup>251</sup> para el contratista y la exigencia de la capacidad para contratar<sup>252</sup> y con ello el régimen de inhabilidades e incompatibilidades<sup>253</sup>, entre otros requisitos que debe reunir el contratista al momento de suscribir un contrato con la Administración.

Los derechos y deberes de las personas de derecho privado que contratan con la Administración, se traducen en:

- El derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que su valor no se altere o modifique en la vigencia del contrato, y como consecuencia el deber de la Administración de restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevisibles no imputables a la persona de derecho privado.

---

<sup>249</sup> Advierte el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia que *“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.”* De allí que el Estado tenga el deber de proteger y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad.

<sup>250</sup> Idíd. p. 101. Advierte el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia que *“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.”* De allí que el Estado tenga el deber de fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial.

<sup>251</sup> Consagrados en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

<sup>252</sup> Consagrada en el artículo 6 Idídem.

<sup>253</sup> Consagrada en el artículo 8 Idíd..

- El derecho de acudir ante las autoridades para exigir el respeto de sus derechos, sin que la Administración tome represalias por este hecho.
- El deber de contribuir con la administración en el cumplimiento del objeto del contrato, acatando las órdenes de la administración y obrando con lealtad y buena fe.
- El deber de garantizar y responder por la calidad de los bienes y servicios contratados.
- El deber de no acceder ante peticiones y amenazas y de informar a la Administración de este hecho.

El estatuto de la contratación estatal exige que la Personas de Derecho Privado contratista acredite su capacidad para contratar<sup>254</sup>, consagrando que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y las uniones temporales.”*<sup>255</sup> E imponiendo a las personas jurídicas el deber de acreditar que su existencia es superior al plazo del contrato y un año más. De igual manera es importante el concepto que trae la Ley 80 de 1993 sobre Consorcios y Uniones Temporales

*“cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”*

---

<sup>254</sup> Como uno de los elementos esenciales de todo contrato en los términos del Art. 1502 del Código Civil, que exige que para que una persona se obligue es necesario que sea legalmente capaz.

<sup>255</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993, Art. 6.

*“cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.*

En concordancia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido al Consorcio como

*“una figura jurídica propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso.”<sup>256</sup>*

Existen entonces parámetros de existencia y capacidad a los que debe atender la persona de derecho privado para garantizar que el acuerdo de voluntades que suscribe con la Administración no adolezca de inexistencia por falta de capacidad como elemento esencial de todo contrato.

En este sentido tanto administración como persona de derecho privado cuentan dentro de la relación contractual con los mismos derechos y obligaciones, por encontrarse en igualdad, pese a los privilegios que pueda ostentar la administración al ejercer control y vigilancia del contrato, pues

---

<sup>256</sup> Corte Constitucional, 1994, C -414 Citada por el Consejo de Estado en Sentencia 14494 Sec. Cuarta.

*“ \_ es claro que la actuación de la Administración dentro de una relación contractual tiene una naturaleza distinta a aquella que cumple cuando actúa en función de imperio. En este caso, tiene un comportamiento similar al del particular dentro de la relación contractual, aun cuando tenga prerrogativas especiales.”<sup>257</sup>*

### **2.3 EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: EL CONTRATO ESTATAL**

Desde épocas pretéritas el contrato ha sido el mejor instrumento para realizar la conmutación de bienes y servicios. Con el propósito de cumplir con *“los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”<sup>258</sup>*, surge el contrato con la administración pública, entendido como el acuerdo de voluntades entre las Personas de Derecho Privado y la administración para la satisfacción de los fines antes descritos, en el cual se armonizan los principios del contrato de naturaleza privada con las exigencias propias del derecho público.

El Contrato estatal es concebido como un *“acto de colaboración, de seriedad y de equidad para el logro de finalidades del interés general sometido a los postulados de la autonomía de la voluntad, de la buena fe y de la legalidad.”<sup>259</sup>*

El postulado de la autonomía de la voluntad si bien ha sido muy cuestionado en el contrato estatal, no es menos cierto que es el principio que rige la formación de

---

<sup>257</sup> Montes, Susana. La solución de controversias contractuales por la vía arbitral en *Revista de derecho público* (No. 14), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes). 2002. p. 141 Recuperado el 21 de mayo de 2010 de [http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14\\_A9.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14_A9.pdf)

<sup>258</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993, Art. 3.

<sup>259</sup> Betancur Cuartas. Nuevo Estatuto general de la contratación administrativa, Dike, Bogotá, 1995. Prefacio Citado por Benavides José Luis. El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

todo tipo de contratos, incluidos los que se celebran con el Estado, con la diferencia de que en la formación y ejecución de dicho contrato juegan un papel de suma trascendencia las prerrogativas de la administración con el objetivo de salvaguardar el interés general. En este sentido la Ley 80 de 1993 ha implementado un modelo de contratación con la administración que pretendió

*“... moldear el contrato estatal según los lineamientos del Código Civil, con algunas notas características, como las prerrogativas unilaterales de la administración (cláusulas excepcionales) y la protección de la economía del contratista (equilibrio económico). Del proyecto se llegó a un estatuto que es modelo de “equilibrio”, sin detrimento de la exigencia suprema del interés público”<sup>260</sup>.*

De conformidad con lo dicho anteriormente, es claro que la relación jurídica que surge producto de la celebración de un contrato administrativo es regida por principios propios del derecho privado y del derecho público. Así las cosas, el contrato entre las Personas de Derecho Privado y la administración es *ley para las partes*, lo cual denota, en principio, la igualdad de condiciones en las que ellas se encuentran dentro del contrato, sin perjuicio de las prerrogativas que ésta se reserva para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato. En este sentido el contrato como acuerdo de voluntad y ley para las partes, es inmodificable de manera unilateral y no se podrá alterar por la expedición de disposiciones de carácter legal o reglamentario, salvo lo establecido en los artículos 15 y 27 de la ley 80 de 1993, los cuales ante el acaecimiento de dichas situaciones, en todo caso, buscan garantizar un equilibrio económico para las partes.

No obstante la gran influencia del derecho privado en el contrato estatal, el estatuto de contratación estatal se ha dado a la tarea de definir el concepto de

---

<sup>260</sup> LAMPREA Rodríguez, Pedro A. Contratos Estatales. Editorial Temis S. A. Bogotá D. C., 2007, p. 23

contratos estatales, señalar sus características y principios reguladores, así como de otorgar facultades excepcionales a la Administración.

En torno al concepto de contrato, estos se pueden definir como *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto<sup>261</sup>, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”<sup>262</sup>*, señalando entre ellos el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios, el contrato de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública.

Se deduce entonces que la naturaleza y clasificación de los contratos estatales en principio resulta ser la misma consagrada por el derecho privado, salvo algunas precisiones que el estatuto de contratación hace frente a contratos como:

- El contrato de obra, entendido como *“los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”<sup>263</sup>*
- El contrato de consultoría, entendido como *“(…) los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos específicos, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

---

<sup>261</sup> Nota fuera de texto: Entidades estatales descritas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

<sup>262</sup> República de Colombia, Ley 80 de 1993, Art. 32.

<sup>263</sup> *Idíd.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la Interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*<sup>264</sup>

- El contrato de prestación de servicios, entendido como *“los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”*<sup>265</sup>
- El contrato de concesión, entendido como

*“los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación o conservación total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”*<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> Idíd.

<sup>265</sup> Idíd.

<sup>266</sup> Idíd.

- Los encargos fiduciarios y fiducia pública, son aquellos que celebran las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) y tienen por objeto *“la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.”*<sup>267</sup>

La clasificación que antecede ha sido precisada atendiendo a los intereses del presente trabajo, pues la misma permite entrar en el próximo aparte en el tema de las potestades excepcionales de la administración, conocidas como cláusulas excepcionales, atendiendo a la naturaleza de las mismas.

---

<sup>267</sup> Idíd.

### **3. CONFLICTOS CONTRACTUALES DE LAS PERSONAS DE DERECHO PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN EN SANTANDER**

El desarrollo del presente trabajo de investigación se hace a partir de un enfoque cualitativo teniendo en cuenta que busca interpretar la realidad de los fallos de primera instancia proferidos por el Tribunal Administrativo de Santander – TAS en acciones contractuales, en el periodo 2008 – 2009, desde una perspectiva hermenéutica que se funda en la división trilemática de legitimidad – validez – eficacia.

Por lo anterior, el alcance de la presente investigación es descriptivo e interpretativo en la medida en que, desde la perspectiva de la triada legitimidad – validez – eficacia, se analiza la realidad de los fallos objeto de estudio con el fin de identificar el sistema de fuentes del derecho y los métodos de interpretación empleados en los argumentos que permitieron tomar la decisión adoptada en cada caso, ubicándolos de acuerdo a la solución que dan al conflicto, sea desde la perspectiva de la legitimidad, la validez o la eficacia o una mixtura que pueda generarse por el empleo de una u otra.

La unidad de análisis del presente trabajo de investigación parte de la relación contractual que surge entre el empresario y la administración pública como una relación necesaria para el desarrollo económico y social por el deber de cumplimiento de los fines que le asisten al Estado, deber al que se vincula el empresario como colaborador. Como en desarrollo de toda relación surgen conflictos de intereses que pueden afectar el cumplimiento del objeto contractual y con ello el de los fines estatales, es de vital importancia que los mismos sean solucionados, siendo la vía judicial la más concurrida, otorgando al juez el poder de definir el destino de las relaciones contractuales del empresario con la

Administración Pública, circunstancia que fortalece el papel del Juez, y en este caso del TAS, por ser el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso – administrativa en Santander.

En este sentido, para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se han elegido los 16 fallos de primera instancia que fueron proferidos por el TAS en acciones contractuales durante el periodo 2008 – 2009 atendiendo a que:

- Las acciones contractuales, a diferencia de otras acciones que son de conocimiento del TAS, requieren de un mayor análisis que permita tomar la decisión idónea a fin de resolver el conflicto, circunstancia que hace que un fallo sea proferido empleando un mayor tiempo, que el fallo de otras acciones.
- Los fallos proferidos en el periodo elegido responden a conflictos suscitados en los años 90, incluso en vigencia del Decreto 222 de 1983, por lo que elegir fallos proferidos en años anteriores al periodo 2008 – 2009, implica conocer conflictos aún más alejados en el tiempo.
- El argumento anterior permite mostrar también cómo se da solución a conflictos surgidos una vez entra en vigencia la Constitución Política de 1991 y la Ley 80 de 1993. La primera por el lugar que entra a ocupar en el ordenamiento jurídico colombiano como norma de normas y la segunda como referente legal diseñado para el desarrollo de la actividad contractual de la Administración Pública.

Durante el periodo 2008 – 2009 el Tribunal Administrativo de Santander – TAS dirimió 16 conflictos contractuales en primera instancia, de los cuales 14 fueron promovidos por la persona de derecho privado y dos por la Administración. Estos fallos pueden organizarse como se muestra en el Cuadro No. 5 del presente documento.

**Cuadro 5. Sentencias de Primera Instancia de acciones contractuales  
proferidas por el TAS en el periodo 2008 - 2009**

No.	RAD.	MG. Ponente	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA SENTENCIA
1	2002 - 1576	Julio Ramos	Fábrica de carretillas león - Abdón León	Nación - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Cárcel Distrito Judicial Bucaramanga	27/08/2009
2	2000 - 1514	Milciades Rodríguez	Corporación para la investigación y desarrollo en asfaltos en el sector transporte e industrial "Corasfaltos"	Departamento de Santander	31/07/2008
3	1998 - 1623	Francy del Pilar Pinilla	Javier Pereira Areiza	Municipio de Bucaramanga	28/05/2009
4	2000 - 1815	Francy del Pilar Pinilla	Estudios Técnicos y Asesorías S. A. ETA S. A.	Departamento de Santander	10/12/2009
5	2000 - 2535	Solange Blanco	Santiago Sánchez Vesga	Departamento de Santander y Municipio de Suratá	13/08/2009
6	2000 - 891	Solange Blanco	Reinaldo Díaz Díaz	Municipio de Vélez	08/10/2009
7	1999 - 846	Milciades Rodríguez	Compañía agrícola de seguros	Cormagdalena	22/01/2009
8	2004 - 382	Francy del Pilar Pinilla	Cooperativa multiactiva de trabajadores y empleados de las empresas varias de Medellín E. S. P. Coomultreevv	Municipio de Barrancabermeja	09/07/2009
9	2005 - 1043	Rafael Gutierrez	Ingenieros constructores tecnología y equipo constructora INECONTE LTDA	Instituto Nacional de Vías - INVIAS	25/07/2008
10	2002 - 350	Solange Blanco	Consortio Construyendo	E. S. E. Hospital Psiquiátrico San Camilo	11/06/2009
11	1998 - 810	Milciades Rodríguez	Manuel Ojeda Villamizar	Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol	21/08/2009
12	1999 - 123	Francy del Pilar Pinilla	Consortio Ríos Construcciones Limitada	Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol	29/08/2008
13	1999 - 1329	Rafael Gutierrez	Gilberto Méndez Pinzón	Municipio de San Gil	23/05/2008
14	1998 - 1586	Solange Blanco	Javier López Rojas	Municipio de Guaca	09/07/2009
15	2000 - 2920	Solange Blanco	Deprocon Ltda	Municipio de Charalá	04/09/2008
16	2000 - 2608	Solange Blanco	Cormagdalena	Soc. Ríos construcciones y Otro	19/02/2009

Una vez seleccionados los fallos, se procedió al diseño de una ficha técnica que permitiera adelantar la etapa inicial del análisis propuesto, fichas que constituyen

anexos del presente trabajo, y a partir de la cual se precisa, entre otros elementos, la *ratio decidendi* como aquellas razones que permitieron al TAS tomar la decisión proferida y en donde se considera se plasman los argumentos normativos (fuentes del derecho) y metodológicos (métodos de interpretación) empleados por el TAS. Es en la *ratio decidendi* en donde el TAS fundamenta su decisión.

De las fichas técnicas elaboradas fue posible la sistematización de los fallos en seis grupos temáticos, definidos de acuerdo a los intereses en conflicto sea por el incumplimiento del contrato, por posibles nulidades de actos contractuales, ocurrencia de hechos imprevisibles o rompimiento del equilibrio económico, liquidación del contrato y existencia del negocio jurídico. Cada uno constituye principales razones de conflicto dentro de la relación contractual con la administración pública y se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y en últimas por la legislación comercial y civil, por remisión expresa del estatuto de contratación, salvo los casos en los que sea aplicable la legislación anterior, esto es el Decreto – Ley 222 de 1983. Esto de acuerdo a las descripciones realizadas en el segundo capítulo sobre la relación contractual del empresario contratista con la administración pública.

Con el propósito de adelantar el análisis hermenéutico propuesto, en el primer capítulo del presente trabajo se han descrito las principales teorías sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación y se han organizado a partir de la triada legitimidad – validez – eficacia como un aporte propio a partir de la definición de unas categorías que permitan el análisis de sentencias judiciales, especialmente las proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander – TAS en primera instancia de acciones contractuales en el periodo 2008 – 2009. Por su parte, el segundo capítulo del presente trabajo describe aspectos generales de la relación contractual de las personas de derecho privado con la administración pública en razón a los temas que se ventilan a interior de los fallos objeto de estudio del presente.

De lo descrito en los capítulos anteriores se puede afirmar que la ontología del derecho determina la metodología para su aplicación, lo que nos permite proponer un ejercicio de aplicación que nos permita analizar los fallos seleccionados a la luz de las teorías sobre fuentes del derecho y métodos de interpretación, organizadas desde la perspectiva de la legitimidad, la validez y la eficacia, a partir de las siguientes categorías, es decir a cada fallo seleccionado se le analizará con el propósito de definir: (a) Concepción del Derecho o Perspectiva, (b) Fuentes del derecho o Insumos jurídicos, además si la fuente es legislativa o ejecutiva (c) Corrientes Adscritas, (d) Método de Interpretación, (e) Especificaciones del método, (f) Función del Juez, definiendo si hace una revisión adjetiva o sustancial a fin de resolver el conflicto (g) Racionalidad, definiendo si el juez hace corrección material, es decir si hace consideraciones de argumentos de orden constitucional, y además si es consecuencialista, es decir da preponderancia a aspectos económicos, políticos, etc. y termina beneficiando a la administración (h) Grado de Discrecionalidad, definiendo si respecto a la fuente utilizada el juez decide si la fuente dice, no dice o no se sabe si dice en relación con la solución del caso (i) Pureza del método: esta última categoría es el valor crítico que se imprime tras el análisis de cada fallo y responde a la coherencia entre la decisión tomada por el TAS y lo determinado en cada una de las categorías que anteceden.

Lo anterior a partir de los siguientes tres supuestos, sin perjuicio que puedan presentarse mixturas o interrelaciones entre los mismos:

- Aquellas teorías que hacen mayor acento en el concepto (a) de justicia (perspectiva de la legitimidad) encuentran en las leyes supra-positivas, la Constitución, los Tratados Internacionales y las Directivas Políticas sus principales insumos o fuentes del derecho (b); es estudiada a partir de las corrientes iusnaturalistas, entre otras (c); sus fuentes son interpretadas preferentemente a partir de métodos como el sistemático, el finalista y las metodologías contemporáneas (d); estos métodos a su vez se especifican (e)

así: el primero con la Integración de la institución en función de la división formal del ordenamiento jurídico, la Integración de la institución a través del precepto constitucional, la Integración del contexto jurídico – social – político, el segundo a partir de la finalidad del legislador, de la norma superior, de la ley o del ordenamiento jurídico, y el tercero a partir del test de igualdad, el test de proporcionalidad, el test de racionalidad y la armonización. Así mismo la función del juez (f) es constructiva del derecho; se da una hiper racionalidad (g) en la medida en que se le exige al juez que resuelva el caso conflicto empleando las herramientas que sean necesarias, incluso si no se encuentran en el ordenamiento jurídico; no hay discrecionalidad (h) en el juez pues debe hallar la respuesta correcta al conflicto.

- Aquellas teorías que hacen mayor acento en el concepto (a) de validez (perspectiva de la validez) encuentran en la Constitución Política, los Tratados Internacionales, Ley y Contrato sus principales insumos o fuentes del derecho (b); es estudiada a partir de las corrientes positivistas, entre otras (c); sus fuentes son interpretadas preferentemente a partir de métodos como el exegético y el lógico (d); estos métodos a su vez se especifican (e) así: el primero análisis gramatical, análisis semántico o análisis sintáctico y el segundo a partir de los argumentos lógicos (dentro de los cuales se destacan analogía, interpretación extensiva, contrario sensu, identidad, contrariedad, reducción al absurdo, “quien puede lo más puede lo menos”, “quien no puede lo menos no puede lo más”). Así mismo la función del juez (f) es declarativa del derecho vigente; se da una racionalidad limitada (g) en la medida en que la solución del conflicto se profiere a partir de las herramientas que se encuentran en el ordenamiento jurídico al alcance del juez; hay discrecionalidad (h) en el juez pues de las diversas interpretaciones de la norma éste decide por la que más se ajusta al caso a fin de solucionar el conflicto.

- Aquellas teorías que hacen mayor acento en el concepto (a) de eficacia (perspectiva de la eficacia) encuentran en la jurisprudencia, la costumbre, las fuentes independientes y las Directivas Políticas sus principales insumos o fuentes del derecho (b); es estudiada a partir de las corrientes del realismo jurídico y la escuela de la libre investigación científica, entre otras (c); sus fuentes son interpretadas preferentemente a partir de métodos como el histórico (d); este método se especifica (e) a partir de las circunstancias sociales que rodearon la creación de la norma, la evolución normativa o contexto jurídico de la norma, las circunstancias políticas o culturales de creación de la norma. Así mismo la función del juez (f) es constructiva del derecho; se da una hiper racionalidad (g) en la medida en que se le exige al juez que resuelva el caso conflicto empleando las herramientas que sean necesarias, incluso si no se encuentran en el ordenamiento jurídico; no hay discrecionalidad (h) en el juez pues debe hallar la respuesta correcta al conflicto.

Los supuestos descritos con anterioridad, a partir de las categorías definidas, pueden organizarse en el siguiente cuadro, a partir del cual se ha realizado el análisis de los fallos, y que forma parte integral de la ficha técnica diseñada.

EFICACIA	VALIDEZ	JUSTICIA	(a) Concepción del Derecho
Jurisprudencia Costumbre Fuentes Independientes Directrices	Constitución Política Tratados Internacionales Ley Contrato	Leyes supra-positivas Constitución Tratados Internacionales Directivas Políticas	(b) Insumos Jurídicos
Realismo Jurídico Escuela Libre investigación	Positivismo	Iusnaturalismo	(c) Corrientes
Histórico	Lógico	Metodologías	(d) Método de Interpretación
Jurídico Social Político Cultural	Argumentos lógicos: analogía, interpretación extensiva, contrario sensu, identidad, contrariedad, reducción al absurdo, "el que puede lo más puede lo	Exegético	(e) Especificaciones del método
		Analisis - Gramatical Analisis Semántico Analisis Sintáctico-	
		Test de igualdad de proporcionalidad Test de racionalidad Armonización	
		Del legislador De la norma superior De la ley Del ordenamiento jurídico	
		Sistemático	
		Integración de la institución en función de la división formal del ordenamiento jurídico Integración de la institución a través del precepto constitucional	
Constructiva	Declarativa	Constructiva	(f) Función del Juez
Hiperacionalidad	Racionalidad limitada	Hiperacionalidad	(g) Racionalidad
No discrecionalidad	Discrecionalidad o no según el caso	No discrecionalidad	(h) Discrecionalidad
Según la sentencia	Según la sentencia	Según la sentencia	(i) Pureza del Método

### 3.1. PRINCIPALES CONFLICTOS CONTRACTUALES EN SANTANDER

Tras una revisión y análisis de los fallos objeto de estudio<sup>268</sup>, los conflictos contractuales dirimidos por el TAS durante el periodo 2008 – 2009 giraron en torno al incumplimiento del contrato por parte de la Administración –alegado por la persona de derecho privado-, el incumplimiento por parte de la persona de derecho privado –alegado por la Administración-, las diferencias surgidas al momento de la liquidación del contrato, la posible nulidad de actos administrativos proferidos en el proceso de selección del contratista o durante la ejecución del contrato, la ocurrencia de hechos imprevisibles y el rompimiento del equilibrio económico y la existencia del negocio jurídico. Frente a la ocurrencia de todas estas controversias, el demandante solicitó además la indemnización por los perjuicios causados por el demandado en cada acción.

El conocimiento del TAS, de los conflictos descritos, fue procedente gracias a la acción consagrada en el artículo 87 del C.C.A. en virtud del cual

*“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.”*

---

<sup>268</sup> Es importante precisar que el análisis se hizo a partir de la revisión detallada de cada fallo utilizando como herramienta una ficha de análisis diseñada para esos efectos. Las 16 fichas que resultaron del análisis constituyen anexos del presente trabajo y se han adjuntado en CD. La ficha se estructura a partir de cuatro partes: La primera advierte el soporte en grupo y línea de investigación del trabajo; la segunda da cuenta de información necesaria para identificar cada fallo, la tercera corresponde al análisis de la sentencia, incluyendo las partes esenciales del fallo como son pretensiones, excepciones, problema jurídico, contrato revisado, hechos relevantes, considerandos (*ratio decidendi*, *obiter dicta*), referencia a precedentes jurisprudencial y el resuelve; la cuarta parte da razón de la labor interpretativa identificando las fuentes utilizadas por el TAS y el método de interpretación. Cada una de las partes de la ficha de análisis permitieron construir el consolidado que se describe en este tercer capítulo.

De lo anterior se observa que el TAS era competente para conocer de las controversias objeto de estudio del presente trabajo y en consecuencia sus fallos se encuentran legitimados.

Las circunstancias fácticas que rodearon cada uno de los fallos analizados, se pueden resumir atendiendo a la indicación del negocio jurídico celebrado y su objeto y a los conflictos suscitados –los cuales pueden inferirse desde las pretensiones de la demanda-.

En relación con los negocios jurídicos suscritos entre la persona de derecho privado y la administración, en los fallos proferidos por el TAS que son objeto de estudio del presente trabajo, se destacan el contrato de obra –suscritos para colaborar con Ecopetrol<sup>269</sup>, el Invias<sup>270</sup>, el Municipio de Charalá<sup>271</sup>, el Municipio de Bucaramanga<sup>272</sup>, la Corporación Autónoma de Rio Grande<sup>273</sup>, el Departamento de Santander - Municipio de Suratá,<sup>274</sup> el Municipio de Guaca<sup>275</sup> y el E.S.E. Hospital psiquiátrico San Camilo<sup>276</sup>-; el contrato de arrendamiento –suscrito para colaborar

---

<sup>269</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 1998 - 810, Sentencia del 21 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 11 1998 – 810 y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 1999 - 123, Sentencia del 29 de Agosto de 2008. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 12 1999 - 123.

<sup>270</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2005 - 1043, Sentencia del 25 de Julio de 2008. Mg. Ponente. Rafael Gutierrez Solano. Ver en anexo CD FF 9 2005 - 1043.

<sup>271</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2000 - 2920, Sentencia del 4 de Septiembre de 2008. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 15 2000 – 2920.

<sup>272</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 1998 - 1623, Sentencia del 28 de Mayo de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 3 1998 - 1623.

<sup>273</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 1999 - 846, Sentencia del 22 de Enero de 2009. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 7 1999 – 846; y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2000 - 2608, Sentencia del 19 de Febrero de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 16 2000 – 2608.

<sup>274</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2000 - 2535, Sentencia del 13 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 5 2000 – 2535.

<sup>275</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 1998 - 1586, Sentencia del 9 de Julio de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 14 1998 – 1586.

<sup>276</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2002 - 350, Sentencia del 11 de Junio de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 10 2002 – 350.

con el Municipio de San Gil<sup>277</sup> y el Inpec<sup>278</sup>-; el contrato de prestación de servicios –suscrito para colaborar con el Departamento de Santander<sup>279</sup> y el Municipio de Barrancabermeja<sup>280</sup>-; el contrato de explotación –suscrito para colaborar con el Municipio de Vélez<sup>281</sup>-; y el contrato de consultoría –suscrito para colaborar con el Departamento de Santander<sup>282</sup>-.

En relación con las causas de los conflictos derivados de dichas relaciones contractuales, el **incumplimiento del contrato**<sup>283</sup> puede diferenciarse entre el alegado por la persona de derecho privado –en donde quien incumple es la Administración- y el alegado por la Administración – en donde quien incumple es la persona de derecho privado-, las circunstancias fácticas giraron en torno a contratos de prestación de servicios, obra, arrendamiento, explotación y consultoría. Además de las razones de incumplimiento por el no pago de anticipos, reajustes de precios y demás dineros a favor del contratista, la Administración no adelantó las acciones que debía para permitir el desarrollo del objeto –generando obstáculos para su desarrollo-, tales como otorgamiento de permisos, demoras en

---

<sup>277</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 1999 - 1329, Sentencia del 23 de Mayo de 2008. Mg. Ponente. Rafael Gutiérrez Solano. Ver en anexo CD FF 13 1999 – 1329.

<sup>278</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2002 – 1576, Sentencia del 27 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Julio Edisson Ramos Salazar. Ver en anexo CD FF 1 2002 – 1576.

<sup>279</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2000 - 1514, Sentencia del 31 de Julio de 2008. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 2 2000 – 1514.

<sup>280</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2004 - 382, Sentencia del 9 de Julio de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 8 2004 - 382.

<sup>281</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2000 - 891, Sentencia del 8 de Octubre de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 6 2000 – 891.

<sup>282</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2000 - 1815, Sentencia del 10 de Diciembre de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 4 2000 – 1815.

<sup>283</sup> El incumplimiento del contrato fue debatido en las siguientes sentencias del TAS: Proceso 2002 – 1576, Sentencia del 27 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Julio Edisson Ramos Salazar. Ver en anexo CD FF 1 2002 – 1576; Proceso 2000 - 1514, Sentencia del 31 de Julio de 2008. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 2 2000 – 1514; Proceso 1998 - 1623, Sentencia del 28 de Mayo de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 3 1998 – 1623; Proceso 2000 - 1815, Sentencia del 28 10 de Diciembre de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 4 2000 – 1815; Proceso 2000 - 2535, Sentencia del 13 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 5 2000 – 2535; y Proceso 2000 - 891, Sentencia del 8 de Octubre de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 6 2000 – 891.

la legalización del contrato, iliquidez para el pago y acciones como la reducción de horarios y de espacios, la terminación unilateral del contrato y la negación de la revisión de precios ante el eventual rompimiento de la ecuación contractual.

La posible **nulidad de actos administrativos**<sup>284</sup> proferidos en el proceso de selección del contratista o durante la ejecución del contrato, se produjo en torno a contratos de obra suscritos como producto de un proceso de licitación. Mientras que en un caso se alega la nulidad del acto de adjudicación y demás relacionados y del contrato celebrado por cuanto se vulneraron derechos del oferente, es decir fue eliminado de la lista de elegibles –teniendo todas las posibilidades para obtener la adjudicación del contrato- fue sacado del proceso de licitación, actos que fueron proferidos y realizados antes de la adjudicación del contrato. En otro caso la nulidad alegada es del acto administrativo que declara la ocurrencia del riesgo de estabilidad y ordena hacer efectiva la póliza suscrita como amparo, acto que es proferido durante la ejecución del contrato.

La **ocurrencia de hechos imprevisibles y el rompimiento de equilibrio económico**<sup>285</sup> se generó en ejecución de un contrato de obra y ocasionando, a la persona de derecho privado, perjuicios representados en pérdida de tiempo y dinero pues fue necesaria la suspensión en varias oportunidades y la construcción de obras adicionales, lo que le impidió cumplir con el contrato en el término indicado y ocasionó pérdidas económicas. Los hechos imprevistos alegados responden a cuestiones de orden público en la región de ejecución del contrato

---

<sup>284</sup> La nulidad de actos administrativos fue debatida en las siguientes sentencias del TAS: Proceso 1999 - 846, Sentencia del 22 de Enero de 2009. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 7 1999 – 846; Proceso 2004 - 382, Sentencia del 9 de Julio de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 8 2004 – 382; Proceso 2005 - 1043, Sentencia del 25 de Julio de 2008. Mg. Ponente. Rafael Gutierrez Solano. Ver en anexo CD FF 9 2005 – 1043; y Proceso 2002 - 350, Sentencia del 11 de Junio de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 10 2002 – 350.

<sup>285</sup> La ocurrencia de hechos imprevisibles y el rompimiento del equilibrio económico fueron debatidos en las siguientes sentencias del TAS: Proceso 1998 - 810, Sentencia del 21 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 11 1998 – 810; y Proceso 1999 - 123, Sentencia del 29 de Agosto de 2008. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 12 1999 - 123.

(Paros cívicos, Paros Sindicales), así como al desarrollo de algunas actividades de la Administración (Visitas Presidenciales) y finalmente a la falta de diseños para la construcción de la obra –diseños que eran responsabilidad de la Administración-.

En torno a la **existencia del negocio jurídico**<sup>286</sup>, los conflictos se presentaron en torno a un contrato de arrendamiento que fue suscrito de manera verbal, aunado a la situación de incumplimiento de la administración en el no pago de los servicios prestados.

Las diferencias surgidas en torno a la **liquidación del contrato**<sup>287</sup>, se presentaron en desarrollo de contratos de obra. Una primera circunstancia se presenta por las negativas de la Administración de recibir la obra contratada y la retención de los pagos adeudados al contratista y en consecuencia éste solicita la liquidación judicial del contrato. Otro evento se da por la ocurrencia de liquidación unilateral del contrato por parte de la Administración con ocasión de la destrucción de la obra por acciones del río, alegando además el incumplimiento del contratista y ordenando hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Las descripciones fácticas que anteceden se presentan de manera sistemática atendiendo a las pretensiones de la demanda, asuntos que constituyen el conflicto contractual que el TAS debe resolver, sin embargo es importante aclarar, antes de pasar a describir la labor interpretativa del TAS, que en los casos de incumplimiento el TAS abordó un estudio adjetivo como requisito para hacer el

---

<sup>286</sup> La existencia del contrato fue discutida en las siguientes sentencias del TAS: Proceso 1999 - 1329, Sentencia del 23 de Mayo de 2008. Mg. Ponente. Rafael Gutiérrez Solano. Ver en anexo CD FF 13 1999 – 1329; y Proceso 1998 - 1586, Sentencia del 9 de Julio de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 14 1998 – 1586.

<sup>287</sup> La liquidación de contrato fue dirimida en las siguientes sentencias del TAS: Proceso 2000 - 2920, Sentencia del 4 de Septiembre de 2008. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 15 2000 – 2920; y Proceso 2000 - 2608, Sentencia del 19 de Febrero de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 16 2000 – 2608.

análisis de fondo del conflicto y en un dos de seis casos<sup>288</sup> pudo trascender a dicha revisión procesal, pues en los demás se encontró que operó la caducidad de la acción, hecho que le impidió discernir sobre el fondo del conflicto y en consecuencia se negaron las pretensiones. En los demás asuntos, es decir los de posible nulidad, declaratoria de existencia del contrato, ocurrencia de hechos imprevisibles y rompimiento del equilibrio económico y liquidación del contrato, el estudio del conflicto pudo hacerse de fondo, pues el TAS revisa presupuestos procesales y excepciones de carácter adjetivo; pero en ningún caso impide hacer el estudio de fondo pretendido.

Haciendo estas precisiones y teniendo presente una descripción general de los principales conflictos contractuales solucionados por el TAS en el periodo 2008 – 2009, es posible continuar con la descripción de la labor interpretativa del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, en Santander.

### **3.2. SOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONFLICTO: UNA CARACTERIZACIÓN DE LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER – TAS**

De los conflictos descrito en el acápite anterior, en la mayoría de los eventos, el TAS resolvió los casos sometidos a su conocimiento en contra de los intereses de las personas de derecho privado involucradas en la relación contractual, dando la razón a la Administración, salvo en tres eventos que serán detallados más adelante. Para analizar los argumentos de estas decisiones proferidas en contra

---

<sup>288</sup> Proceso 1998 - 1623, Sentencia del 28 de Mayo de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 3 1998 – 1623

Proceso 2000 - 891, Sentencia del 8 de Octubre de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 6 2000 – 891

de los intereses de las personas de derecho privado, se utilizaron las categorías definidas y descritas anteriormente a saber: (a) Concepción del Derecho o Perspectiva, (b) Fuentes del derecho o Insumos jurídicos, además si la fuente es legislativa o ejecutiva (c) Corrientes Adscritas, (d) Método de Interpretación, (e) Especificaciones del método, (f) Función del Juez, definiendo si hace una revisión adjetiva o sustancial a fin de resolver el conflicto (g) Racionalidad, definiendo si el juez hace corrección material, es decir si hace consideraciones de argumentos de orden constitucional, y además si es consecuencialista, es decir da preponderancia a aspectos económicos, políticos, etc. y termina beneficiando a la administración (h) Grado de Discrecionalidad, definiendo si respecto a la fuente utilizada el juez decide si la fuente dice, no dice o no se sabe si dice en relación con la solución del caso (i) Pureza del método: esta última categoría es el valor crítico que se imprime tras el análisis de cada fallo y responde a la coherencia entre la decisión tomada por el TAS y lo determinado en cada una de las categorías que anteceden. Lo anterior por cuanto,

*“Las implicaciones del ordenamiento jurídico en la solución pacífica de conflictos debe estudiarse desde un enfoque integral; desde el punto de vista de las relaciones sistemáticas que se gestan entre las concepciones constitucionales, legales y contractuales, las cuales deben respetar las gradas de jerarquía y validez que se tejen entre cada una de éstas fuentes de derecho.”<sup>289</sup>*

Una vez analizados los fallos a la luz de las categorías definidas, es posible describir los resultados obtenidos. Para ello utilizaremos la sistematización que se ha podido realizar de los mismos, a partir su integración por conflictos contractuales revisados.

---

<sup>289</sup> DELGADO Gamboa, Rodolfo. Autonomía Privada: Contratos en el Estado Social de Derecho en Memorias del 2º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Octubre de 2010, 411 p.

Las decisiones proferidas en torno al **incumplimiento del contrato** se caracterizan por un mayor acento en la utilización de insumos o fuentes del derecho de carácter legal, circunstancia que llama la atención pues la principal fuente debería ser el contrato por tratarse de conflictos derivados de la ejecución del mismo, sin embargo en sólo dos<sup>290</sup> de seis eventos el TAS acude al acuerdo de voluntades suscrito como fuente o insumo de su decisión. En relación con los insumos jurídicos o fuentes, es importante resaltar los esfuerzos realizados por el TAS por integrar la jurisprudencia del Consejo de Estado (órgano superior dentro de la jurisdicción) con el ánimo de respetar el precedente y dar respaldo a sus argumentos. La circunstancia descrita se debe a que el TAS realizó un análisis adjetivo en torno a la caducidad de la acción contractual por lo que el sistema de fuentes en estos casos se encuentra integrado por la ley contractual, la ley de procedimiento y además por la jurisprudencia aplicable para definir si la misma opera o no. Sólo en los eventos en donde el TAS pudo hacer un análisis de fondo el sistema de fuentes se amplía para contemplar el contrato.

Por lo anterior resulta coherente que se haga mayor acento al uso del método de interpretación exegético, en su especificación de análisis gramatical (atendiendo al tenor literal de la norma) o análisis semántico (atendiendo al significado de las palabras), en esta misma línea se emplea el método lógico a partir del argumento de contrariedad y se destaca el uso paralelo de métodos como el histórico en su especificidad jurídica (a fin de reconstruir la evolución normativa de la institución) y del método sistemático en su especificidad de Integración de la institución por la división del ordenamiento jurídico y la Integración del contexto social – jurídico – político.

En este primer grupo de conflictos, referidos al **incumplimiento del contrato**, puede afirmarse que el TAS cumplió una función declarativa del derecho vigente y

---

<sup>290</sup> FF4 1000 – 1815 y FF6 200 – 891.

se entiende en razón al estudio adjetivo adelantado en la mayoría de los casos, y que en consecuencia hace que el papel del juez se enmarque en una racionalidad limitada en la medida en que con los insumos del ordenamiento jurídico se toma la decisión, sin que pueda evidenciarse corrección material pues no se hacen consideraciones de argumentos de orden constitucional, como ya se evidenciaba del sistema de fuentes empleado, evitando también consideraciones de tipo económico o político, pues el fundamento en todo caso es la regla extraída de la ley. Así el TAS gozó de discrecionalidad pues de las diversas interpretaciones realizadas a las fuentes empleadas, decidió aquella que se ajusta más al caso.

En este sentido, hacer un análisis sobre la pureza del método, entendido este como la coherencia entre los insumos o fuentes empleadas, el proceso de interpretación adelantado y la decisión tomada, en los casos sobre **incumplimiento del contrato** se caracterizó por la identificación de la norma aplicable, la interpretación de la misma a fin de identificar los presupuestos de hecho de la norma y confrontarlos con las circunstancias fácticas, así la decisión tomada guarda coherencia con el proceso interpretativo y demás insumos empleados. Aunado a lo anterior, como resultado del análisis, y con el propósito de respaldar las afirmaciones realizadas en torno a la pureza del método, es menester resaltar los principales argumentos esgrimidos por el TAS para tomar la decisión en cada caso, así:

Fallo No.	Principales Argumentos
2002 - 1576	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>El fenómeno de la caducidad de la acción se produce cuando el término concedido por la ley para entablar la demanda ha vencido.</i></li> <li>2. Para determinar si se ejerció de manera oportuna la acción contractual se debe recurrir a la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.</li> <li>3. <i>La caducidad de la acción contractual es de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirve de fundamento.</i></li> <li>4. El Juez debe declarar de oficio la caducidad de la acción cuando se constata su ocurrencia real.</li> <li>5. La demanda fue interpuesta el 8 de marzo de 2002. De las pruebas aportadas sólo es posible determinar la fecha de terminación del contrato (diciembre 20 de 1999) a partir de la cual debe inferirse el presunto incumplimiento del contrato (por cuanto no reposa prueba que permita concluir algo diferente) y a partir del día siguiente cuentan los dos años de caducidad. Por cuanto la acción contractual interpuesta caducaba el 21 de diciembre de 2001.</li> <li>6. El TAS resuelve declara probada de oficio la caducidad de la acción contractual.</li> </ol>
2000 - 1514	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La acción contractual es aquella a través de la cual se pretende la solución de conflictos contractuales.</li> <li>2. Es requisito de existencia del contrato con la administración pública que éste conste por escrito.</li> <li>3. La forma de determinar la existencia de un conflicto contractual es a través de la prueba de existencia del contrato fuente de la controversia.</li> <li>4. En consecuencia constar por escrito es requisito <i>ad substantiam actus</i> y <i>ad solemnitatem</i> del contrato con la administración pública.</li> <li>5. La existencia del contrato sólo puede acreditarse en documento escrito original o en copia auténtica por tanto las copias simples no son medios de convicción que pueda tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impiden su valoración probatoria.</li> <li>6. La prueba del contrato que obra dentro del proceso está integrada por copia simple del mismo, por tanto no enmostró los hechos en que fundamenta la demanda siendo imposible determinar el cumplimiento o incumplimiento de cada una de las obligaciones.</li> <li>7. En consecuencia no prosperan las pretensiones de la demanda.</li> </ol>
1998 - 1623	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La caducidad de la acción es un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley.</li> <li>2. La caducidad de la acción contractual es de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.</li> <li>3. Los hechos que generaron la presente acción se produjeron en la ejecución del contrato y sus accesorios cuyo objeto fue terminado el 5 de septiembre de 1996.</li> <li>4. La demanda fue presentada el 28 de octubre de 1998 y el contrato suscrito en 1994, por lo que existe conflicto en torno a la ley aplicable.</li> <li>5. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato.</li> <li>6. Las normas reguladoras de la caducidad son de carácter sustancial por lo que la acoge la teoría de la supervivencia de la ley antigua en materia contractual.</li> <li>7. En consecuencia la ley aplicable es la vigente al momento de la celebración del contrato (Art. 55 de la Ley 80 de 1993) según la cual la caducidad de la acción es de 20 años, por lo que no es procedente su declaratoria.</li> <li>8. Dentro de las pretensiones de la demanda se solicita devolución de lo cobrado "ilegalmente" por concepto de estampilla PROUIS.</li> <li>9. La estampilla PROUIS se encuentra amparada por la Ley 85 de 1994 y regulada por otras normas del ordena nacional, departamental y municipal que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico.</li> <li>10. En consecuencia no se prueba la ilegalidad del cobro y las pretensiones serán denegadas.</li> <li>11. La pretensión de pago de intereses moratorios puede acumularse a las pretensiones del caso. El demandante demandó el pago de los mismos. La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que para que el pago de interés moratorios proceda es necesario que se acrediten las siguientes circunstancias: a. el contratista radique la cuenta de cobro en la dependencia en la que se generó el contrato, b. el funcionario encargado se encarga de la revisión y ajuste de las cuentas o su devolución en caso de no ser posible el ajuste, por escrito y explicando los motivos de la misma, c. la cuenta de cobro se entiende radicada cuando se ajuste en todo a los requisitos legales y administrativos y sea expedida la constancia de radicación, d. después de radicada la cuenta la entidad cuenta con 20 días calendario para realizar el pago, vencido el mismo se reconoce un interés moratorio del 6% anual sobre las sumas adeudadas.</li> <li>12. Del acervo probatorio no es posible determinar <i>si las cuentas de cobro se radicaron en la dependencia que</i></li> </ol>

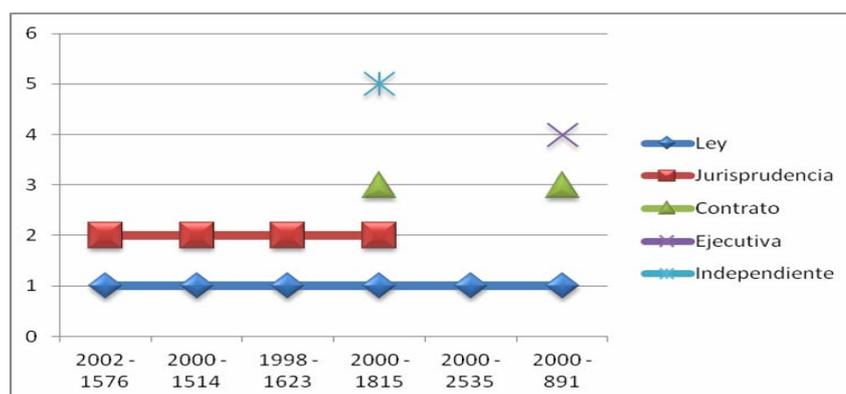
		<i>originó el contrato, o si contenían los requisitos administrativo y legales pertinentes, o si se superaron los veinte días calendarios de que disponía el contratante para su pago. En consecuencia no prospera la excepción.</i>
2000 - 1815		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Es requisito indispensable para la procedencia de la acción contractual que una vez liquidado el contrato estatal, las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución.</li> <li>2. El contrato objeto de litis fue liquidado por las partes el 15 de octubre de 1999. En el acta de liquidación el contratista dejó salvedad manifestando que se reserva el derecho a futuras reclamaciones por quebranto del equilibrio económico del contrato conforme a solicitudes presentadas oportunamente.</li> <li>3. Por lo anterior es procedente la acción para reclamar el restablecimiento del equilibrio del contrato.</li> <li>4. La pretensión de declaratoria de silencio administrativo positivo es denegada por cuanto la reclamación, del contratista, presentada durante la ejecución del contrato no tiene como antecedentes derechos preexistentes y porque se trata de una situación que debe ser definida.</li> <li>5. Si bien está probado el retardo en que incurrió la administración para la iniciación de la ejecución del contrato, no existe claridad sobre la incidencia que tal hecho tuvo respecto del rompimiento del equilibrio contractual.</li> <li>6. En consecuencia las pretensiones son denegadas.</li> </ol>
2000 - 2535		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La caducidad comparte la naturaleza de excepción de fondo.</li> <li>2. El término para la formulación de la acción contractual que pretende reclamaciones en torno a la liquidación del contrato es de dos años contados a partir de la suscripción de la respectiva acta de liquidación. Este término puede ser suspendido por una sola vez de acuerdo al artículo 21 de la ley 640 de 2001.</li> <li>3. La liquidación del contrato objeto de estudio se dio de manera bilateral el 13 de junio de 1997, acta dentro de la cual el contratista dejó constancia del pago pendiente de valores correspondientes a reajustes de precios.</li> <li>4. La demanda se presentó el 28 de julio de 2000, transcurridos más de dos años, por lo que la acción se ejerció cuando ya estaba caducada, razón por la cual se niegan las pretensiones.</li> </ol>
2000 - 891		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Antes de revisar el fondo del conflicto es necesario hacer una revisión de forma a partir del análisis de la caducidad de la acción y la viabilidad de la misma.</li> <li>2. La acción contractual es aquella a través de la cual se resuelven los conflictos surgidos a partir de actos proferidos con ocasión de la actividad contractual, en este caso el asunto a tratar se refiere al acto que declara la terminación unilateral del contrato, por lo que es viable la acción contractual.</li> <li>3. La caducidad de la acción contractual es de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de los hechos objeto de conflicto. La terminación unilateral del contrato se produjo el 14 de noviembre de 1998, el plazo para su liquidación se cumplía el 13 de marzo de 1999, por lo que la acción caducaba el 13 de marzo de 2001. Teniendo en cuenta que la acción se presentó el 5 de abril de 2000, no opera la caducidad de la acción.</li> <li>4. La terminación unilateral del contrato es una potestad otorgada a la administración para garantizar el cumplimiento del objeto contractual. Por disposición legal se entiende pactada, así no se pacta expresamente, en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado.</li> <li>5. Se demanda la nulidad del acto administrativo que declara la terminación unilateral del contrato por desviación de poder y falsa motivación.</li> <li>6. No se encuentra indicio ni prueba directa acerca de la falsa motivación ni de la desviación de poder que se endilga a la declaratoria de terminación unilateral del contrato. Por lo anterior, el ejercicio de la facultad de terminación unilateral del contrato por parte de la administración se ajusta a derecho y en consecuencia no puede imputársele incumplimiento del contrato.</li> <li>7. El contratista no desvirtuó la acusación contra él realizada por incumplimiento de una de las obligaciones del contrato, hecho que motivó la declaratoria de terminación unilateral del mismo y en consecuencia no hay lugar a compensaciones ni indemnizaciones.</li> </ol>

La descripción realizada de los resultados muestra varias opciones en categorías como las del insumo o fuentes del derecho, el método de interpretación, las especificaciones del método y el tipo de análisis que se da en la función declarativa del juez, por lo que del análisis a los casos sobre incumplimiento del contrato, pueden graficarse dichas divergencias para evidenciar las tendencias del

grupo de los casos sistematizados, teniendo en cuenta los insumos o fuentes del derecho los métodos de interpretación, la especificación del método y el análisis en ejercicio de la discrecionalidad (adjetivo o sustancial), de acuerdo a las siguientes representaciones gráficas.

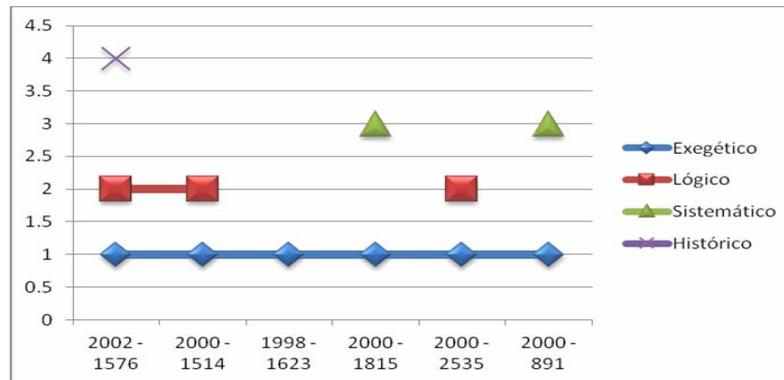
a. Insumos o Fuentes del Derecho

De los seis fallos analizados todos emplearon la ley como insumo, de esos, cuatro emplearon además la jurisprudencia, dos además el contrato, uno fuente de origen ejecutivo y uno fuentes independientes representadas en actas y demás documentos probatorios. Así se muestra en a continuación:



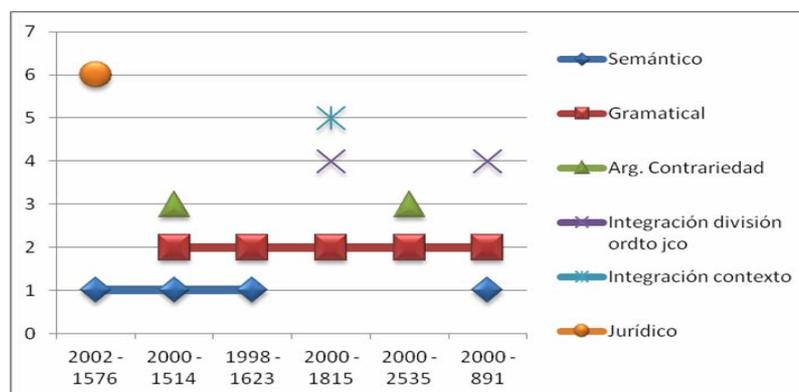
b. Métodos de Interpretación

En cuanto a los métodos de interpretación, de los seis fallos todos emplearon el método exegético, dos además el lógico, otros dos además el sistemático y uno además el histórico. Así se representa a continuación:



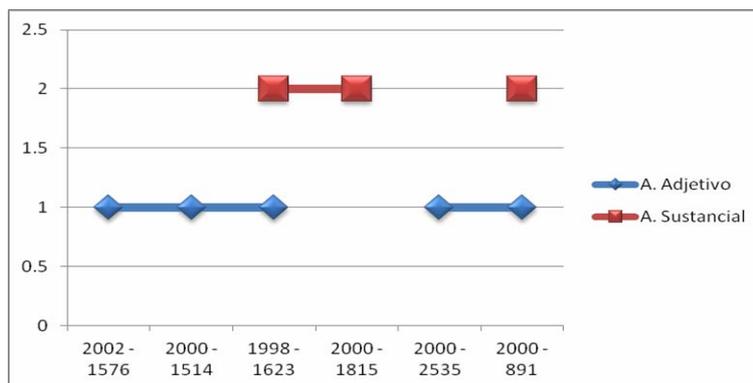
### c. Especificidad del método

Por su parte las especificaciones del método, el método exegético se especificó a partir del análisis semántico en cuatro casos, el análisis gramatical en cinco y el argumento de contrariedad en dos; el método sistemático se especificó a partir de la integración de la institución en función de la división del ordenamiento en dos casos y la integración del contexto en uno; y el método histórico se especificó a partir de lo jurídico en un caso. Así se representa a continuación:



### d. Función Declarativa del Juez: Análisis Adjetivo – Análisis Sustancial

En relación con el tipo de análisis realizado por el TAS en ejercicio de su función declarativa del derecho, se puede observar que de los seis fallos en tres se hizo sólo análisis adjetivo, en uno se hizo sólo análisis sustancial y en dos se hizo primero un análisis adjetivo, que superado, permitió hacer un análisis sustancial.



El análisis del segundo grupo de fallos, sistematizados a partir del conflicto en torno a la **posible nulidad de actos administrativos** de carácter precontractual (acto de adjudicación de contrato) o contractual (ejercicio de cláusulas excepcionales: acto de declaratoria de terminación unilateral del contrato y acto de declaratoria de caducidad) o poscontractual (acto de liquidación del contrato), se encuentra que las decisiones tomadas se fundan en argumentos dotados de una mayor riqueza jurídica, en comparación con los fallos analizados en el grupo anterior sobre incumplimiento, en atención a los insumos o fuentes empleados, el proceso interpretativo a ellos aplicado y sus diversas especificaciones y los matices encontrados en la función del juez, su racionalidad y discrecionalidad.

Del análisis realizado, a partir de las categorías definidas, se puede afirmar que los insumos o fuentes del derecho empleadas por el TAS se amplía de manera considerable en comparación con el grupo anterior, toda vez que se reconoce que el contrato y los pliegos de condiciones son ley para las partes, de allí que se acuda a los términos de los mismos a fin de solucionar el conflicto, lo anterior sin perjuicio de la aplicación de la ley y de la jurisprudencia que ha caracterizado el sistema de fuentes del TAS hasta el momento. En todo caso, se hace un mayor acento en la fuente legítima (sea el contrato como ley para las partes o la ley formalmente considerada) conjugando además el uso de la jurisprudencia y algunas fuentes de origen ejecutivo representadas en resoluciones departamentales.

Ese conjunto de fuentes empleado, es interpretado por el TAS a través del método exegético de manera independiente o conjugado con métodos como el finalista y el sistemático. Las especificaciones realizadas se organizan de acuerdo al método utilizado: cuando el método fue el exegético, la especificación giró en torno al análisis gramatical de la norma o a la búsqueda de la real intención de las partes representada en el contrato y pliego de condiciones (regla de interpretación contractual consagrada en el Art. 1618 del C.C.); cuando el método empleado fue el lógico, pudo identificarse el denominado argumento lógico de reducción al absurdo, empleado con el ánimo de insistir en las consecuencias de la aplicación de determinada interpretación; cuando el método fue el finalista, las especificaciones giraron en torno a la finalidad de la norma superior (que para el caso fue la Constitución) y a la finalidad de la ley (que para el caso es la ley de contratación estatal, esto por cuanto se toma en consideración argumentos que atienden a la vinculación de los principios de la función administrativa de orden constitucional y a los principios de la contratación estatal; y cuando el método fue el sistemático las especificaciones se dieron a partir de la integración de la institución en función de la división del ordenamiento jurídico o del desglose a partir de un precepto constitucional.

Así, a pesar de que la función del TAS sigue siendo declarativa en este grupo de fallos, goza de mayor riqueza, lo que le permitió hacer un análisis adjetivo rápido, por ser estrictamente necesario, y concentrarse en el análisis sustancial que cada conflicto merecía. En este sentido, su razonabilidad, a pesar de ser limitada pues las decisiones se tomaron empleando las fuentes consagradas en el ordenamiento jurídico, se pudo evidenciar una intención de corrección material a partir de la consideración de argumentos de orden constitucional, y su discrecionalidad, además de emplearse para decidirse por la interpretación más acorde a los presupuestos fácticos del conflicto, le permitió, en algunos casos, hacer consideraciones de tipo económico, político o atendiendo al principio de igualdad

(consecuencialista) a fin de proteger los intereses de la administración o de terceros.

Por lo anterior, una referencia a la pureza del método resulta más evidente por la diversidad de fuentes empleadas y en consecuencia de métodos y especificaciones de los mismos, para hacer adelantar una labor interpretativa rica en argumentos jurídicos de orden constitucional, legal, ejecutivo, jurisprudencial y contractual, siendo esto último lo más destacable, pues no se concibe la solución de un conflicto contractual sin acudir a la fuente principal del mismo, es decir al contrato. De esta manera la decisión tomada, a pesar de ser contraria a los intereses de la persona de derecho privado en la mayoría de los casos, se encuentra soportada en un ejercicio interpretativo ordenado, respaldado en un amplio sistema de fuentes, sistema que es interpretado a la luz de diversos métodos y diversas especificaciones de los mismos y que permite ver la coherencia entre los presupuestos de hecho de la norma aplicable, su confrontación con las circunstancias fácticas de cada conflicto y la decisión tomada.

Esta conclusión, respecto a la pureza del método, se soporta en el análisis realizado a partir de las categorías definidas y de los argumentos esgrimidos por el TAS, de los cuales se destacan como principales los siguientes:

Fallo No.	Principales Argumentos
1999 – 846	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Se ha propuesto excepción de falta de integración de litis consorcio necesario, por lo que es necesario hacer el estudio de la misma antes de proceder al análisis de fondo. Lo anterior teniendo en cuenta que la compañía aseguradora es la demandante. Lo anterior requiere analizar la posibilidad que tiene una empresa aseguradora para demandar en nulidad actos proferidos con ocasión de la ejecución de un contrato del que no es parte sino garante de una de las partes contractuales.</li><li>2. El Consejo de Estado afirma que la empresa aseguradora es titular de la acción de controversias contractuales, aún cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual. Por lo anterior la compañía agrícola de seguros tiene un interés directo en demandar la nulidad de los actos que declararon la caducidad del contrato y su liquidación pues de la declaratoria de incumplimiento del contratista nació automáticamente la obligación de amparar los riesgos asegurados con ocasión de la suscripción del contrato, por lo que no prospera la excepción formulada.</li><li>3. El contrato no contempla obligación expresa para el contratante de girar el cheque de anticipo a nombre de la obra y no del contratista.</li></ol>

	<ol style="list-style-type: none"> <li>4. Es responsabilidad del contratista que los dineros del anticipo sean utilizados única y exclusivamente en la ejecución del contrato y no en actividades diferentes.</li> <li>5. "No se puede pretender recargar la responsabilidad, en la entidad contratante, de los manejos del dinero entregado como anticipo por el solo hecho de no haber girado el cheque por ese concepto a favor de la obra y no del contratista como efectivamente se hizo. CONSECUENCIALISTA.</li> <li>6. Por lo anterior, no hubo violación del contrato por parte del contratante.</li> <li>7. No se prueba la falsa motivación de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato.</li> <li>8. No se prueba la desviación de poder en las resoluciones que declararon la caducidad del contrato.</li> <li>9. La fuerza mayor alegada no justifica el incumplimiento del contrato por parte del contratista pues ocurrieron con posterioridad a que se presentaran las demoras e incumplimientos en la ejecución del contrato, por lo que no es eximente de responsabilidad.</li> <li>10. Las normas alegadas no son aplicables al caso por tratar de asuntos distintos al demandado y nada tienen que ver con el asunto del litigio. INSUMO NO DICE.</li> <li>11. No hay claridad en la violación de las normas sobre liquidación del contrato pues la liquidación se ajusta a derecho teniendo en cuenta la ley y lo pactado en el contrato, es decir, la entidad liquidó el contrato con observancia de los precios unitarios pactados en el contrato y en las actas de obra realizadas por la interventoría.</li> <li>12. Para la declaratoria de la caducidad se requiere que haya un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que el incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que se evidencie que ese incumplimiento y afectación grave del contrato, puede conducir a su paralización.</li> <li>13. El contratista incurrió en incumplimiento de obligaciones contractuales como apertura de cuenta bancaria, rendición de cuentas del manejo del anticipo, el rendimiento en la ejecución de la obra era sólo del 33% del propuesto lo que ocasionó demora en la ejecución de las obras.</li> <li>14. Las obras contratadas debían solventar una urgencia manifiesta declarada por la administración por lo que la demora en su ejecución se considera afectación grave y directa.</li> <li>15. El cumplimiento del contrato era imposible en las condiciones en las que se encontraba, de suerte que de continuar su ejecución la misma se extendería en el tiempo y desencadenaría en paralización.</li> <li>16. Por lo anterior, la declaratoria de caducidad de la administración se ajusta a derecho y en consecuencia no es procedente su declaratoria de nulidad.</li> </ol>
2004 – 382	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La urgencia manifiesta constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva, por cuanto su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre, que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista.</li> <li>2. La urgencia manifiesta no implica una contratación abusiva, ni intempestiva respecto de los mandatos generales del estatuto contractual. No se dejan de lado los principios rectores de la contratación, que son los que, en últimas, garantizan el éxito del contrato, la adecuada realización del mismo en beneficio de la administración contratante y de la comunidad destinataria del servicio.</li> <li>3. La propuesta presentada por el contratista presentaba enmendaduras en el precio, sin embargo por este hecho no puede afirmarse que no se ajuste a los pliegos de condiciones; pero su falta de claridad si puede ser causal de descalificación.</li> <li>4. En el caso en comento, el contratista presentó propuesta con enmendaduras en el precio que luego fueron avaladas por el proponente como se desprende de las pruebas.</li> <li>5. Rayaría en lo absurdo pretender creer, que un contrato cuyo objeto es la prestación del servicio de aseo del Municipio de Barrancabermeja, que implica la recolección de desechos sólidos en vehículos compactadores, prestación del servicio de conducción de los vehículos de recolección, prestación del servicio de limpieza vial (el cual implica el barrido, recolección, y lavado de los parques y avenidas y poda de zonas verdes públicas), y la de garantizar la operación del relleno sanitario, por el término de 6 meses, pueda ejecutarse con las especificaciones técnicas y sanitarias pertinentes, por un valor de 1.200.000.</li> <li>6. Los términos de referencia establecen con claridad el objeto contractual, y son los oferentes quienes teniendo en cuenta el mismo, deben hacer una relación de la cotización de todo aquello que les es indispensable para cumplir eficazmente la labor contratada, sin que sea necesario describir en cada una de las actividades a desarrollar, un presupuesto detallado de ello. Tal tarea sería excesivamente dispendiosa, en tratándose de contratos como el que se estudia.</li> <li>7. El registro único de proponentes tiene por objeto la inscripción, la clasificación y la calificación de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales. Este registro no es necesario en los casos de contratación de urgencia. El alcalde había declarado la urgencia manifiesta para la contratación de la prestación del servicio integral de aseo. En consecuencia el</li> </ol>

	<p>cumplimiento de este requisito no era necesaria.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>8. El consorcio debe nombrar a un representante legal. La designación del representante legal puede hacerse facultándolo en forma general para desplegar todas las actividades o acciones necesarias para la ejecución del contrato para el cual se concursa, en donde se encuentran inmersas, además del objeto contractual, aquellas que deban desarrollarse con ocasión de las eventualidades que surjan en su ejecución. Por lo anterior no entrar en detalle en las facultades no es causal de rechazo de la propuesta.</li> <li>9. La garantía de seriedad de la oferta está establecida por la ley para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asume el proponente al participar en el proceso de selección. Por lo anterior debe prestarse incluso si no se establece de manera expresa en el pliego de condiciones, para toda contratación con la administración, incluso la de urgencia manifiesta. El no cumplimiento de este requisito es causal de descalificación de la propuesta.</li> <li>10. La prestación del servicio de aseo debe hacerse por personas jurídicas constituidas en sociedad. Un consorcio puede prestar el servicio de aseo siempre que las empresas que lo integran cumplan con los requisitos de personería jurídica y además cada una debe demostrar la capacidad o medios mínimos para desarrollar el objeto principal del contrato. Si no tuvieran todas las personas consorciadas la capacidad para desarrollar por lo menos el objeto contractual, ¿cómo podría la administración reclamar el cumplimiento del mismo, a uno de los integrantes del consorcio que no la tiene?</li> <li>11. El consorcio se encuentra integrado por una empresa que no es ESP, por lo que la administración pasó por alto los términos de referencia, seleccionando y adjudicando el contrato a un oferente que no cumplía con los requisitos en él señalados. Esto riñe con los principios rectores de la contratación pública de transparencia y objetividad, pues la administración se aparta del ordenamiento jurídico y de sus propias exigencias para adjudicar un contrato, haciendo nugatoria la posibilidad de una empresa que si cumplía con las condiciones legales y las del pliego de condiciones, para el desarrollo del contrato.</li> </ol>
2005 - 1043	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Se demanda la legalidad de las resoluciones proferidas por la administración declarando el siniestro de estabilidad de la obra y ordenando hacer efectiva la garantía prestada para tal fin.</li> <li>2. La excepción de falta de competencia territorial no será resuelta por cuanto el tribunal de Cundinamarca ya hizo dicho análisis y resolvió remitir al TAS atendiendo a que el lugar de ejecución del contrato es el departamento de Santander. Por lo anterior se convalida lo expuesto por el tribunal de Cundinamarca.</li> <li>3. Los cargos de nulidad giran en torno a la presunta falta de competencia de la administración para imponer sanciones en vía gubernativa pues debe acudir al juez del contrato.</li> <li>4. Las entidades públicas cuando ejercen la función de contratar buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y por ello está revestida de atribuciones o prerrogativas que le permiten hacer efectiva la finalidad buscada con dicha actividad, por lo que es razonable que se les permita hacer efectivas –sin acudir a las instancias judiciales- las garantías que constituyan los contratistas para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato. Por lo anterior la administración gozaba de competencia para proferir la resolución demandada.</li> <li>5. El ejercicio de dicha potestad debe hacerse a través de acto administrativo debidamente motivado en el que justifique legal y formalmente la imperiosa necesidad de conminar a la persona natural o jurídica obligada, para que cumpla lo pactado en un determinado contrato. Como se dio en el caso objeto de estudio. En consecuencia el cargo de falta de competencia no prospera.</li> <li>6. Otro de los cargos de nulidad alegados radica en la falsa motivación del acto administrativo por cuanto las causas que dieron origen a la declaratoria del siniestro no son atribuibles al contratista toda vez que la zona de la obra padece de fallas geotécnicas que no fueron tenidas en cuenta en el contrato y que los daños presentados eran inevitables.</li> <li>7. Del informe pericial realizado al interior del proceso se concluye que la zona en donde se ejecutó el contrato se asentaba sobre un terreno de lata actividad geológica que influyó en los daños presentados en la vía construida por el contratista, sin embargo la responsabilidad que se indilga al contratista se relacionan con la deficiencia encontrada en los componentes de los materiales de construcción y sobre obras construidas sobre terrenos libres de fallas geológicas.</li> <li>8. El contratista constituyó póliza de estabilidad de la obra a favor de la administración. La póliza está sujeta a condición, esto es a que el deterioro que sufra la obra sea imputable al contratista. De encontrar la entidad contratante que el contratista incumplió con los parámetros de calidad establecidos para los materiales de construcción, y estableciéndose que ésta situación ocasionó los daños en las obras contratadas, dentro del plazo amparado por la garantía de estabilidad de la obra, es claro que el INVIAS tendría plena facultad para hacer efectiva la garantía, declarando el acaecimiento del siniestro mediante acto administrativo debidamente motivado, como efectivamente lo</li> </ol>

	<p>hizo.</p> <p>9. Del material probatorio se puede afirmar que efectivamente el contratista incumplió su obligación contractual en cuanto a la calidad de los materiales de obra, lo cual degeneró en el deterioro prematuro de la vía objeto del contrato.</p> <p>10. Por lo anterior se deniegan las súplicas y en consecuencia se impone mantener la legalidad de los actos administrativos demandados, para hacer de esta manera efectiva la garantía de estabilidad de la obra construida por el contratista.</p>
2002 – 350	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. El RUP es un documento público necesario para aspirar a la celebración de contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes inmuebles, debiendo el interesado inscribirse en la Cámara de Comercio para que ésta realice la calificación y clasificación del oferente. Sirve de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal. El RUP debe ser renovado anualmente.</li> <li>2. El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y etapas del proceso de selección como el contrato, ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que le sea éste adjudicado para colaborar con la administración en la realización de un fin general. Por lo tanto, constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con aquella, garantizando la igualdad de condiciones para los oferentes.</li> <li>3. El pliego de condiciones debe contener requisitos habilitantes que sirvan de referente para el proceso de selección, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.</li> <li>4. En consecuencia la entidad contratante puede establecer las normas que regirán el proceso licitatorio, y el contrato, siempre que consulte los fines perseguidos con la contratación estatal.</li> <li>5. El pliego de condiciones estableció como requisito el RUP con inscripción vigente y expedición del certificado con fecha no superior a 45 días calendario antes del cierre de la licitación. Requisito del que NO SE DIJO nada al respecto de si es o no subsanable. En consecuencia se tiene como un requisito insubsanable.</li> <li>6. Dentro del proceso licitatorio se estableció audiencia de aclaración de pliegos, dentro de la cual no se solicitó aclaración sobre el carácter o no subsanable del RUP.</li> <li>7. El actor aportó el RUP por fuera de la vigencia exigida en el pliego de condiciones y nuevamente aportado con posterioridad al cierre de la licitación. La circunstancia de haber sido inducido a creer erróneamente que el requisito era subsanable no lo exime de su responsabilidad de entregar la propuesta con los documentos legales exigidos en ella, pues de lo contrario, se pondría en un plano de desigualdad a los demás oferentes quienes debieron sujetarse a las previsiones del pliego frente al certificado ya mencionado.</li> <li>8. Por lo anterior se concluye que el requisito relacionado con el RUP es insubsanable y por tanto no se evidencia una irregularidad dentro del proceso licitatorio que lleve a viciar la legalidad de los actos administrativos acusados, y por tanto no se encuentran vulneradas las normas constitucionales y legales mencionadas por el actor en la demanda. La misma suerte corre el contrato pues su legalidad está sujeta a la de los actos administrativos demandados.</li> </ol>

Es consecuencia, es posible concluir que el TAS, al momento de resolver conflictos contractuales en torno a la **nulidad de actos administrativos**, conforma un sistema de fuentes complejo integrado por el contrato y el pliego de condiciones como ley para las partes, la ley en sentido formal, la jurisprudencia como respeto al precedente del Consejo de Estado y fuentes de orden ejecutivo que afectan el negocio objeto de controversia. De manera coherente se emplean métodos de interpretación acordes a cada fuente así para el contrato se usaron las reglas de interpretación contractual contenidas en el Código Civil, para la ley el método exegético en su especificación de análisis gramatical, el método lógico

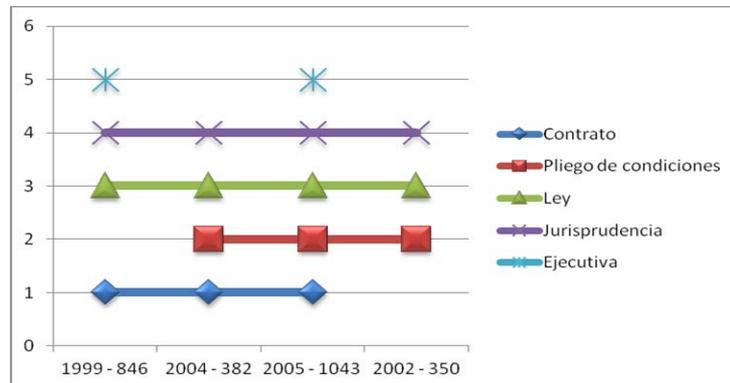
representando en el argumento de reducción al absurdo, el método finalista atendiendo a la finalidad de la norma superior y de la misma ley de contratación estatal y el método sistemático a partir de la integración de la institución en función de la división del ordenamiento jurídico y del precepto constitucional.

Lo anterior permitió al TAS cumplir con una función declarativa del derecho vigente, caracterizada por un análisis adjetivo necesario y un análisis sustancial profundo que le ubica dentro de una racionalidad limitada por las herramientas del ordenamiento empleadas, que le permitió intentar una corrección material por la referencia a consideraciones de orden constitucional e incluso políticas, económicas y del principio de igualdad, como ejercicio consecuencialista en procura de los intereses de la administración y de terceros.

Las tendencias descritas con anterioridad, y que caracterizan la labor interpretativa en la solución de conflictos en torno a la **nulidad de actos administrativos**, puede ser graficadas de acuerdo a las categorías que más divergencias muestran como son la de insumos o fuentes del derecho, la de métodos de interpretación y su especificación, la de la función del juez precisando el ejercicio adjetivo o sustantivo, la racionalidad limitada por la corrección material y el consecuencialismo.

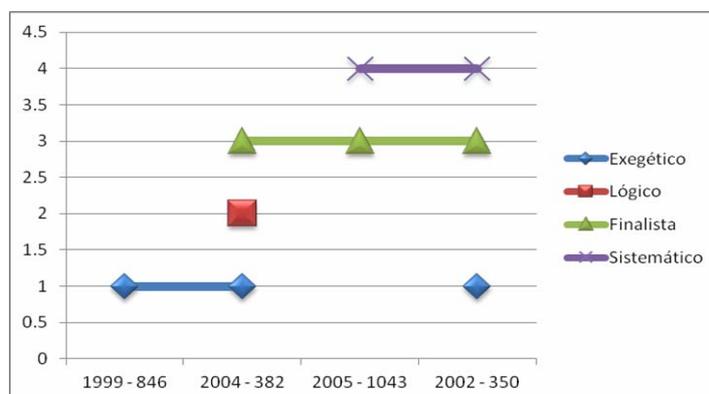
#### a. Insumos y Fuentes del Derecho

En torno a los insumos o fuentes del derecho, los cuatro fallos analizados emplearon la ley y la jurisprudencia, adicionalmente en tres de ellos se incluyó como fuente al contrato y al pliego de condiciones y en dos además fuentes de origen ejecutivo, así se representa gráficamente esta tendencia:



### b. Métodos de interpretación

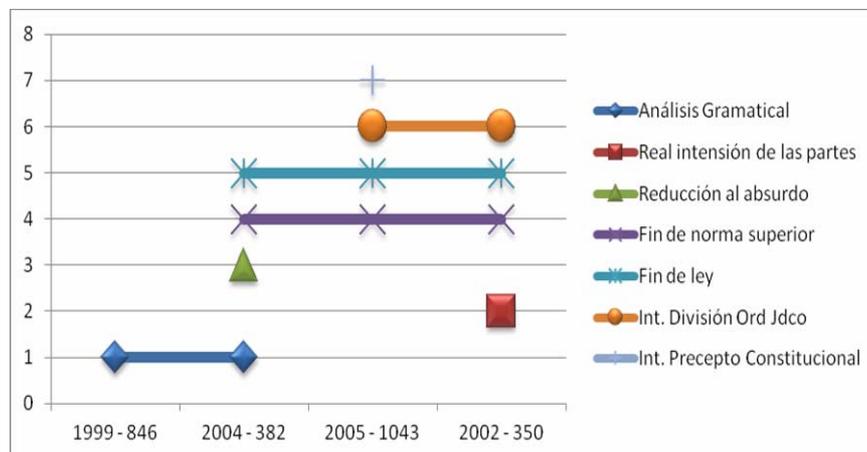
Los métodos de interpretación empleados por el TAS en los cuatro fallos analizados, en tres casos correspondió al método exegético, de los cuales en uno se conjuga con el método lógico, y en tres casos al método finalista, de los cuales se conjuga con exegético y sistemático. Así se representa gráficamente esta tendencia:



### c. Especificaciones del método

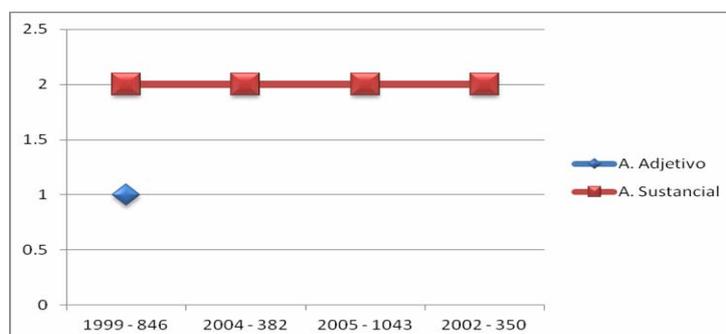
Las tendencias en torno a las especificaciones del método son aún más diversas. Así en tres casos se conjuga la finalidad de la norma superior y la finalidad de la ley, de los cuales dos involucran además la integración de la institución en función de la división del ordenamiento jurídico, en uno la integración a partir del precepto constitucional, en otro la regla de interpretación contractual de la real intención de las partes y en otro el argumento lógico de reducción al absurdo y el análisis

gramatical. Se observa un caso independiente en el que sólo se hace uso del análisis gramatical. Así se representa gráficamente a continuación:



#### d. Función Declarativa: Análisis adjetivo – Análisis Subjetivo

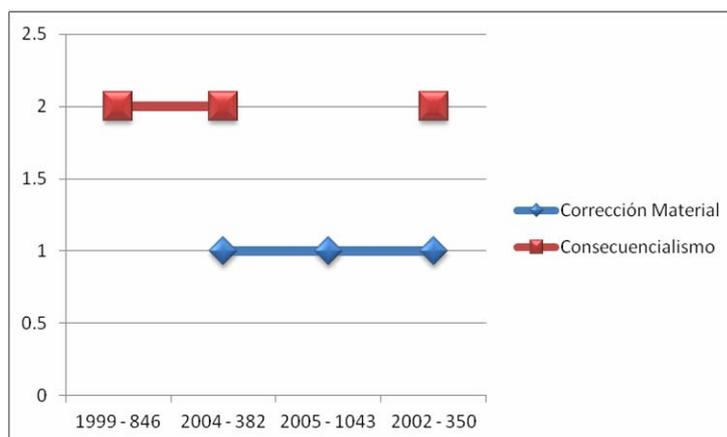
La función declarativa del TAS se dio a partir de un análisis sustancial de todos los fallos, lo que explica la diversidad de fuentes, argumentos y métodos de interpretación empleados. De los cuatro fallos sólo en uno hubo necesidad de hacer análisis adjetivo previo, que en todo caso fue superado para dar paso al análisis sustancial. Así se representa gráficamente.



#### e. Racionalidad: Corrección Material – Consecuencialismo

Una quinta representación gráfica se logra en este grupo de fallos, atendiendo a los argumentos en torno a corrección material o a la consideración de aspectos económicos, políticos, de igualdad y sobre los efectos del fallo, esgrimidos por el TAS. De los cuatro fallos analizados, existe un caso independiente en el que se

presenta consecuencialismo, en los otros tres se intenta la corrección material, dentro de los cuales dos se conjuga además el consecuencialismo. Así se representa gráficamente a continuación:



El tercer grupo de fallos analizados son los referidos a conflictos en torno a la **ocurrencia de hechos imprevistos y el rompimiento del equilibrio económico**. En estos fallos, al igual que en el grupo anterior, se evidencia una labor interpretativa mucho más estructurada que en el primer grupo. De esta manera los insumos o fuentes del derecho van desde la Constitución pasando por la ley, el contrato y la jurisprudencia.

De allí que los métodos de interpretación empleados sean el histórico, el exegético, el sistemático y el finalista, métodos que son especificados a partir de una gran variedad de instrumentos dependiendo del método así: para el método histórico se hace una revisión de la evolución normativa de la institución; el método exegético se especifica a partir del análisis semántico y de las reglas de interpretación contractual (real intensión de las partes y tenor literal de las expresiones); para el método sistemático se desarrolla a partir de la integración de la institución desde el precepto constitucional y la integración del contexto; y el método finalista atendiendo a la intención de la ley.

A partir de los insumos utilizados y el ejercicio interpretativo realizado, el TAS pudo desarrollar una función declarativa del derecho vigente a partir de un análisis de fondo de los conflictos sometidos a su conocimiento, por ello se entiende que a pesar de caracterizarse por una racionalidad limitada (pues la decisión se toma con las herramientas propias del ordenamiento jurídico) se intenta una corrección material por la consideración de argumentos de orden constitucional y su discrecionalidad no sólo se limita a decidir entre la fuente y su interpretación más adecuada sino que además decide atendiendo a lo que la Constitución y el contrato NO dicen respecto al caso concreto y lo que la Ley y la jurisprudencia SI dice.

En consecuencia, la pureza del método se caracteriza por una coherencia entre el sistema de fuentes integrado, el ejercicio interpretativo realizado y la decisión tomada, a pesar de que la misma fue contraria a los intereses de la persona de derecho privado, pues gracias a los diversos argumentos se logra comprender porque se niegan las súplicas de la demanda. Esta apreciación en torno a la pureza del método se logra gracias al análisis realizado a partir de las diversas categorías y los argumentos empleados por el TAS en cada uno de sus fallos, de los cuales se destacan como principales los siguientes:

Fallo No.	Principales Argumentos
1998 – 810	<ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="480 1413 1449 1630">1. Se busca establecer si la liquidación unilateral del contrato y el oficio ECP 00006 son nulos por adolecer de desviación de poder, falsa motivación y vulneración al derecho de defensa; y en consecuencia, si hay lugar a devolver al contratista el valor de la multa que le fue impuesta. Además si ECOPEPETROL incumplió el contrato y su adicional y si debe accederse al reconocimiento y pago de sumas de dinero por concepto de daño emergente y lucro cesante por incumplimiento del contrato. Determinar si se dio una situación de desequilibrio contractual, si hay lugar al reajuste de la obra ejecutada y a los intereses al reajuste y si se le deben reconocer al contratista obras ejecutadas no previstas pero autorizadas por la interventoría así como los mayores costos de administración.</li> <li data-bbox="480 1630 1449 1709">2. En relación con el acto administrativo demandado: el acta de liquidación unilateral adquiere la calidad de acto administrativo, que para el caso es un acto administrativo complejo integrado por dos actos administrativos. Por lo que es posible hacer su juicio de legalidad.</li> <li data-bbox="480 1709 1449 1892">3. En relación con la duda respecto al régimen aplicable: la ley 80 de 1993 dispone que los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación, sin embargo advierte que a partir de su publicación rigen los artículos 2, el literal 1 numeral 1 y 9 del art 24, las normas sobre contrato de concesión, el numeral 8 del art 25, el numeral 5 del art 32 sobre fiducia pública y encargo y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38 sobre servicios y actividades de telecomunicaciones entran a regir desde su promulgación y las demás disposiciones desde el 1 de enero de 1994,</li> </ol>

	<p>exceptuando las normas sobre RUP que entran a regir un año después de su promulgación. El contrato de obra pública fue perfeccionado en agosto de 1994, incorporando entre sus cláusulas la aplicación del numeral 5 del artículo 5 de la ley 80 de 1993. Por lo anterior a pesar de que el proceso de selección se dio en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el contrato y su adicional se perfeccionaron cuando ya la ley 80 había entrado a regir, en consecuencia esta es la norma aplicable.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>4. Cuando la entidad contratante no está sometida a la ley 60 de 1993, la administración se encuentra sometida a los principios de la función administrativa y a los principios generales de la contratación estatal contenidos en la ley 80 de 1993.</li> <li>5. La liquidación unilateral del contrato se presenta cuando intentada por la administración la liquidación voluntaria, el contratista se niega a suscribirla. Debe hacerse dentro de los dos meses siguientes después del vencimiento del plazo para liquidar (esto es el establecido por las partes o 4 meses siguientes a la entrega de la obra). Es necesario que previamente se proponga al contratista el proyecto de liquidación.</li> <li>6. Como en el contrato no se estableció término para su liquidación es aplicable el art. 60 y 61 de la ley 80 de 1993. El contrato se dio por terminado el 24 de mayo de 1996, los cuatro meses de ley vencían el 24 de septiembre de 1996 y los dos meses adicionales el 24 de noviembre de 1996, sin embargo por criterio jurisprudencial la administración tiene dos años a partir del incumplimiento administrativo de la obligación de liquidar unilateralmente, esto es el 24 de septiembre de 1998.</li> <li>7. Las multas son una potestad de la administración pública en la contratación administrativa, con carácter apremiante e intimidatorio, para que el contratista se allane a cumplir oportunamente las obligaciones contractuales, facilitando el control y dirección de la ejecución del contrato a la administración. Esta potestad puede ser ejercida antes de liquidar el contrato.</li> <li>8. La cláusula penal en un acto jurídico que genera una obligación distinta a la principal, accesoria a ésta y de naturaleza condicional. Ejerce funciones de apremio, garantía o estimación anticipada de perjuicios. La cláusula penal establecida en el contrato se tiene como estimación anticipada de perjuicios por la facultad de imponer multas que se otorga a la administración.</li> <li>9. El accionante no pudo demostrar la falsa motivación ni la desviación de poder alegada contra los actos administrativos demandados. Lo mismo ocurre con la vulneración al derecho de defensa.</li> <li>10. Equilibrio del contrato, obras no previstas y mayores costos de administración: el accionante manifiesta que con la suspensión de la obra se rompió el equilibrio económico generando gastos y perjuicios debidamente acreditados y que no fueron pagados por la administración.</li> <li>11. Son derechos del contratista recibir el pago de las prestaciones y que el valor de las mismas no se altere o modifique, en consecuencia tiene derecho a que la administración restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no son imputables a los contratistas.</li> <li>12. Es deber del accionante demostrar el alegado desequilibrio económico y los mayores costos de administración, incorporando los soportes de la información contable que se llevó en la ejecución del contrato, ya que es a través del análisis de los estados financieros, el informe del revisor fiscal, y demás papeles contables que se debe establecer si la ecuación contractual varió en detrimento de los intereses patrimoniales del contratista y si incurrió en mayores costos de administración.</li> <li>13. De las pruebas se observa que en varias oportunidades, y con él ánimo de preservar el equilibrio contractual, la entidad contratante realizó varios reconocimientos económicos al contratista. Estos reconocimientos se hicieron mediante actas de cruces de cuentas parciales que fueron aceptadas por ambas partes. Cuando no se presentan objeciones ni salvedades respecto a un desequilibrio económico o la incursión en mayores costos de administración, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores.</li> <li>14. En relación con las obras adicionales el contratista no discrimina entre las obras realizadas y no previstas dentro del objeto contractual, ni demuestra su valor ni su realización.</li> <li>15. En relación con el retraso en los pagos no se señalan las circunstancias de retraso, ni respecto de que actas, ni el lapso contractual ni los valores a pagar, ni la fecha en que debieron ser pagados y la fecha en la que fueron efectivamente pagados.</li> <li>16. Por lo anterior se niegan las pretensiones.</li> </ol>
1999- 123	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. El análisis de fondo que adelanta el TAS pretende determinar si en el caso sub judice le es aplicable la teoría de la ecuación contractual desarrollada por la jurisprudencia, y de ser así, si existió un desequilibrio en ella dentro del contrato. Además si el demandante debió ejecutar mayores cantidades de obra de las pactadas y debe la entidad contratante pagar por ellas y si el contrato se cumplió dentro del término pactado.</li> <li>2. El concepto de equilibrio económico o financiero del contrato nace en la jurisprudencia y la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista dicho beneficio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a</li> </ol>

	<p>la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato, sino es así, surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>3. El equilibrio económico se soporta en principios de reciprocidad, conmutatividad, garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, equivalencia, simetría o proporción en el costo económico de las prestaciones. Sirve como límite a la autonomía de la voluntad en aras de racionalizar la posición dominante de la administración.</li> <li>4. La responsabilidad por riesgos imprevistos es uno de los principios que se desarrolla al interior del concepto de equilibrio económico, consistente en que todo riesgo imprevisto al momento de celebrar el contrato debe ser íntegramente soportado por la entidad estatal contratante asumido por la administración. Por su parte el contratista sólo tiene la carga de asumir los riesgos inherentes a la actividad y que eran previsibles al momento de contratar.</li> <li>5. Los contratos a precios globales son aquellos en que el contratista, a cambio de las obligaciones o prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos honorarios, utilidad, vinculación de personal, subcontratos, obtención de materiales, impuestos, costos que implica el manejo del componente social y ambiental y en general todos los gastos requeridos para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.</li> <li>6. Un estado de imprevisión, de acuerdo al Consejo de Estado, exige que se trate de un contrato administrativo de ejecución sucesiva, como el contrato de concesión o de construcción de obra, que se trate de un evento excepcional ajeno a la voluntad de la parte que alega la imprevisión, y que altere temporalmente la economía del contrato, que se trate de un acontecimiento que no haya sido posible prever por las partes al momento de la suscripción del contrato, que el evento haga especialmente onerosa la ejecución del negocio jurídico y es necesario que el contratante no haya suspendido la prestación del servicio. La teoría de la imprevisión se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. En estos eventos no hay lugar a que so pretexto de haberse pactado un precio global por el contrato, se dejen de reconocer al contratista afectado, los mayores costos que debió asumir como consecuencia de las situaciones imprevisibles que acaecieron y que no le son imputables.</li> <li>7. La inobservancia del plazo establecido para el cumplimiento de las obligaciones configura el incumplimiento del contrato y puede ocasionar la imposición de sanciones. La administración podrá ejercer sus potestades sancionatorias legales frente al incumplimiento del contratista. Las partes pueden acordar consecuencias o sanciones adicionales a la de ley. Por tanto las partes pueden pactar la posibilidad de imponer sanciones cuando se presenta el retardo o incumplimiento en la ejecución del contrato como las multas o la cláusula penal pecuniaria.</li> <li>8. La ley aplicable al caso es el Decreto Ley 222 de 1993 por cuanto el proceso de selección y el pliego de condiciones ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993. En vigencia de este decreto las normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del estado son las normas de derecho privado. En consecuencia las normas aplicables son las del derecho privado.</li> <li>9. Para el caso en comento, el principio de la ecuación contractual, de donde deviene la responsabilidad y reciprocidad por riesgos imprevistos, no aplica por tratarse de contrato regulado por el derecho privado.</li> <li>10. Durante la ejecución del contrato se presentaron circunstancias que paralizaron las obras, tiempo que fue reconocido por el contratante a efectos de contabilizar el plazo del contrato, sin embargo no se hizo reconocimiento económico por los gastos en los que se incurrió de personal, maquinarias, etc. Para determinar la responsabilidad del contratante es necesario verificar que los hechos ocurrieron, que hubo un daño o perjuicio y que el mismo es imputable al contratante.</li> <li>11. Durante la ejecución del contrato se presentaron hechos imprevisibles como paro sindical, paros cívicos, condiciones climáticas y cierre de las instalaciones por visitas presidenciales. De estos hechos sólo el último es imputable al contratante porque a pesar de su imprevisibilidad las instalaciones fueron cerradas y con ello se impidió la ejecución del contrato. Probadas la ocurrencia del hecho y su imputabilidad al contratante, resta probar ahora el daño o perjuicio al contratista.</li> <li>12. No obran pruebas en torno a daño o perjuicio causado al contratista por los hechos imprevisibles ni demás acciones del contratante.</li> <li>13. Por todo lo anterior, se concluye que el contrato no fue ejecutado dentro del plazo pactado sin que dicha situación le sea atribuible a la entidad contratante y por ende la multa impuesta se encuentra justificada pues los días que superaron el término de ejecución contractual corresponden exactamente a los tenidos en cuenta por el contratante.</li> </ol>
--	---

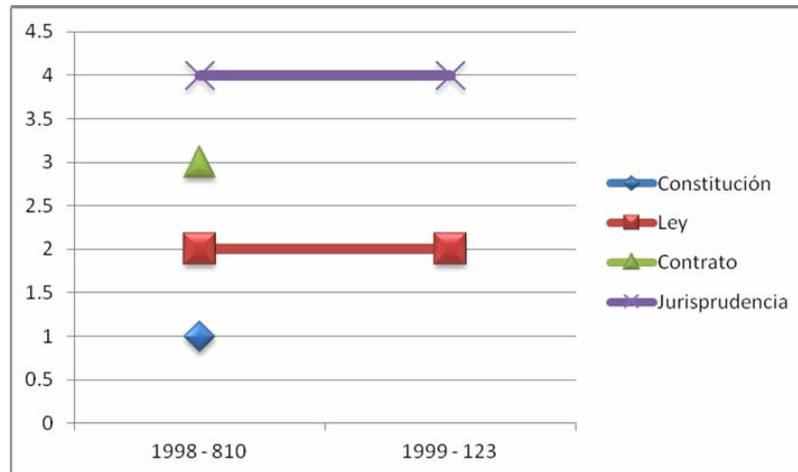
En conclusión, al decidir conflictos en torno a la **ocurrencia de hechos imprevisibles y rompimiento del equilibrio económico** el TAS utiliza un sistema de fuentes complejo integrado por la Constitución Política, el contrato, la ley y la jurisprudencia, en consecuencia los métodos de interpretación en los que se hace más acento son el histórico, a fin de revisar la evolución histórica de la norma, el exegético en su análisis semántico y sobre todo en el uso de las reglas de interpretación contractual del Código Civil (real intensión de las partes y tenor literal de las palabras), el sistemático a partir de la integración de la institución desde el precepto constitucional y la integración del contexto y el finalista a partir del reconocimiento de la finalidad de la ley.

Estos insumos o fuentes del derecho y el ejercicio de interpretación alrededor de ellas permiten al TAS una función declarativa del derecho vigente a partir de un estudio de fondo, una racionalidad limitada que intenta una corrección material por la consideración de argumentos de orden constitucional y una discrecionalidad coherente que le permite discernir lo que cada fuente dice o no respecto al caso concreto.

Las tendencias descritas en este tercer grupo, pueden ser representadas gráficamente a partir de las categorías que presentan mayor divergencia como son: insumos o fuentes del derecho, métodos de interpretación y especificidad del método.

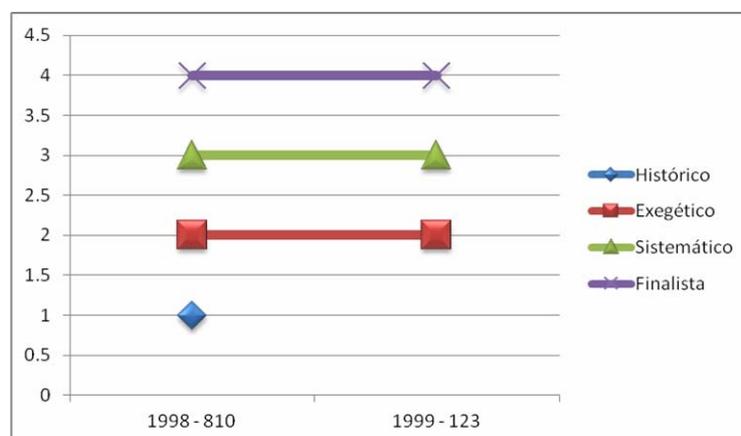
#### a. Insumos o Fuentes del Derecho

En relación con los insumos, de los dos fallos que conforman este grupo, en uno se emplearon como fuentes la Constitución, la Ley, el contrato y la jurisprudencia, mientras que en el otro sólo se emplearon la ley y la jurisprudencia. Así se observa en la siguiente representación gráfica:



### b. Métodos de Interpretación

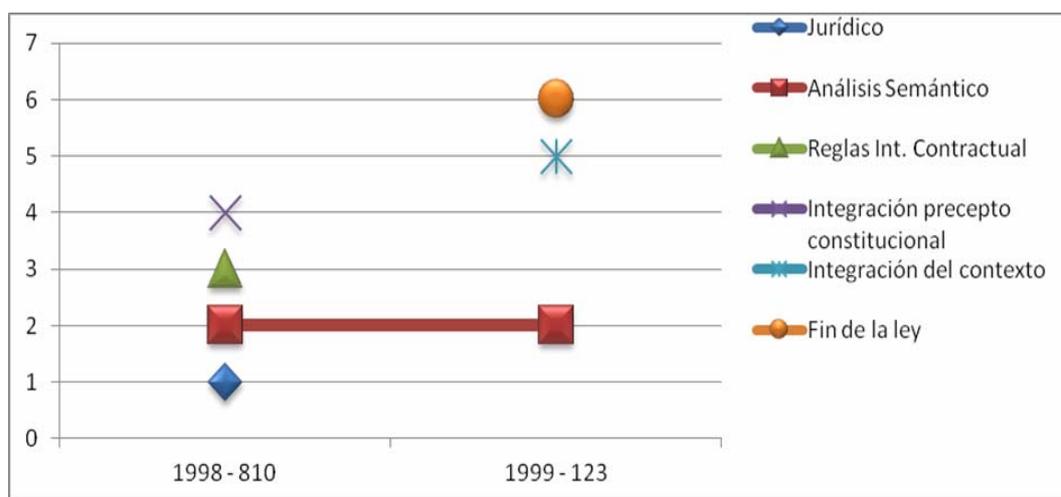
Respecto a los métodos de interpretación, la tendencia en uno de los fallos fue utilizar métodos como el histórico, exegético y sistemático, mientras que en el otro, además del exegético y el sistemático, se utilizó el finalista. Así se representa gráficamente de la siguiente manera:



### c. Especificaciones del método

En relación con las especificaciones del método, en uno de los fallos se hace especificación jurídica del método histórico, además de análisis semántico se aplican reglas de interpretación contractual y se integra la institución a partir del

precepto constitucional; mientras que en el otro, además del análisis semántico se integra la institución a partir del contexto y se atiende a la finalidad de la ley. Así se representa gráficamente a continuación:



El cuarto grupo sistematizado, referido a **la existencia del contrato**, retoma el estilo caracterizado en el primer grupo, es decir los insumos o fuentes del derecho aplicadas se reducen a la ley y a la jurisprudencia, incluyendo además el contrato, sin embargo esta inclusión es excepcional pues el caso giraba en torno a un conflicto por un contrato declarado nulo en otro proceso. En todo caso puede afirmarse que los insumos o fuentes del derecho se reducen en comparación con los grupos dos y tres ya descritos con anterioridad.

Como consecuencia de la utilización de la ley, el contrato y la jurisprudencia como fuentes, el método de interpretación empleado es el exegético en su especificación de análisis gramatical, por lo que la función del juez es declarativa del derecho vigente limitada en un caso al análisis sustancial y en el otro al análisis adjetivo, la racionalidad sigue siendo limitada y la discrecionalidad se reduce a la confrontación de las circunstancias fácticas con los presupuestos de hecho de la norma.

Así respecto a la pureza del método es limitada la referencia que pueda hacerse, pues el ejercicio del TAS se reduce a la identificación de la norma aplicable, la aclaración de las circunstancias fácticas y la conclusión de acuerdo a su confrontación con los presupuesto de hecho de la norma. Esto se debe a que los conflictos en torno a la existencia del contrato se fundan en el carácter solemne del contrato estatal, por lo que el análisis de fondo es limitado. Del ejercicio interpretativo elaborado, se deduce la decisión de negar las pretensiones de la demanda.

Las conclusiones que anteceden derivan del análisis de los fallos a partir de las categorías definidas y los argumentos del TAS en cada fallo, de los cuales se definen como principales los siguientes:

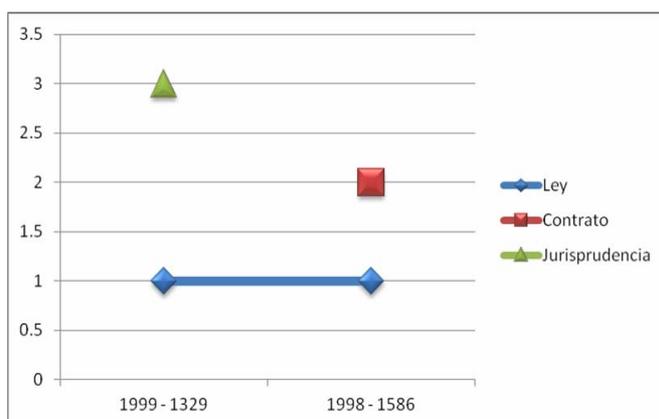
Fallo No.	Principales Argumentos
1999 - 1329	<ol style="list-style-type: none"> <li data-bbox="496 1048 1422 1137">1. Establecer la existencia del contrato presuntamente celebrado y de resultar probada su existencia, verificar el incumplimiento por el no pago de los servicios prestados.</li> <li data-bbox="496 1144 1422 1305">2. La existencia del contrato está sujeta al cumplimiento de unos requisitos esenciales in los cuales dicho acto no llega a configurarse o degenera en otro diferente. Así para que un contrato nazca a la vida jurídica y produzca los efectos pretendidos por las partes, es necesario que cumplir con los requisitos, elementos (contenido lega mínimo) y formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas.</li> <li data-bbox="496 1312 1422 1435">3. En materia de contratos estatales, la legislación ha establecido como solemnidad <i>ad solemnitatem</i> que el negocio debe estar contenido en un escrito. Excepto en caso de situaciones de urgencia manifiesta, dejando constancia por escrito de la autorización impartida para contratar verbalmente.</li> <li data-bbox="496 1442 1422 1697">4. En virtud del principio general del derecho de no enriquecimiento sin causa es posible que el juez del contrato analice las circunstancias fácticas con el propósito de determinar la existencia del negocio. Lo anterior porque no le es dable a la administración acrecentar su patrimonio con un correlativo empobrecimiento del particular, sin una causa justa que lo permita. El juez debe analizar si hubo acuerdo de voluntades con el fin de ejecutar determinada prestación y establecer si ésta se llevó a cabo por el contratista sin que el contratante cumpliera con la prestación a su cargo.</li> <li data-bbox="496 1704 1422 1794">5. En el caso concreto el contrato se celebró de manera verbal y no obra documento en el proceso en el que conste autorización a la administración para celebrar el contrato por razones de urgencia manifiesta.</li> <li data-bbox="496 1800 1422 1883">6. No obra en el expediente pruebas que permita analizar la manifestación de la voluntad de las partes en torno a la celebración del contrato por lo que se deniegan las pretensiones.</li> </ol>

1998 - 1586	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Determinar si puede declararse judicialmente la existencia de un contrato que fue objeto de declaratoria de nulidad en otro proceso judicial.</li> <li>2. La cosa juzgada se estructura a partir de la identidad de las partes, la identidad de la causa y la identidad de objeto a otro ya desatado.</li> <li>3. En el caso en comento existe identidad jurídica de las partes, identidad de causa e identidad de objeto con una acción contractual decidida en el TAS de descongestión y que declaró la nulidad del contrato, es decir lo consideró existente. En consecuencia hay cosa juzgada.</li> <li>4. Las pretensiones de declaratoria de incumplimiento y la de condena de la entidad contratante no prosperan.</li> <li>5. Por lo anterior se niegan las pretensiones.</li> </ol>
-------------	--

Las tendencias que caracterizan a este grupo, pueden ser representadas a partir de las divergencias en sus categorías, sin embargo por la sencillez de la labor interpretativa, sólo pueden ser graficadas las categorías de insumos o fuentes del derecho y de función del juez por el análisis adjetivo o sustancial realizado

a. Insumos o fuentes del derecho

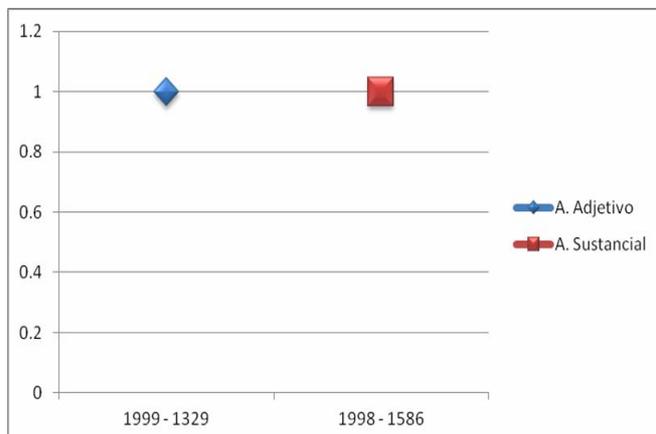
Los insumos o fuentes del derecho utilizados por el TAS en los dos fallos que conforman este grupo, en un caso se reduce a la ley y la jurisprudencia; mientras que en el otro a la ley y el contrato. Así se representa gráficamente:



b. Función Declarativa del Juez: Análisis adjetivo – Análisis Sustancial

Respecto a la función declarativa del TAS, y atendiendo a la sencillez del ejercicio interpretativo del TAS, de los dos fallos que conforman este grupo, en uno se hizo

análisis adjetivo que en últimas impidió hacer un análisis de fondo, mientras que en el otro caso fue posible el análisis de fondo. Así se represente gráficamente:



El quinto y último grupo de análisis, referido a los conflictos en torno a la **liquidación del contrato**, se encuentra integrado por dos fallos que accedieron a las pretensiones del demandante y a pesar de que también se hace un ejercicio interpretativo sencillo, es comprensible que se debe al tema objeto de conflicto, esto es la procedencia de la liquidación judicial del contrato.

Del análisis de los fallos que integran este grupo, se encuentra que los insumos o fuentes del derecho empleadas por el TAS son la ley, el contrato y la jurisprudencia, insumos interpretados a través del método exegético especificado a partir del análisis gramatical de la ley y a la aplicación de las reglas de interpretación contractual (real intensión de las partes). Así la función del TAS fue declarativa del derecho vigente a partir de un análisis sustancial del conflicto y las normas que le son aplicables, de donde se define una racionalidad limitada por el empleo de las herramientas propias del ordenamiento jurídico y la discrecionalidad representada en la identificación de la norma aplicable a partir de su interpretación.

En este sentido, la pureza del método se reduce a la confrontación de las circunstancias fácticas con los presupuestos de hecho de la norma a fin de aplicar

la conclusión que le sigue lógicamente, conclusión que se traduce en la decisión de declarar la liquidación judicial del contrato, accediendo así a las pretensiones de la demanda.

Las tendencias descritas, y que caracterizan la labor interpretativa del TAS, se define a partir del análisis de los fallos e la luz de las categorías definidas y de los argumentos del TAS, de los cuales se definen como principales los siguientes:

Fallo No.	Principales Argumentos
2000 – 2920	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La liquidación del contrato es obligatoria en los contratos de tracto sucesivo. El contrato de obra es un contrato de tracto sucesivo. Por cuanto la liquidación debe hacerse.</li> <li>2. La liquidación del contrato debe hacer dentro del término pactado por las partes en el contrato, en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Vencido el plazo acordado o los cuatro meses de ley, sin que se haga la liquidación de mutuo acuerdo, la administración cuenta con dos meses para hacer la liquidación unilateral del contrato. Vencidos los dos meses que tiene la administración para la liquidación unilateral, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación judicial del contrato, a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.</li> <li>3. En el contrato se pactó que la liquidación del mismo se haría en los términos del artículo 60 y 61 de la ley 80 de 1993, es decir 4 meses, que contaban desde el 15 de marzo de 2000 hasta el 15 de julio de 2000, sin embargo transcurridos los mismos no se procedió a la liquidación.. Vencido este plazo la administración tenía hasta el 15 de septiembre para hacer la liquidación unilateral y el contratista para solicitar la liquidación judicial hasta el 15 de septiembre de 2002. No obra en el expediente prueba de la liquidación unilateral del contrato.</li> <li>4. Se presentaron circunstancias por culpa de la administración que variaron las condiciones inicialmente pactadas, por un acuerdo de las partes se subsanó, quedando incólume el equilibrio contractual.</li> <li>5. En consecuencia el TAS procede a hacer la liquidación del contrato.</li> </ol>
2000 – 2608	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La liquidación del contrato es obligatoria en los contratos de tracto sucesivo. El contrato de obra es un contrato de tracto sucesivo. Por cuanto la liquidación debe hacerse.</li> <li>2. La liquidación del contrato debe hacer dentro del término pactado por las partes en el contrato, en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Vencido el plazo acordado o los cuatro meses de ley, sin que se haga la liquidación de mutuo acuerdo, la administración cuenta con dos meses para hacer la liquidación unilateral del contrato. Vencidos los dos meses que tiene la administración para la liquidación unilateral, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación judicial del contrato, a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.</li> <li>3. En el contrato se dio por terminado unilateralmente el 8 de noviembre de 1999, fecha a partir cuentan los cuatro meses para hacer la liquidación de común acuerdo, esto es hasta el 8 de marzo de 2000, más dos meses para su liquidación unilateral, esto es hasta el 8 de mayo de 2000. En el expediente no se prueba que alguna de las liquidaciones se produjera. Por lo que es posible acudir a la vía judicial para obtener la liquidación del contrato, contando para ello hasta el 8 de mayo de 2002.</li> <li>4. La liquidación judicial puede ser solicitada por la entidad contratante o por el contratista. Por lo que la entidad contratante como accionante cuenta con legitimación en la causa por activa. En consecuencia no prospera esta excepción.</li> <li>5. En consecuencia se declara y ordena la liquidación judicial del contrato.</li> </ol>

Teniendo en cuenta la forma en la que cada categoría se define en este grupo, no se presentan divergencias dentro de las mismas, por lo que no requieren de representación gráfica.

De esta manera se presentan en este capítulo los resultados del análisis realizado a partir de la definición de las categorías mencionadas y desarrolladas por cada grupo. De esta manera queda descrita la labor interpretativa del TAS y del consolidado de cada uno de los grupos pueden resaltarse las siguientes precisiones a modo de conclusión:

La labor interpretativa del TAS en el periodo 2008 – 2009, desplegada con el ánimo de dar solución a los conflictos contractuales sometidos a su conocimiento tuvo un acento marcado en el uso de la ley y la jurisprudencia como principales fuentes del derecho, con algunas excepciones en los conflictos en torno a la nulidad, en los cuales el sistema de fuentes se integra de manera más compleja por la Constitución, el contratos y otras fuentes adicionales.

De acuerdo a la forma de integración del sistema de fuentes, los métodos de interpretación más utilizados por el TAS, en ejercicio de su función de declarativa del derecho, son: el exegético con su especificación de análisis gramatical y semántico, además de la aplicación de las reglas de interpretación contractual consagradas en el Código Civil; el lógico a través de argumentos lógicos como el de contrariedad y reducción al absurdo; el sistemático a partir de la integración de la institución sea por la división del ordenamiento jurídico, el desglose de un precepto constitucional o la integración del contexto; el finalista en función de la finalidad de una norma superior o de la ley; y el histórico a partir de la revisión de la evolución normativa de la norma.

En este sentido la función del TAS siempre fue declarativa del derecho vigente y se caracterizó, en la mayoría de los casos, por hacer un análisis adjetivo previo al

análisis de fondo. Este análisis adjetivo en ocasiones, especialmente cuando a conflictos por incumplimiento del contrato se refiere, impidió al TAS ahondar en el estudio de fondo demandado.

Derivada de la función declarativa, el TAS se caracterizó en todos sus fallos por hacer uso de una racionalidad limitada, entendida esta por el uso de insumos jurídicos propios del ordenamiento jurídico, por lo que su función no se desbordó del deber de aplicar el derecho. Es desarrollo de esta racionalidad, la solución a conflictos en torno a la nulidad y a la ocurrencia de hechos imprevisibles y el rompimiento de equilibrio económico, el TAS intentó hacer una corrección material a partir del uso de argumentos de orden constitucional y en ocasiones fue consecuencialista al considerar aspectos económicos, políticos, sociales, entre otros, para favorecer los intereses de la administración o de terceros.

En el punto de discrecionalidad, el TAS se caracterizó por interpretar las normas aplicables y decidir conforme a la que más se adecuara al conflicto sometido a su conocimiento. De allí que a pesar de las decisiones desfavorables a los intereses de la persona de derecho privado, puede la misma justificarse en los casos sobre nulidad, ocurrencia de hechos imprevisibles y rompimiento del equilibrio económico y existencia del contrato, pues en los casos de incumplimiento el análisis adjetivo, que impidió hacer estudio de fondo del conflicto, no se encuentran fundamentos sustanciales de la negación de las pretensiones y en los casos sobre liquidación judicial del contrato, el TAS accedió a las pretensiones.

Finalmente, en términos de la pureza del método, resta decir que la decisión judicial adoptada por el TAS, con algunas excepciones ya mencionadas con anterioridad, se justificó a partir de los insumos o fuentes del derecho y el ejercicio interpretativo de los mismos, dando coherencia a las decisiones.

#### 4. CONCLUSIONES

La revisión teórica propuesta permite afirmar que la división trilemática de legitimidad – validez – eficacia sirve como modelo para el análisis de fallos judiciales a partir de la definición de un conjunto de categorías que guíen dicho ejercicio de aplicación. Para ello es necesario tener en cuenta lo siguiente:

Las teorías sobre fuentes y métodos de interpretación que responden al problema de lo jurídico desde la perspectiva de la legitimidad se caracterizan por postulados de corte iusnaturalista, que conciben la norma como emanada de una autoridad divina, supra humana, que define lo que es o no el derecho. Por eso lo jurídico está determinado según la correspondencia con esos postulados del derecho natural que han sido revelados a través de la razón. Sin desconocer la existencia de posturas más matizadas, desde esta perspectiva el juez aplica la ley porque la misma debe ser obedecida para conservar el orden y garantizar la igualdad, sin embargo está autorizado para apartarse de ella cuando ésta no resulta justa. El derecho así es lo justo y la decisión del juez debe entonces ser la más justa.

Las teorías sobre fuentes y métodos de interpretación que responden al problema de lo jurídico desde la perspectiva de la validez, se caracterizan por postulados de corte positivista, que conciben la norma como emana de una autoridad humana autorizada y en cumplimiento de un procedimiento establecido, ubicada en un esquema escalonado y jerarquizado en donde la validez de una normas está determinada por su correspondencia con la norma superior a ella y así sucesivamente hasta llegar a una norma fundante cuya validez no deriva de ninguna otra norma. En este sentido, la función del juez es de aplicación de la ley en su sentido literal o máximo consultado su auténtica intención, a la cual se puede llegar a través de la aplicación de métodos como el exegético o el

sistemático de interpretación. El derecho es entonces lo ordenado por la autoridad superior. Existen en esta perspectiva, posturas mucho más matizadas que resultan más ajustadas a los ordenamientos actuales, en virtud del cual la ley es entendida como ordenamiento jurídico que debe ser aplicado por el juez al momento de dar solución a un caso y entonces el derecho es lo establecido por el ordenamiento jurídico.

La perspectiva de la eficacia está integrada por aquellas posturas de corte realista que conciben al derecho como un sistema dentro del cual la principal fuente de derecho es la jurisprudencia por ser la solución real y concreta a los diversos casos que integran la realidad social, solución que debe responder a esos parámetros sociales que hacen al derecho y que deben ser consultados por el juez. Caracterizada por una postura sociológica, esta perspectiva concibe al derecho como el realmente aplicado en la sociedad, así el derecho es el realmente aplicado por los tribunales.

Por su parte, el Ordenamiento Jurídico Colombiano se enmarca en un modelo complejo en torno a fuentes del derecho y en consecuencia sus métodos de interpretación, toda vez que existe una mixtura –marcada con mayor precisión a raíz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional- de teorías que alimentan las perspectivas de la validez y la eficacia.

Pese a los intentos del TAS por atender a ese modelo complejo de fuentes y métodos de interpretación descritos, existen casos en los que la labor interpretativa hace mayor acento en la ley y la jurisprudencia como fuentes del derecho, involucrando de manera progresiva al contrato, la constitución y otras fuentes. Respecto a la labor interpretativa del TAS puede verse el capítulo tercero del presente trabajo, dentro del cual se imprimen las conclusiones correspondientes.

La importancia del estudio realizado, y de la conclusión obtenida a partir del mismo, reviste gran importancia por la naturaleza de la relación en conflicto, esto es la relación contractual de las personas de derecho privado con la Administración Pública. Esto por las finalidades que persigue la actividad contractual de la administración -cumplimiento de los fines impuestos al Estado por la Constitución Política- y el papel de la persona de derecho privado dentro de dicha actividad –colaborar a la administración en el cumplimiento de los fines estatales.

En consecuencia, dentro de una relación necesaria, como es la contractual de las personas de derecho privado con la administración pública, y caracterizada por circunstancia y conflictos de índole económico –por la contribución al desarrollo económico y social del país-, la solución judicial que se formule a sus conflictos, es un elemento que debe considerar la persona de derecho privado al momento de involucrarse en ella, pues el desarrollo fluido o no de la misma dependerá de esos supuestos. Esta circunstancia evidencia una vez más la importancia del estudio adelantado y descrito en estas líneas y los aportes del mismo desde la academia a la actividad del juez.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*; Barcelona, España: Ariel S. A. 2000. 201 p. ISBN 84 – 344 – 1643 – 3.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa. 2004.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, Bogotá, 1991.
- ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, en el Derecho como argumentación, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- BLANCO Zuñiga, Gilberto. Sistema de Fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Barranquilla (Colombia): Ediciones UNINORTE, 2007. 318 p. ISBN. 978-958-8252-51-3.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis. 1997. p, 20.
- CARRIÓN, Roque. (s.f.). *Tópicos de la interpretación jurídica*. 17 p.
- CISNEROS, Germán. (2004). *Metodología Jurídica*, Quito, Ecuador: Editora Jurídica Cevallos. 201 p. ISBN 9978 – 9913 – 3 – 6.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 10652 Sección Tercera, 1998.

- \_\_\_\_\_, Sentencia 14494 Sección Cuarta, 2006.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 15475 Sección Tercera, 2007. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 17253 Sección Tercera, 2007.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 9207 Sección Tercera, 1997.
- \_\_\_\_\_, Sentencia del 13 de Abril, Sección Tercera, 1994.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 037 de 1996. Bogotá: Mg, Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C – 083 de 1995. Bogotá: Mg, Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C – 113 de 1993. Bogotá: Mg, Ponente Jorge Arango Mejía.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C – 131 de 1993. Bogotá: Mg, Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C – 483 de 1993. Bogotá: Mg. Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C – 836 de 2001. Bogotá: Mg, Rodrigo Escobar Gil.
- \_\_\_\_\_, Sentencia SU 047 de 1999. Bogotá: Mg, Ponente Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

- \_\_\_\_\_, Sentencia C – 307 de 2000. Mg. Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T – 446 de 1992. Bogotá: Mg. Ponente Ciro Angarita Barón.
- DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid: Aguilar, 1973. p, 25.
- DÁVILA Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2da Ed. Legis. Bogotá D. C., 2003, 890 p.
- DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Barcelona, 1987 y 2001. 303 p. ISBN 84-344-1530-5
- DELGADO Gamboa, Rodolfo y SÚAREZ Manrique, Wilson Yesid. *Los principales factores del sistema de fuentes* En Revista IUSTITIA, No. 8 Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Enero – Diciembre de 2010. ISSN 1692-9403
- DELGADO Gamboa, Rodolfo. Autonomía Privada: Contratos en el Estado Social de Derecho en Memorias del 2º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, Octubre de 2010. p. 58 – 95. ISBN: 978-958-8477-21-3.
- DWORKIN, Ronald. El imperio de la Justicia; Barcelona, España: Gedisa S. A., 2008. p. 15 – 43.

- ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo de 2002. p, 55.
- GIRALDO Ángel, Jaime y GIRALDO López, Oswaldo, *Metodología Y Técnica De La Investigación Jurídica*. Bogotá: Librería Ediciones Del Profesional Ltda, 2007. 272 p. ISBN 978-958-707-121-4
- GÓMEZ Serrano, Laureano. *Hermenéutica Jurídica: la interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley limitada LTDA, 2008. 293 p. ISBN -958-676-413-1
- \_\_\_\_\_ . *Las fuentes del derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano* En Temas Socio-Jurídicos V. 26 No. 55 Diciembre de 2008. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga – UNAB, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas. p. 13 – 38.
- GUASTINI, Ricardo. *Concepciones de las Fuentes de Derecho* En Isonomía (11) 166 – 176, 1999. Traducción de Miguel Carbonell.
- JIMÉNEZ, William. *La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano*. 61 p. (s. f.) Recuperado el 6 de mayo de 2010 de <http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20JERARQU%CDA%20NORMATIVA%20Y%20EL%20SISTEMA%20DE%20FUENTES.pdf>
- KANTOROWICZ, Hermann. *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. de Werner Goldschmidt, en Savigny, Friedrich Karl von et al., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada: 1949, p, 361-367.

- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p, 6.
- \_\_\_\_\_ . *Teoría Pura del Derecho*, México: Editorial Porrúa, 2000, p, 201-212.
- LAMPREA Rodríguez, Pedro A. *Contratos Estatales*. Editorial Temis S. A. Bogotá D. C., 2007, 700 p.
- LEGIS Editores, *Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*. 4ta Ed. Legis, Bogotá D. C., 2008, 724 p.
- LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*, Octava reimpresión. Bogotá: Legis, 2009. 366 p. ISBN 958-653-492-8
- \_\_\_\_\_ . *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006.
- \_\_\_\_\_ . *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.
- MEJÍA, Óscar, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- \_\_\_\_\_ . *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, en Humanitas (nº33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.

- MIER, Patricia. El régimen jurídico del contrato estatal en *Revista de derecho público* (No. 17), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), 2004. pp. 59 – 76.
- MONROY, Marco. La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes. 2002. Recuperado el 6 de Mayo de 2010 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr3.pdf>
- MONTES, Susana. La solución de controversias contractuales por la vía arbitral. *Revista de derecho público* (No. 14), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes). 2002. pp. 135 – 142. Recuperado el 21 de mayo de 2010 de [http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14\\_A9.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14_A9.pdf)
- NARVÁEZ García, José Ignacio. Derecho Mercantil colombiano: La empresa y el Establecimiento. 1ra Ed. Legis. Bogotá D. C., 2002, 158 p.
- PACHECO, Máximo. *Teoría del Derecho*. Santiago de Chile., Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1990. 865 p.
- PARADA, Ramón. *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo.*, España: Marcial Pons. 2008. 77 p. ISBN 978 – 84 – 9768 – 574 – 0.
- PATIÑO, Araceli. *Interpretación Judicial*. Antecedentes. (s.f.). 25 p.
- RAMÍREZ, Elizabeth. *La investigación Socio-Jurídica*. Bogotá D. C, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2001. 392 p.
- RAMOS Fonseca, Marco. *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución* En *Revista de Derecho*, Universidad del Norte: 1:32-45,1992. Recuperado 29 de septiembre de 2011 de

<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/1/4%20Las%20fuentes%20formales%20del%20derecho%20colombiano.pdf>

- RAZ, Joseph. La intención en la interpretación en *Doxa*. 1997.
- \_\_\_\_\_. ¿Por qué interpretar? en *Isonomía* (No. 5). 1996. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Civil Colombiano.
- \_\_\_\_\_. Código Contencioso Administrativo –Comentado-. 25ª Ed. Bogotá: Legis, 2011.
- \_\_\_\_\_. Constitución Nacional de 1886.
- \_\_\_\_\_. Decreto 2067 de 1991. *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*. Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.
- \_\_\_\_\_. Decreto 2591 de 1991. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.
- \_\_\_\_\_. Ley 153 de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152, del 28 de agosto de 1887.
- \_\_\_\_\_. Ley 270 de 1996. *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

- \_\_\_\_\_ . Ley 57 de 1887. *Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*. Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887.
- \_\_\_\_\_ . Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.
- RICO, L. Teoría general y práctica de la contratación estatal (Sexta ed.). Bogotá D. C. , Colombia: Leyer. 2009.
- ROCHA, Cesaréo. *Manual de introducción al Derecho*, Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario. 2006. 325 p. ISBN 958 – 2898 – 10 – 5.
- RODRIGUEZ, Jaime. *Dinámica del control de constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley. 2006.
- ROSS, Alf. Teoría de las Fuentes del Derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 533 p. ISBN: 978-84-259-1357-0.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.
- SIERRA Porto, Humberto. Concepto y Tipos de ley en la Constitución Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (s.f.), 407 p. ISBN 958-616-356-3

- TARAZONA, Alberto. *El imperio de la Constitución y del precedente constitucional*. Bogotá D. C., Colombia: Ediciones doctrina y Ley Ltda. 2007. 325 p. ISBN 978 – 958 – 676 – 396 – 7.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Parte I 2ae, cuestión 90.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER. Proceso 2002 – 1576, Sentencia del 27 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Julio Edison Ramos Salazar. Ver en anexo CD FF 1 2002 – 1576.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2000 - 1514, Sentencia del 31 de Julio de 2008. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 2 2000 – 1514.
- \_\_\_\_\_. Proceso 1998 - 1623, Sentencia del 28 de Mayo de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 3 1998 - 1623.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2000 - 1815, Sentencia del 10 de Diciembre de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 4 2000 – 1815.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2000 - 2535, Sentencia del 13 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 5 2000 – 2535.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2000 - 891, Sentencia del 8 de Octubre de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 6 2000 – 891.
- \_\_\_\_\_. Proceso 1999 - 846, Sentencia del 22 de Enero de 2009. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 7 1999 – 846.

- \_\_\_\_\_. Proceso 2004 - 382, Sentencia del 9 de Julio de 2009. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 8 2004 - 382.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2005 - 1043, Sentencia del 25 de Julio de 2008. Mg. Ponente. Rafael Gutierrez Solano. Ver en anexo CD FF 9 2005 - 1043.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2002 - 350, Sentencia del 11 de Junio de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 10 2002 – 350.
- \_\_\_\_\_. Proceso 1998 - 810, Sentencia del 21 de Agosto de 2009. Mg. Ponente. Milciades Rodríguez Quintero. Ver en anexo CD FF 11 1998 – 810.
- \_\_\_\_\_. Proceso 1999 - 123, Sentencia del 29 de Agosto de 2008. Mg. Ponente. Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Ver en anexo CD FF 12 1999 - 123.
- \_\_\_\_\_. Proceso 1999 - 1329, Sentencia del 23 de Mayo de 2008. Mg. Ponente. Rafael Gutiérrez Solano. Ver en anexo CD FF 13 1999 – 1329.
- \_\_\_\_\_. Proceso 1998 - 1586, Sentencia del 9 de Julio de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 14 1998 – 1586.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2000 - 2920, Sentencia del 4 de Septiembre de 2008. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 15 2000 – 2920.
- \_\_\_\_\_. Proceso 2000 - 2608, Sentencia del 19 de Febrero de 2009. Mg. Ponente. Solange Blanco Villamizar. Ver en anexo CD FF 16 2000 – 2608.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Estudios sobre fuentes del derecho y Método Jurídico*, Madrid, España: Editorial Montecorvo S. A. 1982. 1136 p. ISBN 84 – 7111 – 179 – 9.

- VIDAL, Perdomo. Derecho Administrativo. 12 Edición. Bogotá D. C: Legis, 2004. 546 p.
- VIGO, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México. 2003. p, 35.
- ZAMBRANO, Cesar. (2002). Solución de las controversias contractuales mediante el sistema judicial. Problemas y recomendaciones. *Revista de derecho público* (No. 14), Bogotá D.C.: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes). pp. 119 - 124. Recuperado el 21 de mayo de 2010 de [http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14\\_A7.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/pdfs/R14_A7.pdf)