

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA

COLEGIO DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**ENERIET DAZA ARIZA
JAVIER MAURICIO SERRANO CHANAGÁ**

DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO

BOGOTÁ - COLOMBIA

junio de 2016

“DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO”

Monografía presentada como trabajo final de investigación, exigido como requisito de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Colegios de Colombia - UNICOC.

Dirección: Profesor Alberto Ramírez Vivero

“Todos tenemos por nacer, los mismos derechos. Ningún gobierno puede arrebatarlos justamente”.

George William Curtis

(1824-1892)

Escritor y orador estadounidense.

TABLA DE CONTENIDO

1	Introducción.....	4
2	Fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales de la responsabilidad precontractual y factores de imputación de la responsabilidad precontractual.....	5
3	Diferentes posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado frente a la responsabilidad precontractual del Estado Colombiano y reparación del daño al proponente bajo el régimen de responsabilidad precontractual.....	12
4	Conclusiones.....	24
5	Bibliografía.....	27

1. Introducción

El accionar del Estado por estar en evidente situación de ventaja frente a los particulares debe estar investido de las máximas garantías y lineamientos que aseguren total respeto a los derechos de estos. Por lo tanto, se hace de vital importancia buscar elementos que con algún grado de certeza permitan establecer la responsabilidad del Estado en situaciones no cobijadas contractualmente, pero que en todo caso revisten la posibilidad de generar un daño por su acción o inacción. En este punto es que se considera necesario abordar en particular, la responsabilidad precontractual por parte del Estado, en aras de posibilitar un fortalecimiento real y concreto de uno de los pilares de todo Estado de Derecho: la seguridad jurídica. Es pues este el motor principal el que orienta las líneas que aquí se consignan.

2. Fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales de la responsabilidad precontractual y factores de imputación de la responsabilidad precontractual.

De forma regular, se afirma que este tipo de responsabilidad nace como consecuencia de un comportamiento culposo en la formación de la voluntad contractual, evidenciado en la ruptura de principios generales del derecho, y que se traduce en la generación de un daño.

Por lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia en la esfera del derecho continental europeo, consideran que durante la etapa precontractual, los intervinientes deben actuar con diligencia, transparencia y buena fe. De esta manera, si se iniciaron conversaciones de cara a la configuración de un negocio jurídico determinado, con el propósito de causar daños a su destinatario, de obtener información confidencial, o simplemente, haciendo uso de la libertad de no contratar, se rompen injustificadamente las relaciones produciéndose un daño. De esta manera y siguiendo lo anterior, se ha definido que aquel que incurre en esas conductas, es sujeto de responsabilidad in contrahendo.

Von Ihering, estructuró la teoría de la culpa in contrahendo, evidenciando la posibilidad de que un contrato estuviera viciado de nulidad absoluta o llegara a ser anulable, como consecuencia de defectos engendrados en la etapa de formación del contrato. Dichos defectos justamente encontraban su causa en comportamientos desleales y de mala fe: ocultación de información, inducción a error, etc. Esta

verificación permitió con el paso del tiempo, se hiciera extensiva la teoría para ser aplicada a situaciones en las que no se llegaba a la celebración de un contrato¹.

En suma, la obligación de indemnizar los daños ocasionados durante la etapa precontractual como resultado de la falta de observación de los deberes que atrás se mencionaron, tiene su fundamento en los principios de la buena fe, no abuso del derecho, reproche del enriquecimiento sin causa, y el que sustenta cualquier tipo de responsabilidad: el imperativo de no causar daño a nadie.

En lo concerniente a la contratación pública, el fundamento de la responsabilidad del Estado en la etapa precontractual, se ha identificado con la obligación constitucional para éste de reparar los daños antijurídicos causados por la acción y omisión de las autoridades públicas².

Es de sumo interés observar cómo se ha evolucionado desde una completa irresponsabilidad del Estado, hasta el establecimiento de un principio abstracto de garantía del patrimonio de los administrados, que no gira en torno a la culpa, sino al deber jurídico que éstos tengan de soportar las consecuencias adversas originadas en el comportamiento de la administración pública. Hoy por hoy, la responsabilidad del Estado no se mira tanto como una sanción que deba recaer sobre éste, sino más bien - aun cuando no sea censurable o contrario a derecho el actuar de la administración-, como un mecanismo idóneo de reparación.

En síntesis, el fundamento de la responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual, se halla, indudablemente, en el contenido de los principios que

¹ Ortiz Monsalve, Álvaro, Consentimiento en Los contratos en el derecho privado, Legis, Universidad del Rosario, primera edición, 2007.

² Caro Quiroz María Teresa, El principio de la buena fe en la etapa precontractual en la contratación estatal, TD, Universidad Externado de Colombia, 2005.

se acabaron de mencionar, así como también en la observación de los principios de información, transparencia y objetividad. Se hace de vital importancia señalar que han tenido especial relevancia y protagonismo, el principio de la buena fe y el de no enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa ha sido principalmente aplicado en la etapa precontractual, en aquellos eventos en los que el adjudicatario había iniciado la ejecución del contrato sin haberse suscrito éste, y la administración habiendo reportado un claro beneficio de dichas prestaciones, negaba su reconocimiento económico. La jurisdicción contencioso administrativa, en consecuencia, ordenaba el pago al contratista por la labor ejecutada, aun cuando la entidad estatal no la hubiese ordenado expresamente, pero sí aceptado³.

Como evidente ejemplificación del principio del no abuso del derecho, se encuentra en el control tanto del acto que declara desierta una licitación como del que adjudica un contrato, pues cuando la entidad estatal los profiere persiguiendo una finalidad distinta de aquella para la cual fueron autorizados o concebidos por la ley, la administración incurre en responsabilidad por desviación de poder.

Acerca del rol que desempeñan estos principios en la etapa precontractual, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“Ahora bien, aun cuando la ley le confiere a la Administración Pública la facultad de autorregular sus propios intereses a través de la elaboración de los pliegos de condiciones (Ley 80 de 1993. arts. 30-2, 25-12 y 24-6), de todas maneras la misma ley inspirada en valores superiores y principios fundantes de la

³ Camargo Giraldo, Bruno, La licitación pública y la responsabilidad patrimonial de la administración, Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 1997.

contratación estatal, establece un conjunto de normas con carácter de ius cogens para ordenar imperativamente los lineamientos básicos a los cuales se somete el procedimiento de formación contractual. Dichos preceptos normativos se inspiran en reglas mínimas de razonabilidad y proporcionalidad destinadas no sólo a garantizar la vigencia de parámetros éticos como la lealtad y honestidad, sino también instituidas para preservar, entre otros, los principios de transparencia, responsabilidad, economía, concurrencia e igualdad de los ciudadanos en el acceso a los beneficios públicos. Estas exigencias se enmarcan finalmente en el principio constitucional de la buena fe, que le impone a la Administración la carga de elaborar con absoluta transparencia, objetividad e imparcialidad los pliegos de condiciones, sobre la base de una plena identificación de las obras, bienes o servicios que le interesa contratar, las condiciones técnicas, legales y económicas mínimas para su desarrollo y la plena identificación de las calidades exigibles a los concursantes; requisitos que, so pena de ser considerados ineficaces, deben resultar proporcionales con el objeto licitado.” República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU -713 de 23 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Principios de la responsabilidad precontractual del Estado.

En tratándose de la reparación integral, siempre y cuando se verifique probatoriamente acerca de la causación del daño y la cuantía del mismo, el juez debe orientar su condena con base en el principio de reparación integral. Hoy por hoy, en todas las ramas del derecho, y especialmente en materia de derechos humanos, la tendencia se concentra en reivindicar los derechos de la víctima tanto en su esfera patrimonial como extrapatrimonial, y no sólo con medidas de tipo económico, sino también con aquellas de tipo asistencial y psicológico.

Este principio es considerado la regla general en materia de reparación de daños. Y por ser decantado así, con mayor fuerza en nuestros tiempos, existen puntuales excepciones: una de ellas se ubica en el ámbito de la responsabilidad contractual teniendo en cuenta que el artículo 1616 del Código Civil, regula la extensión de la indemnización sobre la base de la culpa del contratante incumplido.

Por su parte, el artículo 1613 del Código Civil, establece que la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley. Dichas excepciones podemos hallarlas a manera de ejemplo en los artículos 1990 y 1991 del Código Civil en relación con el contrato de arrendamiento, y en los artículos 1881 y 1886 del Código de Comercio en punto a la responsabilidad del transportador⁴.

Es de anotar, que en todo caso se hallan algunas posturas doctrinales e incluso jurisprudenciales que se inclinan por restarle vigor al principio de reparación integral, apoyados en el principio de equidad, el cual también encuentra una incorporación positiva en la Ley 446 de 1998.

Lo anterior, se hace observable ya que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una norma, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece un deber para el juez de atender los principios de reparación integral y equidad para efectos de estimar y valorar los daños, lo que conduce a que el criterio de equidad pueda servir para morigerar en determinados supuestos el rigor o la imperfección del criterio de reparación integral, en temas tales como la gravedad de la conducta del autor del hecho ilícito frente a la magnitud del resarcimiento o la situación patrimonial de los intervinientes en el respectivo caso.

⁴ Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasa Miguel, Responsabilidad precontractual, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.

Se debe enfatizar que no se está de acuerdo con lo anterior, habida consideración que el principio de equidad está concebido para orientar al juez en aquellos supuestos en que ocurrido el daño, no es posible para el actor demostrar con exactitud la extensión o la cuantía del mismo, tratándose principalmente de daños extrapatrimoniales, en los que, en muchos casos, no es posible dimensionar las consecuencias del daño, e incluso, pueden llegar a ser irreparables.

Sin embargo, cuando exista un daño patrimonial debidamente acreditado tanto en su configuración como en su cuantía, el juez no está facultado para reducir la indemnización solicitada por la víctima, bajo consideraciones estrictamente subjetivas y contra la realidad probatoria, a menos claro está, que se halle en el plano de la responsabilidad contractual y expresamente una norma legal establezca una excepción como las que atrás se mencionan, o en el mismo contrato las partes hayan limitado válidamente su responsabilidad.

Respecto del daño emergente, el cuál se configura como la pérdida de un bien económico del que gozaba la víctima, el artículo 1614 del Código Civil lo define como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. A pesar de la aparente referencia de este artículo a supuestos de responsabilidad contractual, es aplicable también a las hipótesis que dan lugar a la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

Este tipo de daño no se identifica solamente con aquellos detrimentos ocasionados en el patrimonio de la víctima, para el momento en que se exige judicialmente la reparación; por el contrario, también se consideran de esta naturaleza los menoscabos que se produzcan en el futuro como consecuencia directa de la conducta antijurídica.

De esta forma, si el actuar antijurídico del causante del daño, obliga a la víctima a seguir incurriendo en gastos necesarios para restablecer su patrimonio a la situación en la que se encontraba en el momento de su ocurrencia, la reparación debe ordenarse a título de daño emergente.

Como veremos en seguida, lo que realmente diferencia al daño emergente del lucro cesante, es que el primero se refiere exclusivamente a aquellas pérdidas o disminuciones que sufre el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho antijurídico.

En lo concerniente al lucro cesante, entendida como toda ganancia o provecho que la víctima deja de obtener como consecuencia de un hecho antijurídico, cuando un bien económico que debía ingresar en el devenir normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

Es menester indicar, que este tipo de daño no sólo se refiere al dinero o las cosas dejadas de percibir, sino también a los servicios o ventajas que no pudieron ser aprovechadas por la víctima en razón de la conducta que impidió su concreción. Esta tesis tiene su fundamento en el mismo artículo 1614 del Código Civil, cuyo contenido se refiere tanto a las ganancias, como a los provechos en general que no se perciben⁵.

En derecho administrativo, las garantías a favor de la protección a las utilidades del proponente y el contratista, la contratación estatal, la normativa que le es aplicable trae varias referencias a este principio, bajo la premisa de que los particulares colaboran con el Estado en la consecución de sus fines.

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasa Miguel, Responsabilidad precontractual, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.

A pesar de que la referencia a la garantía de las utilidades del contratista contenida en el artículo tercero de la Ley 80 de 1993, fue derogada por la Ley 1150 de 2007, continuaron vigentes otras disposiciones que ratifican el principio en estudio, principalmente el numeral octavo del artículo 4, sobre los derechos y deberes de las entidades estatales, cuyo tener literal es el siguiente:

“8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.

La anterior previsión es muy enfática al respecto, e incluso precisa que la entidad estatal mantendrá las condiciones técnicas, económicas y financieras que existían para el contratista en el momento de presentar su oferta.

En general, representan un claro desarrollo del principio de conservación de las utilidades del contratista, las reglas del restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, previsiones que no son de pasmoso recibo en el derecho privado, pues dicha pretensión sólo se acepta en puntuales casos al amparo de la teoría de la imprevisión.

A renglón seguido, se hace necesario señalar otros deberes de las entidades estatales indicados en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que traslucen el mismo principio:

“Numeral 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

“Numeral 9: Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

Las anteriores referencias no hacen otra cosa que plasmar la premisa de que el Estado se sirve de los particulares para alcanzar sus fines, visión contemporánea del derecho administrativo, razón por la cual no es admisible que las entidades públicas se lucren u obtengan algún provecho en desmedro de los derechos de los proponentes o contratistas. Desde otro punto de vista, la posición dominante que ejerce el Estado sobre los particulares, sólo puede ser utilizada para la consecución del interés general en todas las fases de la contratación, y como contrapartida, el Estado tiene la obligación de reparar los daños antijurídicos que cause a los particulares, o de ayudarlos a superar los obstáculos para continuar ejecutando el contrato siempre que no obedezcan a culpa de aquellos.

Es importante indicar que las convenciones tendientes a limitar la responsabilidad extracontractual no proceden, ya que estas son sólo posibles en el marco de un contrato. En el ámbito extracontractual por lo tanto, debe regir el principio de reparación integral en cuanto hace relación a los daños patrimoniales, los cuales son susceptibles de ser demostrados con exactitud por parte de la víctima tanto en su ocurrencia como en su cuantía.

Para los tratadistas es de común aceptación el hecho de señalar que la responsabilidad extracontractual no admite límites o topes fijados previamente. El daño, en todas sus manifestaciones, y su intensidad son las circunstancias que determinan el monto de la indemnización que surge de la responsabilidad. Es decir, que los acuerdos de las partes a este respecto no tienen ninguna validez jurídica.

Esto es de enorme importancia teniendo en cuenta que la culpa in contrahendo se halla inmersa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. De esta manera, a menos que los negociantes celebren un contrato instrumental o preparatorio con el objetivo de establecer ciertas reglas de comportamiento precisas cuyo incumplimiento acarree consecuencias económicas determinadas y cuantificables, la obligación de reparar en la etapa precontractual no tendrá más límites que los impuestos por la prueba de los daños efectivamente causados de acuerdo con el grado de evolución en el que se encuentre la construcción del contrato.

Aplicado este principio a la contratación pública, podemos afirmar que cualquier estipulación contenida en el pliego de condiciones que prevea la limitación de responsabilidad de la entidad pública como consecuencia de una adjudicación ilegal del contrato, de la declaratoria de desierto de la licitación, o del rechazo de una propuesta válida, debe ser considerada ineficaz⁶.

Por tal razón, dicha sanción encuentra un referente claro en el artículo 5, numeral 3 de la Ley 80 de 1993, en relación con los derechos y deberes de los contratistas:

⁶ Cuello Duarte, Francisco, Contratos de la administración Pública, segunda edición, Ecoe Ediciones, Bogotá D.C., 2002.

“3. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones, ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”.

En conclusión, a través de un acto administrativo precontractual, no es posible que se restrinja, limite o anule, el derecho de los proponentes a exigir la indemnización de los perjuicios antijurídicos que sufran como resultado de una acción u omisión de la entidad pública en esta fase de formación del contrato.

3. Diferentes posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado frente a la responsabilidad precontractual del Estado Colombiano y reparación del daño al proponente bajo el régimen de responsabilidad precontractual.

Cuando nos referimos a las tratativas, existe la clara posibilidad de que con su puesta en marcha, se generen daños de diferente índole. Por lo tanto, existen daños que son resarcibles en las tratativas, como aquel o aquellos generados por una decisión arbitraria o injustificada de no abrir el proceso de licitación pública. En Derecho Privado, quien incurre en responsabilidad precontractual, está obligado a indemnizar, sin discusión, el daño emergente, entendido éste, como el desmedro patrimonial que se sufre con ocasión de los gastos e inversiones que no condujeron a su recuperación por la falta de celebración del contrato. Dicho concepto indemnizable ha sido vinculado por la doctrina al interés contractual negativo o interés de confianza.

La Corte Suprema de Justicia, por el contrario, ha defendido la idea de que la indemnización debe ser integral, comprensiva tanto del daño emergente - incluyendo la corrección monetaria - como del lucro cesante, concerniente a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectivas que pudieron haberse obtenido de explotarse dicha inversión, o de haberse aceptado otras ofertas que fueron desatendidas por la confianza y certidumbre que generó, la que se terminó injustificadamente.

En la doctrina se discute, si el lucro cesante se fija por la ganancia proyectada en el contrato que nunca se consumó, o por haber abandonado una posición u oferta más favorable que ciertamente existía al momento del hecho dañoso.

Por su parte, el Consejo de Estado en materia de contratación pública, ha utilizado diversos criterios para definir el monto de la reparación, entre ellos, la cuantía de la cláusula penal, o de la póliza de seriedad de la oferta, olvidando, que cuando los perjuicios son reclamados por la administración pública, ésta siempre tiene derecho a ser indemnizada en aquellos daños que no alcancen a ser cubiertos por la cláusula penal o las pólizas. La indemnización por la responsabilidad precontractual del Estado depende del avance del proceso de selección del contratista, pues no es igual, la situación del oferente quien tiene un simple interés jurídico, y la del adjudicatario titular de un derecho subjetivo al perfeccionamiento del contrato.

No obstante lo anterior, para el ámbito en que se desarrollan las tratativas, podemos considerar que la responsabilidad nacida de una conducta que no consulta la buena fe, que abusa del derecho a no contratar, o de la inobservancia de los deberes secundarios de conducta, se manifiesta en la obligación de reparar solamente el daño emergente y la pérdida de oportunidad, esta última cuando quiera que el negociante defraudado se haya abstenido de concluir una operación con un tercero, al haber confiado en la seriedad de las tratativas. Pero por otra parte, las pretensiones encaminadas a exigir el reconocimiento de la utilidad o beneficio que se esperaba reportar con el contrato cuya conformación fracasó por hechos imputables a la otra parte, deben desestimarse, teniendo en cuenta que el nivel de concreción y seguridad que generan las tratativas no es tanto, como para confiar en que irremediamente el contrato será una realidad.

En el campo de la contratación estatal, si bien es cierto que la entidad goza de la facultad de abstenerse de abrir el proceso de licitación, no lo es menos que no puede abusar de ese derecho. En efecto, cuando la administración exterioriza por primera vez su voluntad al mercado, permitiéndole realizar comentarios y sugerencias al proyecto de contrato que ha ideado, ya ha adelantado en su interior una serie de

estudios y trabajos que le han permitido identificar una específica necesidad, y concluir que la misma debe ser atendida. Por lo tanto, de ello se puede deducir fácilmente, que la entidad estatal no puede separarse de las tratativas de manera arbitraria, injustificada, o argumentando razones que se refieren a hechos que en su momento fueron superados, y de los cuales se tenía un convencimiento pleno, tales como, la repentina inocuidad o falta de utilidad del objeto que se pretendía contratar. Esta limitación en el margen de actuación de la entidad pública, se ve reforzada por la tendencia de la legislación hacia la apertura de espacios para que los particulares participen cada vez más en la fase preparatoria de los procesos de selección y en la definición de las bases técnicas, económicas y jurídicas del futuro contrato; de una parte, haciendo obligatoria la publicación de todos los estudios previos adelantados al interior de la entidad estatal, lo que facilita que los interesados inicien su análisis y evalúen las posibilidades de concursar en el eventual proceso de selección, y de otra, exigiendo que la respuesta a las observaciones que se planteen a dichos estudios previos y proyecto de pliegos de condiciones, sea motivada.

De esta manera, si la entidad estatal abusa de su derecho de no abrir el proceso de licitación pública, aplicando el criterio de reparación que estudiamos para el derecho privado, se debe reconocer a la persona que hubiese incurrido en gastos confiando en la razonable probabilidad de que el proceso de selección iniciaría, cuando menos el valor de los mismos, a título de daño emergente. Tampoco se encuentra razón para descartar de plano que el futuro proponente pueda exigir la indemnización de la pérdida de oportunidad, cuando quiera que logre demostrar que su decisión de concentrar su actuación en el proyecto exteriorizado por la entidad estatal fue la causa determinante del abandono de otra posible licitación o contrato privado, en los que ya no es posible participar.

De igual manera, existen daños que se presentan con ocasión de la emisión de la oferta. Teniendo presente que la emisión de una oferta comporta la manifestación de voluntad definitiva de una persona en el sentido de contratar siempre que el destinatario la acepte en las condiciones formuladas, es lógico afirmar que la protección que a éste deba brindar el ordenamiento jurídico sea mayor, pues el grado de confianza que en él se genera en torno a la inminente celebración del contrato es tal, que la revocatoria de la oferta podría asimilarse en sus efectos prácticos al incumplimiento del mismo contrato. Si se piensa bien, el hecho de que el oferente se retracte de su oferta una vez ésta se encuentre aceptada, no puede significar otra cosa que la deliberada inejecución de su objeto.

De hecho el artículo 846 del Código de Comercio, anticipa la protección que se le brinda al destinatario de la oferta, desde el momento mismo en que ésta le es comunicada, pues a partir de él, para el destinatario nace un derecho subjetivo a celebrar el contrato propuesto, el cual podrá ejercer durante el término establecido en la oferta; o en otras palabras, como lo describe la doctrina, el destinatario de la oferta tiene el poder de hacer nacer el contrato con la sola manifestación de su voluntad⁷.

A propósito de este artículo, es necesario distinguir entre la revocación de la oferta propiamente dicha, de lo cual sólo se puede hablar en estricto sentido desde el momento de su comunicación y antes de que el destinatario la acepte, y la revocación que se produce luego de la aceptación de la oferta, pues en tal caso, lo que realmente se produce es el incumplimiento del contrato que ya nació a la vida jurídica.

Es importante esta separación, pues a juicio de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 846 en comento en últimas permite al oferente retractarse de su propuesta con la

⁷ Cuello Duarte, Francisco, Contratos de la administración Pública, segunda edición, Ecoe Ediciones, Bogotá D.C., 2002.

única consecuencia de indemnizar los perjuicios que tal comportamiento cause al destinatario; sin embargo le niega la posibilidad de exigir la ejecución judicial del objeto ofrecido, o en otras palabras, la reparación in natura. Por el contrario, si la propuesta es aceptada, se despliegan desde ese mismo momento todos los efectos de la responsabilidad contractual, de tal suerte que el eventual arrepentimiento de llevar a cabo la prestación ofrecida genera la obligación de tutelar el interés positivo o de cumplimiento.

Debe indicarse que si nuestro ordenamiento jurídico acoge, como en efecto lo hace, el principio de origen alemán de la irrevocabilidad de la oferta, la solución correcta debería ser, en ambos casos, tanto cuando la oferta ha sido dirigida a un destinatario concreto y ésta simplemente le ha sido comunicada, así como también cuando ha sido aceptada, la tutela del interés positivo, el cual se concreta en el derecho de exigir el cumplimiento de lo ofrecido junto con la indemnización de perjuicios, o desistiendo de tal pretensión, el de reclamar la sola indemnización de perjuicios que en este evento será mayor, en el entendido de que se podría perseguir la reparación no sólo del daño emergente, sino también el del lucro cesante representado en las ganancias que la persona afectada con la revocación proyectaba tener con el contrato que no nació o que habiendo nacido con la aceptación, fue incumplido⁸.

También se debe aceptar, que la redacción del citado artículo 846 conduce a considerar válidamente soluciones e interpretaciones como la que acabó de reseñarse de la Corte Suprema de Justicia.

⁸ Monsalve Caballero, Vladimir, *Disertación Hacia Una Nueva Construcción En Colombia De La Culpa In Contrahendo*, 2007, Revista de derecho julio número 027.

Como se podrá apreciar, en este estadio el derecho de contratar o no contratar se ve seriamente limitado para el oferente, con claras consecuencias recogidas por las normas que regulan la oferta en el código de comercio.

A continuación se abordará las consecuencias jurídicas que traería para la entidad pública revocar su oferta, dependiendo del grado de evolución en el que se encuentre el proceso de licitación:

Llegado el caso que se revoque el acto de apertura de la licitación y que los interesados en participar no hubiesen tenido la posibilidad de hacerlo, la norma contemplada en el artículo 846 del Código de Comercio sobre la irrevocabilidad de la oferta, se debería entender en principio que la entidad pública al revocar el acto de apertura incurriría en responsabilidad precontractual, teniendo en cuenta que el pliego de cargos, que se hace público a través del dicho acto, debe considerarse en sí mismo una oferta.

Sin embargo, el principio de la irrevocabilidad de la oferta encuentra una excepción en el derecho público, incorporada de manera expresa por el párrafo segundo, artículo tercero del Decreto 2474 de 2008. Dicha excepción se circunscribe a la posibilidad que tiene la entidad pública de revocar directamente el acto de apertura con base en las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. De esta manera, es una facultad reglada que se explica por la salvaguarda del interés general.

Así las cosas, podríamos hablar entonces de la revocatoria legal o ilegal del acto de apertura. Dentro de los supuestos en los que se hallaría la primera, están las causales del artículo 69 *Ibídem*; todas aquellas circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, y a nuestro juicio, también las hipótesis en las cuales el fin perseguido por la entidad pública con el contrato no se alcanzaría, por circunstancias

imprevisibles y sorpresivas tales como el lanzamiento repentino de una nueva tecnología o de un descubrimiento que hace que los bienes inicialmente solicitados sean inútiles o totalmente ineficientes, y que en consecuencia, de continuarse con el proceso de selección y adjudicarse el contrato en las condiciones técnicas originales, se causaría un grave perjuicio para la administración pública y por lo tanto para el interés general.

Ahora bien, el hecho de considerar legal la revocatoria del acto de apertura, no descarta de plano la posibilidad de que la persona interesada en el proceso, a quien se le causó un daño con dicha decisión, pueda exigir la indemnización del mismo. Será necesario evaluar si se causó al interesado un daño antijurídico, cuyas consecuencias no tiene el deber de soportar. En este sentido, podría afirmarse que la entidad pública en los supuestos señalados en el párrafo anterior, revoca el acto válidamente, y por tal razón no puede reprochársele ningún vicio de legalidad; sin embargo, bajo el fundamento de privilegiar el interés público, no se puede sacrificar la legítima expectativa de una persona que confió en la seriedad y firmeza de un proceso de contratación y que, al amparo de ella, incurrió en gastos o dejó de aprovechar otra oportunidad de negocio cierta por concentrar sus esfuerzos en la preparación de una postura que por decisión de la entidad estatal nunca llegó a formular.

Por lo expuesto, debe considerarse que los interesados en participar en un proceso de licitación pública, que aún no han comunicado su ofrecimiento, y que se ven sorprendidos con la revocatoria legal del acto de apertura, tienen el derecho de exigir judicialmente la indemnización del interés negativo o de confianza, así como la pérdida de oportunidad, siempre que logren acreditar la existencia de un daño antijurídico.

De otra parte, cuando se está en presencia de una revocatoria ilegal del acto de apertura de la licitación pública, también serán objeto de protección los intereses que se acaban de mencionar, pues la extensión del daño no cambia por la gravedad de la conducta de la entidad; no obstante, este juicio sí será absolutamente relevante para determinar la responsabilidad personal del funcionario que adoptó la decisión, y sobre esa base, establecer la procedencia de la acción de repetición en su contra.

Si la revocatoria del acto de apertura, se verifica luego de que ha sido manifestado interés por parte de algunos oferentes, que tiene que ver con la emisión de la oferta, presentan una situación jurídica en concreto: como consecuencia de la comunicación del ofrecimiento o postura, se entiende celebrado un precontrato sujeto a condición resolutoria. Se debe observar, que la postura de cada proponente no tiene la naturaleza de oferta, sino que indica la aceptación de aquella formulada por la entidad pública con el pliego de condiciones. En esta medida, para el proponente nace una situación jurídica particular, que le confiere el derecho de ser adjudicatario del contrato si su postura cumple con los requisitos de los pliegos de condiciones y resulta ser mejor que las demás.

En el primer supuesto, la entidad pública revoca el acto de apertura a pesar de haber recibido una o varias propuestas, cambiando intempestivamente el curso normal de los hechos esperado por los proponentes.

Independientemente de la motivación que haya tenido la entidad pública para adoptar esta determinación, lo cierto es que si el proponente cumplía a cabalidad con las exigencias establecidas en los pliegos de condiciones, y aplicando los factores de escogencia indicados en ellos, su postura objetivamente era la mejor, sufrió un daño antijurídico que se materializó en la imposibilidad de ejecutar un contrato y con ello,

recuperar los gastos en los que incurrió para estructurar su ofrecimiento, y obtener la utilidad proyectada.

Para este momento, el juez ya cuenta con elementos de juicio suficientes que le permitan evaluar si quien demanda la reparación de los perjuicios, tenía derecho o no a ser adjudicatario del contrato; bastaría comparar el ofrecimiento con el pliego de condiciones si se tratara de una sola postura, o de hacer este mismo ejercicio también en relación con las otras, si alcanzaron a presentarse más. Lo que es preciso tener en cuenta al analizar esta hipótesis, es que de no ser por la actuación inesperada de la administración pública, se seguiría un curso normal del procedimiento de licitación con todas sus etapas, que conduciría a que el demandante hubiese sido el adjudicatario del contrato.

Al presentarse una variación considerable de los pliegos de condiciones luego de que han sido presentadas las posturas, en la medida en que esa circunstancia es anormal y no deseada en el proceso mismo de la licitación pública. Una vez que la administración toma la decisión de abrir un proceso de selección, debe contar con pliegos de condiciones definitivos, de tal manera que los futuros participantes pueden realizar posturas completas y suficientemente precisas.

En efecto, la decisión de variar las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones de manera sustancial puede generar la exclusión de algunos proponentes que no cumplan con las nuevas exigencias o que les sea imposible adaptarse a las mismas. Y desde otro punto de vista, es posible que abra la puerta a ciertos participantes que se habían abstenido de entrar al proceso de selección sobre la base de las previsiones iniciales. Por esta razón, ante la legítima necesidad de sustituir o ajustar sustancialmente las prescripciones del pliego de cargos, la entidad debe revocar el acto de apertura e iniciar una nueva convocatoria.

La sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente el principio de la inmutabilidad de los pliegos de condiciones luego de que se cierra la licitación pública; antes de dicho momento, la posibilidad de modificar sus disposiciones sólo puede obedecer a causas razonables y objetivas, así como también, a la necesidad de precisarlas como resultado de las consideraciones debatidas en la audiencia de aclaración regulada en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Con todo, la entidad pública debe garantizar que los ajustes que se produzcan sean conocidos por todos los participantes, y que no se vulnere el derecho a la igualdad. Al respecto en sentencia del 8 de junio de 2006, se sostuvo:

“Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva”. República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 76001-23-31-000-1996-02716-01. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Ese criterio jurisprudencial edificado sobre lo restrictivo en materia legal de modificación de los pliegos de condiciones lo adoptó la Sala en sentencia de 26 de marzo de 1992 (exp. 6.353, Consejero

Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo); allí se dejó en claro que una vez hecha la invitación a contratar por parte de la Administración el pliego de condiciones o los términos de referencia no pueden ser alterados ni modificados. Tal planteamiento se reiteró en otro fallo de la Sala, de 3 de febrero de 2000 (Exp. 10.399, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque) al razonar que las reglas de los pliegos de condiciones o de los términos de referencia deben plasmarse y formalizarse de manera fidedigna en el contrato. Esta línea jurisprudencial la Sala recientemente la precisó, en sentencia de 29 de enero de 2004 (Exp. 10.779. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez), providencia que observa que en el pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse.”

En cuanto hace al primer grupo de normas del pliego de condiciones o de los términos de referencia, que es justamente el que ocupa, en este juicio, la atención del Consejo de Estado, la Sala afirmó en la última providencia citada (sentencia de 29 de enero de 2004) el criterio que hoy reitera: que *“la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección.”*

De acuerdo con lo anterior, la entidad estatal podría realizar ajustes razonables y objetivos al pliego de condiciones en la medida en que no sean sustanciales, antes del cierre de la licitación. Si dichas variaciones necesarias, razonables y objetivas, afectan el núcleo o la esencia de las disposiciones que se refieren a los requisitos de

participación o de las condiciones jurídicas, técnicas o económicas de futuro contrato, la entidad estatal está obligada a revocar el acto de apertura con el fin de preservar el principio de igualdad y libertad de concurrencia. Sin embargo, si algún proponente cumplía a cabalidad con todas las exigencias del pliego de condiciones, y de acuerdo con éste, puede concluirse que su postura era la más favorable para la entidad, surge la obligación de reparar el daño antijurídico que se le causó como consecuencia de habersele privado de celebrar y ejecutar un contrato por motivos de interés público.

En esta instancia, en la que el participante ha comunicado su postura y por tanto ha aceptado la oferta formulada por la entidad estatal a través del pliego de condiciones, debe admitirse que la reparación se extienda hasta el lucro cesante, representado en las utilidades que proyectaba obtener el proponente con la ejecución del contrato. La misma conclusión debe predicarse, con mayor razón, cuando la entidad modifica arbitrariamente el pliego de condiciones y excluye al proponente que presenta las calidades que acabamos de anotar.

En lo referente a la declaratoria de desierta de una licitación pública, el numeral 18 del artículo 25 del estatuto de contratación pública, señala que únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, de tal suerte, que cualquier otra razón o justificación tornará el acto en ilegal.

Así las cosas, lo primero que se debe establecer es quién goza de interés en la causa para exigir algún tipo de indemnización con ocasión de la expedición irregular de este acto. El verdaderamente afectado, sin duda alguna, vuelve a ser aquel proponente que ciñéndose estrictamente a los requerimientos de la entidad ha presentado la mejor postura, de acuerdo con los parámetros de selección fijados en los pliegos de condiciones.

Se debe hacer énfasis en el siguiente aspecto: si de acuerdo con el numeral segundo del artículo quinto de la Ley 1150 de 2007, la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, de ello debe deducirse necesariamente, que una vez que todas las propuestas han sido presentadas y se cierra el término para el efecto, la labor de la entidad se reduce a verificar, a constatar cuál de ellas es la mejor. Se debe recordar que esa verificación, que se logrará con la simple comparación de las posturas, es la que definirá frente a cuáles de ellas operará la condición resolutoria a la que estaba sujeto el perfeccionamiento del contrato preparatorio.

Por otra parte, la responsabilidad precontractual de la administración pública también podría configurarse ante ciertos eventos que conducirían necesariamente a declarar válidamente desierta la licitación, por motivos de interés público. En otras palabras, se estaría frente a un acto legal pero que genera un daño antijurídico para un proponente. De tal forma, es admisible que la entidad pública declare válidamente desierta una licitación pública, por circunstancias advertidas luego del cierre de la misma, que evidencien lo inútil o perjudicial que podría resultar para el interés público, ejecutar el objeto que se proyecta contratar. A pesar de que haya habido de por medio un grave error de un funcionario público, al Estado no le es permitido invertir los recursos en un proyecto que está destinado a fracasar, o que no logra satisfacer la necesidad a la que respondió inicialmente. En esta prerrogativa de la cual goza el Estado, también se diferencia claramente el régimen precontractual en el derecho privado, del régimen precontractual en el derecho público, habida consideración que los jueces no podrían obligar al Estado a celebrar y ejecutar un contrato que no se corresponde con el interés general.

Sin embargo, esa potestad que podría denominarse excepcional, no puede ejercerse con desconocimiento de la situación jurídica del particular que tiene que ver sacrificado su legítimo derecho a ejecutar un contrato, por razones de interés público. De esta manera, si se concluye que dicho proponente no tenía el deber jurídico de soportar el daño que le produjo la repentina decisión de la entidad pública, tiene que aceptarse también, que dicho proponente tiene el derecho a la reparación.

De acuerdo con lo anterior, ese proponente cuyo derecho a contratar con el Estado es tutelado por nuestro ordenamiento jurídico, se identifica con aquel que haya presentado la mejor propuesta, la que era más favorable para la entidad de no haberse presentado la circunstancia sorpresiva que condujo a la declaratoria de desierto de la licitación pública.

Por último, de cara a la extensión de la reparación, teniendo presente el grado avanzado de vinculación jurídica que supone la presentación del ofrecimiento concreto durante la licitación pública, la situación del proponente que no fue beneficiado con el acto de adjudicación, no obstante haber presentado la mejor postura, es la misma que la del candidato a contratista, que con las mismas calidades, vio frustrado su derecho a contratar con el Estado como consecuencia de que el procedimiento fuera declarado desierto de manera ilegal o por una decisión de la administración, que no obstante estar ajustada a derecho, le causó un daño antijurídico⁹. En realidad se trata del mismo daño, ocasionado por una vía diferente. En ambos casos, el mejor proponente no llegó a ser adjudicatario del contrato preparatorio, y con ello no le fue posible celebrar el contrato definitivo. En ambos casos se trata de un incumplimiento de la oferta que formuló la entidad pública a

⁹ Del Castillo Restrepo, Edmundo. La reforma a la contratación pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus decretos Reglamentarios. Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.

través del pliego de condiciones, argumento suficiente para afirmar que las dos situaciones merecen un mismo tratamiento en cuanto a la reparación de los daños sufridos, y al interés que se debe tutelar, que no es otro que el positivo desde el punto de vista indemnizatorio, pero desprovisto de la acción de cumplimiento.

Visto esto, se debe abordar qué tipo de daños son resarcibles, cuando tienen origen en un acto ilegal de adjudicación.

En torno a este tema el consejo de Estado ha expuesto las siguientes tesis:

a) Desde 1988 el Consejo de Estado ya sostenía que, si el proponente interesado en obtener la nulidad del acto de adjudicación, además de acreditar vicios en el proceso licitatorio demostraba que su oferta era la mejor, tenía derecho a obtener la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que habría obtenido de ser el adjudicatario del contrato, o cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad de oferta.

Se llegó a esta conclusión al considerarse que se privaba ilegal e injustamente de celebrar y ejecutar el contrato, y con ello de percibir la utilidad proyectada, al proponente que, no obstante presentar la mejor oferta, no fue beneficiario de la adjudicación.

Este criterio fue ratificado en sentencia de 28 de mayo de 1998, en la que además se precisó, que la indemnización de los perjuicios materiales comprendía tanto del daño emergente como el lucro cesante. En ese sentido, se condenó al Estado a pagar en favor del actor el 100% de la utilidad que habría obtenido con la celebración y ejecución del contrato, así como también a reconocer un interés compensatorio a una tasa anual del 6% sobre el valor

histórico, desde la fecha en que el proponente hubiera recibido el pago del valor del contrato, hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia.

b) Con la sentencia de abril 12 de 1999, el Consejo de Estado evidenciaba un cambio en el tratamiento que le venía dando a este tipo de reparación. En efecto, sostuvo que el reconocimiento al proponente del 100% de la utilidad, no era equivalente con el daño que realmente le había ocasionado la decisión ilegal de la administración, ya que aquel no utilizó su fuerza de trabajo, ni se vio sometido a las dificultades propias de la ejecución del objeto del contrato; en otras palabras, según afirma el alto tribunal, no había satisfecho el débito contractual. Así mismo, argumentó que el proponente gozaba de un interés jurídico que consistía en la posibilidad de obtener utilidades razonablemente esperadas mas no garantizadas. Por estas razones, consideró, que el quantum de la reparación debía reducirse al 50% de la utilidad bruta proyectada, en aplicación del principio de la equidad, cuya consagración está prevista en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Adicionalmente ordenó el pago de un interés moratorio equivalente al 12% anual calculado sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con el numeral 8o, artículo 4o de la Ley 80 de 1993¹⁰.

Sostuvo adicionalmente, que el principio mencionado para solucionar el caso concreto era pertinente, ante la ausencia de elementos probatorios que permitieran conocer con exactitud, el monto de los costos de inversión o gastos de producción en función de los cuales se pudiera arribar a la utilidad neta. Esta posición fue reiterada en sentencia proferida el 18 de mayo de 2000.

¹⁰ Del Castillo Restrepo, Edmundo. La reforma a la contratación pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus decretos Reglamentarios. Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.

c) Corresponde a la desarrollada en la sentencia del 15 de junio de 2000. En dicho fallo, el Consejo de Estado concluyó que la entidad pública mediante la declaratoria de desierto de un concurso de méritos, privó al proponente del derecho a negociar el valor del contrato, dada su condición de líder en la lista de elegibles.

Consideró que el interés que se debía tutelar en el caso concreto coincidía con la pérdida de oportunidad, en la medida en que para el momento en que se expidió el acto, aún no se sabía con certeza si el proponente accionante y la entidad pública llegarían a un acuerdo económico. Por esta razón, a su juicio, la indemnización de la pérdida de oportunidad no puede ser igual a aquella que habría de reconocérsele al mejor proponente que sufrió perjuicios por un indebido acto de adjudicación, de tal manera, que la extensión de la reparación no podría llegar a la totalidad de la utilidad esperada con la ejecución del contrato.

Sentado lo anterior, y esgrimiendo un arbitrio judicial para determinar la cuantía exacta de la reparación tratándose de este tipo de interés tutelable, la Sala partió del 100% del valor del contrato celebrado posteriormente por el procedimiento de contratación directa, para concluir que el monto de la indemnización del proponente sólo debía ascender al 20% de la utilidad que normalmente se reconoce a una persona que realiza una consultoría. Aunado a ello, se ordenó actualizar el monto de la condena desde la fecha en que fue declarado desierto el concurso y el reconocimiento de intereses a la tasa del 6% anual sobre el valor histórico actualizado.

d) En la actualidad, planteada la controversia entre dos criterios supuestamente distantes como los que se acaban de exponer, el alto tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia expedida el 27 de noviembre de 2002 pareció retomar e inclinarse por la primera de las tesis desarrolladas. Sin

embargo, aun cuando la decisión concreta efectivamente reconoció al proponente vencido una reparación equivalente al 100% de la utilidad presupuestada en la oferta, lo que se pudo apreciar en la parte motiva, fue un estudio más profundo sobre las características del daño indemnizable, y los fundamentos normativos que justifican la decisión de garantizar la utilidad total al proponente ilegalmente privado del derecho a ser adjudicatario de un contrato estatal.

De esta manera se definió que el daño indemnizable debe ser cierto, concreto y no eventual; que el lucro cesante es una especie de perjuicio cierto toda vez que no se discute su existencia; que el resarcimiento es la reparación que corresponde a la medida del daño, y que la ley 80 en varias de sus disposiciones prevé el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas¹¹.

Al recapitular las posiciones jurisprudenciales en torno al quantum de la reparación, el Consejo de Estado señaló que en ausencia de prueba referida al monto indemnizable se había aplicado el principio de valoración en equidad, mientras que, cuando la entidad del perjuicio se deducía claramente de las pruebas procesales, el principio que prevalecía era el de reparación integral.

Así las cosas, concluyó que la reducción de la reparación a un 50% de la utilidad bruta no opera indistintamente para todos los casos, sino para hipótesis en las que no se pueda deducir la utilidad, por no haberse acreditado en el proceso el impacto de los costos demandados para la ejecución del contrato.

¹¹ Castro Cuenca Carlos Guillermo; García López Luisa Fernanda; Martínez Vargas Juan Ramón. La contratación Estatal: teoría general –Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario, 2010.

La tesis jurisprudencial que se acaba de comentar, ha sido ratificada en posteriores sentencias del Consejo de Estado. Así en fallo del 21 de mayo de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“La Sala considera entonces que cuando a un sujeto se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un daño antijurídico, del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato; concluye igualmente que esa pérdida de la utilidad esperada es un lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto”. República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 2008. Radicación: 66001-23-31-000-3254-02. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

En la citada providencia se arribó a las ganancias proyectadas por el proponente acudiendo al AIU que éste señaló en su propuesta. Así, dado que este concepto separa los costos indirectos, y aquellos rubros destinados a cubrir contingencias, se pudo determinar con facilidad la utilidad que el proponente esperaba obtener con la ejecución del contrato.

Aunado a ello, el alto tribunal ordenó la indexación de dicha utilidad desde la época en que de acuerdo con el plazo de ejecución, debía terminarse normalmente el contrato, al estimar que desde ese momento se comenzó a causar el perjuicio, y condenó a la entidad al pago de un interés del 6% anual, mediante el cual se pretendió reconocer los frutos civiles que habría producido tal suma de haber sido pagada oportunamente.

Se debe observar que el monto indemnizatorio que debe concederse al proponente no adjudicatario, corresponde al interés positivo únicamente en su aspecto de

equivalente económico. Por lo tanto, debe ser materia de reparación tanto el daño emergente, como el lucro cesante.

No hay razón jurídica alguna para limitar la extensión de la indemnización a montos inferiores al 100% de la utilidad que el mejor proponente esperaba recibir luego de la ejecución del contrato, pues como lo concluimos precedentemente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, dentro de la cual ubicamos la culpa in contrahendo, no es admisible ni eficaz restringir la reparación de los daños de contenido patrimonial. Así las cosas, la única directriz que está obligado a seguir el juez para determinar la condena económica en contra de una entidad estatal que incurrió en responsabilidad precontractual, no puede ser otra que la prueba de los daños.

Evidenciando las situaciones jurídicas que a estas instancias se han desarrollado, se tiene que la entidad estatal ha incumplido con los términos de su oferta contenida en el pliego de condiciones, y ha contravenido de paso el artículo 860 del Código de Comercio. Hay que recordar que la celebración del precontrato, sólo estaba sujeta a la verificación de una condición, cuyo cumplimiento solo beneficiaba a ese proponente y no a quien finalmente se adjudicó el contrato. Así, quien incumple los términos de su oferta, absteniéndose de ejecutar el objeto ofrecido en las condiciones anunciadas, debe ser condenado al pago del 100% del lucro cesante referido al contrato frustrado.

4. Conclusiones

Aún cuando superficialmente parezca adecuado entender que no consulta la justicia reconocer al proponente que logra acreditar su derecho a ser adjudicatario del contrato el 100% de la utilidad proyectada en su oferta, en la medida en que no ejecutó el contrato, ni se vio enfrentado a las vicisitudes propias del mismo, ni desplegó su capacidad organizacional y técnica, lo que en el fondo y jurídicamente es relevante, es que la entidad pública privó ilegalmente a ese proponente de colaborar con el Estado en el logro de sus fines y de obtener una ganancia por ello; que incumplió su oferta contenida en el pliego de condiciones; que esa conducta causó un daño cierto, y que éste, corresponde al daño emergente y al lucro cesante. En otras palabras, la reparación integral es la consecuencia apenas lógica de la actuación ilegal de cualquier persona que se traduce en un daño, y no puede ser la excepción la administración pública.

Es necesario partir, como lo ordena la propia Constitución Política de Colombia, de la buena fe, y por eso en materia de reparación de un perjuicio precontractual, no se puede suponer que el proponente tendrá dificultades que seguramente harán que su utilidad final se reduzca, o suponer que éste incumplirá el contrato; muy por el contrario, con base en el mencionado principio, hay que considerar que el proponente habría ejecutado el contrato correctamente si se le hubiese permitido, y que ello lo conduciría a obtener la utilidad proyectada en su oferta. Desde otro punto de vista, es preciso partir de la base de que los contratos se celebran para cumplirse y esa es, y siempre será, la expectativa de las partes.

Es claro que el principio de indemnización integral debe ser aplicado en todos aquellos juicios de responsabilidad en los que exista un daño patrimonial y éste sea

jurídicamente imputable a una persona con base en un factor de atribución. Si bien es cierto, que la ley 446 de 1998 incorpora el principio de la equidad en la valoración de los daños, sólo debe aplicarse tratándose de daños extrapatrimoniales cuya cuantificación exacta no sea posible; cuando la ley lo prevea de manera expresa para un caso particular; o cuando las partes han consentido que un árbitro decida de esa manera¹².

Lo que definitivamente no puede ser admitido, es que el principio de equidad prevalezca sobre el de reparación integral, y mediante esa interpretación se disminuya la indemnización de los daños que tanto en su existencia como en su cuantía, han sido plenamente acreditados en el proceso por el demandante, al considerar el juez que el monto es excesivo.

Y en otro sentido, si el demandante no cumplió con la carga de demostrar los perjuicios patrimoniales sufridos y su monto, el juez no puede valerse de ese principio y determinarlos a su arbitrio.

Finalmente, se considera oportuno mencionar que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, ha definido los presupuestos para que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación prospere, los cuales se concretan, en la carga para el demandante, de demostrar en primer lugar, que el adjudicatario no reunía las calidades exigidas por el pliego de condiciones para considerar su oferta como la más favorable, y en segundo lugar, que la oferta del accionante era la mejor.

Cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, ésta solo puede ser planteada por el oferente que se considere con

¹² Naranjo Flórez, Carlos Eduardo, Estatuto general de contratación de la administración pública, Legis, 2007.

derecho a resultar adjudicatario. Para ello deberá demostrar que su oferta es más ventajosa que la adjudicada y, a su vez, que es más ventajosa que las propuestas de los restantes oferentes. Así la jurisprudencia, reiteradamente, ha sostenido que quien demanda la nulidad de un acto de adjudicación debe probar i) que su propuesta es la mejor; y ii) que la del oferente beneficiado con el mismo no reúne las exigencias legales o no es la más conveniente para la administración.

Como puede apreciarse, la carga probatoria para el demandante es sumamente exigente, en el sentido de acreditar plenamente que su propuesta era la única con el mérito suficiente para ser la elegida por la entidad pública. Para llegar a ese convencimiento, el Consejo de Estado ha radicado de manera exclusiva en el actor, la responsabilidad de allegar al proceso judicial la documentación que integra las propuestas de todos los participantes en el proceso de licitación pública, inclusive, haciendo gala de un excesivo formalismo, en copia auténtica.

Daños resarcibles surgidos en el incumplimiento de un precontrato: decisión de la entidad pública de no perfeccionar el contrato estatal.

Es necesario identificar con claridad el tipo de precontrato frente al cual nos encontramos, y comprender la clase de obligaciones que de él se derivan, ya que éstas pueden estar distantes de la concreción de las cláusulas definitivas, o reducirse simplemente a una actuación que perfeccionará el contrato final sobre cuyas condiciones esenciales ya existe pleno acuerdo de voluntades.

A manera de ejemplo, un contrato o acuerdo de confidencialidad sobre la información suministrada, encaja dentro de esta clase de contratos, y se destaca, en cuanto a que su existencia se explica por esa relación en la que han entrado las partes con miras a la formación y celebración de un contrato, pero que aún se encuentra bastante lejos de

significar una concreción de éste. Esa amplia brecha permite concluir que en relación con el contrato final proyectado por las partes, el incumplimiento de este precontrato no puede conferir el derecho de exigir el reconocimiento de la utilidad que se pudo haber percibido con la celebración de aquel, y por el contrario, los daños resarcibles se limitarían a dos frentes: el primero, referido al precontrato mismo, de cara al cual se podrá reclamar el monto de la cláusula penal si ésta fue pactada en el acuerdo de confidencialidad, o desistiendo de ella, la indemnización de los perjuicios derivados de la revelación indebida de la información suministrada. En el segundo frente, y de cara a la frustración antijurídica de la celebración del contrato proyectado en plena etapa de tratativas, la indemnización de perjuicios debe comprender el daño emergente y la pérdida de oportunidad.

Por otra parte, si el precontrato define y precisa suficientemente el contrato definitivo, de tal suerte que para su perfeccionamiento sólo haga falta el cumplimiento de las formalidades legales, verbigracia, una promesa de compraventa de bien inmueble, los contratantes gozan de derechos subjetivos concretos a que se celebre y ejecute dicho contrato final, razón por la cual, el interés protegido debe ser el de cumplimiento o positivo, y en manera alguna se puede restringir al negativo o de confianza.

En derecho privado, el prometiente comprador de un inmueble tiene la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento del contrato, en el sentido de que se otorgue la escritura pública y se realice en su favor la tradición, o también que se resuelva, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Sin embargo, con base en el precontrato que se perfecciona con el acto de adjudicación, el adjudicatario sólo cuenta con la posibilidad de demandar la indemnización plena de los perjuicios, en el evento en que la entidad estatal se niegue a suscribir el contrato materia de licitación, y no podrá, a través de una sentencia judicial, forzar su cumplimiento. En este aspecto se separa claramente el régimen privado del público, pues en el último, bien porque se

encuentra de por medio el interés general, ora por respeto a la independencia de la rama ejecutiva del poder público, el interés positivo no se extiende hasta la potestad de exigir judicialmente a la entidad pública la celebración y ejecución del objeto contratado, sino simplemente su equivalente económico o indemnización de perjuicios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la entidad pública incumplió la obligación de hacer lo que le imponía el precontrato perfeccionado con el acto de adjudicación, ¿cuáles daños son resarcibles para el adjudicatario? La respuesta, luego de lo que se ha expuesto a lo largo de éstas páginas, no puede ser en otro sentido: el daño emergente y el lucro cesante; éste último integrado por la utilidad proyectada en la propuesta y que esperaba ser percibida con la ejecución del contrato, o por aquella ganancia que logre acreditar el adjudicatario en el proceso, en la hipótesis en que no esté claramente detallada en aquella.

5. Bibliografía

- Camargo Giraldo, Bruno, La licitación pública y la responsabilidad patrimonial de la administración, Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 1997.
- Caro Quiroz María Teresa, El principio de la buena fe en la etapa precontractual en la contratación estatal, TD, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Castro Cuenca Carlos Guillermo; García López Luisa Fernanda; Martínez Vargas Juan Ramón. La contratación Estatal: teoría general –Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Cuello Duarte, Francisco, Contratos de la administración Pública, segunda edición, Ecoe Ediciones, Bogotá D.C., 2002.
- Del Castillo Restrepo, Edmundo. La reforma a la contratación pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios. Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.
- Monsalve Caballero, Vladimir, Disertación Hacia Una Nueva Construcción En Colombia De La Culpa In Contrahendo, 2007, Revista de derecho julio número 027.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasa Miguel, Responsabilidad precontractual, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
- Naranjo Flórez, Carlos Eduardo, Estatuto general de contratación de la

administración pública, Legis, 2007.

- Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Fernández, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Ed. Temis. Bogotá, 2000.

- Ortiz Monsalve, Álvaro, "Consentimiento", en Los contratos en el derecho privado, Legis, Universidad del Rosario, primera edición, 2007.

- Ley 80 de 1993

- Ley 1150 de 2007

- Decreto 1510 de 2013

- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307, Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

- República de Colombia, Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 32871, Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 28 de 1998, expediente 4810, Magistrado ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de marzo 31 de 1998, expediente 4962, Magistrado ponente: Dr. Rafael Romero Sierra.