

RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ESTATAL DERIVADA DE LA NO ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO O DE SU ADJUDICACIÓN INDEBIDA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL¹

●
Luis Alonso Rico Puerta²

●
Recibido: abril 18 de 2007
Aprobado:

Resumen

La responsabilidad por la actividad contractual relacionada con la no adjudicación o adjudicación indebida de un contrato ha merecido de la jurisprudencia y la doctrina distintas posturas. En la jurisprudencial del Consejo de Estado se identifican tres posturas diferentes e incluso regresivas, que se han presentado desde el año 1998, en cuanto al porcentaje de la utilidad que se debe pagar a título de indemnización, la cual se fundamenta en la exclusión ilegal de un proponente en un proceso contractual o en la adjudicación de un contrato a quien no había formulado la mejor propuesta. Son esos cambios jurisprudenciales los que se pretenden abordar en este escrito.

1 El presente artículo es resultado de la actividad académica y docente desarrollada por el autor.

2 Abogado Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, especialista en derecho administrativo y Magister en Derecho procesal de la Universidad de Medellín, docente de tiempo completo de la Facultad de derecho de la misma Universidad en el área de derecho privado y Presidente del Instituto Colombiana para el estudio de la contratación estatal. lrico@udem.edu.co

Palabras clave

Responsabilidad contractual, adjudicación indebida de contratos, jurisprudencia del Consejo de Estado.

Abstract

The responsibility for the contractual activity related to the non-adjudication or the unduly adjudication of a contract has deserved different postures from jurisprudence and doctrine. In the jurisprudence of the State Council, three different and even regressive postures have been identified since 1988. they refer to the percentage of utility that should be paid as indemnity which is based on the illegal exclusion of a bidder from a contractual process or in the adjudication of a contract by someone who has not bidden the best proposal. This article aims at approaching these jurisprudential changes.

Key words

Contractual responsibility, unduly adjudication of contracts, jurisprudence of the State Council.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad por la actividad contractual relacionada con la no adjudicación o adjudicación indebida de un contrato ha merecido de la jurisprudencia y de la doctrina distintas posturas, no siempre decididas y, por el contrario, casi siempre oscilantes, dubitativas y en muchas ocasiones regresivas. En el presente artículo, se hace un rastreo sobre la jurisprudencial del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, al respecto, para identificar tres posturas básicas sobre el tema, con períodos también exactos.

La primera posición jurisprudencial data de 1988. Reconoce una indemnización del ciento por ciento de la utilidad esperada con la consecuente indemnización por el daño emergente. La segunda posición fue adoptada en 1999 y determina que la indemnización ya no corresponde al ciento por ciento de la utilidad espe-

rada. La tercera posición es del año 2002, en ella, el Consejo de Estado vuelve a la posición inicial de reconocer la indemnización por el ciento por ciento de la utilidad esperada.

La indemnización en cualquiera de esas cuantías siempre ha estado fundada en el hecho de excluir ilegalmente a un proponente de un proceso contractual en el que tenía derecho a intervenir, o en el de adjudicar un contrato a quien no había formulado la mejor propuesta.

Los períodos de adopción de posturas jurisprudenciales, la cuantía de la indemnización y el monto de la misma son los conceptos desarrollados en el presente artículo.

RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ESTATAL DERIVADA DE LA NO ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO O DE SU ADJUDICACIÓN INDEBIDA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Concretamente, el tema de la responsabilidad indemnizatoria por parte de las entidades estatales, relacionada con la adjudicación de contratos, ha sido fruto de largas y antiguas elaboraciones por parte del Consejo de Estado³.

Para efectos metodológicos, el tema puede dividirse en tres grandes variables: la exclusión indebida de un proponente en un proceso contractual en el que tenía derecho a permanecer; la no adjudicación de un contrato a quien legalmente debía adjudicársele; y la adjudicación indebida del contrato a quien no reunía la mejor propuesta para tal fin.

1. Desarrollo conceptual

En primer lugar, en la citada providencia se aborda el tema referente a la responsabilidad patrimonial estatal que surge por el hecho de no adjudicar el proceso contractual a quien tenía ese derecho. También examina el relativo a la adjudicación a quien no había presentado la mejor propuesta.

La primera advertencia del máximo tribunal de lo contencioso es que dicha responsabilidad surge por el hecho de negarle a una persona, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, generándole con ello un perjuicio patrimonial, el cual deberá probarse, y acreditarse su extensión.

Para ello, hace un recuento de lo que ha sido la tendencia jurisprudencial al respecto, así:

PRIMERA CONCEPCIÓN

Estima que cuando deja de adjudicarse un contrato a quien probó que su propuesta era la mejor, la indemnización debe ser total, plena, por lo que debe incluir el lucro cesante y el daño emergente.

Se funda en que como el proponente tenía derecho a que su propuesta fuera considerada en el proceso licitatorio y a que se le adjudica-

ra, y ante la *"imposibilidad de retrotraer al estado inicial dicho proceso o de que el juez obligue a la administración a contratar, deberá indemnizarse por los perjuicios materiales causados en su doble dimensión de daño emergente y lucro cesante"*, pedidos en la demanda y debidamente acreditados mediante prueba pericial practicada en el proceso.

La misma providencia agrega: *"La demandante arguye que los perjuicios están representados en la utilidad que dejó de percibir por no habersele adjudicado la licitación, la cual la estima en no menos de ocho millones (\$8.000.000.00)"*⁴.

En esa misma providencia, la jurisprudencia distingue adicionalmente dos conceptos: el primero, referido a la indemnización por la indebida adjudicación o por la falta de adjudicación. La segunda, por la que llama "pérdida de la oportunidad".

Respecto de la **"pérdida de la oportunidad"**, la hace consistir en el hecho de que una oferta que reunía la totalidad de requisitos y por lo mismo debía ser admitida, no lo fue sin razón válida para ello, con lo cual no se le permite continuar en el caudal negocial estatal.

Para esta segunda hipótesis, la indemnización no alcanza el 100% como está admitida para la indemnización por indebida adjudicación o para la falta de adjudicación.

Aquí, ya no va hasta el 100% de la utilidad esperada. En todo caso es inferior. Su cuantificación se hace acudiendo a la valoración en equidad.

Adicionalmente, luego de reconocer que cuando una propuesta no debe ser descalificada y por consiguiente debió haber hecho parte de las propuestas válidas para tener el derecho a ser evaluada, sostiene que *"... Al haberse privado al oferente de que su propuesta fuera considerada y dada la condición de favorabilidad que revestía debido a los precios y al plazo ofrecidos que permitían globalmente concluir que era la mejor para la entidad, la actuación de la entidad demandada com-*

prometió su responsabilidad, ya que causó perjuicio a quien la preparó y presentó con la expectativa de ser seleccionado".

El mismo tribunal apoya el concepto de menoscabo eventual afirmando que "*en casos especiales son resarcibles los daños y perjuicios por un menoscabo eventual*", que es lo que pasa, según Mazeaud y Tunc, "*cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una o pérdida. La dificultad proviene que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que "esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual"*⁵.

Para el Consejo de Estado, la "**pérdida de oportunidad**" es lesiva para quien fue privado de ella, pues no puede perderse de vista que *la chance* o la oportunidad posee un valor intrínseco, un valor en sí misma, completamente ajeno e independiente del hecho futuro que puede derivarse de que una contratación sea adjudicada o no.

La oportunidad o *la chance* genera en sí misma, la permanencia en un proceso negocial y la potencialidad de la adjudicación del contrato.

Negar la **chance** es negar esas potenciales ventajas.

SEGUNDA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

En esta segunda posición, el Consejo de Estado niega que la indemnización a cargo de la entidad estatal por la no adjudicación de un proceso contractual a quien tenía derecho a ello, ascienda al 100% de la utilidad esperada, como lo había sostenido hasta antes del año de 1999.

Precisamente en este año, mediante la sentencia de 12 de abril, de la sección tercera, expediente 11.344⁶ cambia dicha jurisprudencia, apoyándose para el efecto en dos razones:

La primera, porque estima que la **utilidad esperada no constituye un factor seguro**, indubitable, exacto, mensurable. Es apenas una mera expectativa, por lo que podría ser perfectamente inferior a la esperada, en el evento de que se hubiera ejecutado el contrato.

La segunda razón para el cambio de criterio la hace consistir en la **ausencia total de riesgos** de dicho proponente.

A este respecto sostiene que resulta evidente que el proponente, a quien a pesar de haber presentado la mejor propuesta no se le adjudicó el contrato, no corrió ningún riesgo de ninguna índole, esto es, no comprometió ni lo técnico ni lo económico, ni lo financiero en la realización de una conducta que no adelantó, a lo cual se agrega el **no haber empleado ningún esfuerzo laboral en la obtención de la utilidad esperada**; ambas razones sirven a esa Corporación para negar el 100% de la indemnización por concepto de utilidad esperada.

En la misma providencia, reconoce que a quien es privado de la adjudicación y posterior suscripción de un contrato, sin ninguna razón legal válida, se le causa un perjuicio, se le lesiona un bien jurídicamente tutelado consistente en el derecho a ejecutar ese contrato y, consustancialmente, a obtener unas utilidades que corresponden al giro ordinario de esa actividad negocial.

Por esa razón, es tarea ineludible la protección del patrimonio del proponente no adjudicatario, para lo cual debe otorgársele una indemnización que esté acorde con la entidad del daño que se le causó.

Seguidamente expone un argumento que es precisamente el que sirve para adoptar el

nuevo criterio jurisprudencial enunciado como segunda posición.

Lo hace consistir en el hecho de que si bien la no adjudicación del contrato sin causa justificada causa un perjuicio, le resta la posibilidad de obtener unas utilidades, no puede perderse de vista que estas no pueden reconocerse en su totalidad, es decir, según las expectativas del proponente, sencillamente porque no aplicó sus fuerzas de trabajo como tampoco la totalidad de la organización empresarial a la obra.

Proceder en sentido contrario significaría otorgarle un beneficio que bien podría romper el "*justo punto de equilibrio razonable, que ha de gobernar la fijación del quantum indemnizatorio*" en casos como los que se examina.

En desarrollo de dicha tesis, la Sala distingue entre la obtención de utilidades aplicando las fuerzas y la organización empresarial a la ejecución del contrato, que obtener idéntica utilidad sin haber ejecutado la obra.

En criterio de esa Corporación, obviar esta segunda consideración implicaría romper el principio de equidad "*que exige la consideración de la situación del responsable y no exclusivamente del perjudicado*"⁷.

Reitera que no se trata de negar la indemnización que conforme al derecho de daños se le debe otorgar al proponente. Se trata sólo de cuantificar el monto de tales perjuicios, para lo cual es indispensable admitir que las utilidades esperadas bien pueden quedar reducidas o compensadas, por el tiempo durante el cual la organización empresarial, financiera, técnica, legal, etc., no estuvo vinculada efectivamente a la ejecución del contrato.

O, en palabras de la Sala, "*no es lo mismo obtener las utilidades trabajando y ejecutando el contrato, que obtenerlas, sin haberlo ejecutado (...)*", pues esto último implica el denominado débito contractual.

La oportunidad o *la chance* genera en sí misma, la permanencia en un proceso negocial y la potencialidad de la adjudicación del contrato.

Conforme a la misma posición jurisprudencial, para la obtención de **utilidades netas**, es imprescindible efectuar unos gastos o unas inversiones. O, en otras palabras, no es razonable afirmar que exista **utilidad neta** sin inversión o sin gasto.

Por idéntica razón, afirma que cuando no medien elementos probatorios que permitan acreditar el monto de esos gastos, es decir, del débito contractual, el principio de equidad estima procedente que **se deduzca de la utilidad bruta estimada por el actor**, el 50%⁸.

TERCERA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

La última posición del Consejo de Estado, a la cual puede llamársele jurisprudencia vigente, marca un retorno a la primera posición jurisprudencial que reconocía el derecho a una indemnización equivalente al 100% de la **utilidad esperada**.

La tesis se sustenta en dos argumentos: el primero, según el cual no puede concedérsele ni más del 100% de la **utilidad esperada conforme a su propuesta** (ni menos, creemos nosotros, para lo cual bastará al actor probar que su propuesta era la mejor).

De conformidad con esa decisión, conceder una utilidad superior al 100% de la **utilidad esperada conforme a su propuesta** equivaldría a indemnizar un daño eventual y, por lo mismo, incierto, lo cual está prohibido por el orden jurídico.

El segundo argumento marca una evidente contraposición con la segunda posición jurisprudencial, en tanto admite que el monto

de la indemnización es del 100%, dado que al juez le resulta imposible establecer con absoluta seguridad que si al proponente se le hubiera adjudicado el contrato, no hubiese obtenido la utilidad que esperaba.

Esa es una consideración que resulta extraña y ajena al juez conforme a la nueva postura jurisprudencial. No hay ningún elemento que permita concluir que esa utilidad no se obtendría, pues no puede perderse de vista que precisamente el proponente había dispuesto todo un equipo técnico, operacional, financiero, económico, etc., que permitió calificar su propuesta como la mejor.

Nosotros creemos, por compartir plenamente esta tesis, que la cuantificación del perjuicio o la reparación del daño causado por la no adjudicación del contrato a la mejor propuesta es un desacierto administrativo que no puede trasladársele al proponente, haciéndolo partícipe de consideraciones que, si bien, desde el punto de vista filosófico encuentran bases plausibles, contrarían la realidad de la disponibilidad empresarial que el proponente empeñó y dispuso para afrontar el proceso contractual, con la consecuente adjudicación y ejecución del contrato.

Creemos que si bien el proponente no requirió, en la hipótesis que se examina, vincular en forma efectiva su organización empresarial a la ejecución del contrato, no es circunstancia que puede aducírsele para menguarle la utilidad esperada en la propuesta. Fue precisamente la administración la que impidió esa actividad al proponente y por ello debe indemnizarlo integralmente, es decir, por el 100% del valor de la utilidad esperada y presentada en la propuesta.

O como dice el Consejo de Estado, "*el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior*"⁹.

La pérdida de la utilidad esperada constituye un lucro cesante en tanto es un perjuicio cierto, agrega. Por idéntica razón, debe ascender al 100%, no al 50% como se decidió en otras ocasiones.

¿Cuál es entonces el criterio que esa Corporación señala como referente obligado para cuantificar en el 100% la indemnización por la no adjudicación del contrato?

O en sus propias palabras, ¿cuál es el fundamento real para considerar que el proponente en situaciones normales no habría de percibir la totalidad de la utilidad (indicada en su propuesta)?

Admite que por tratarse de un **perjuicio futuro y cierto**, "*en las más de las veces, el quantum del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general los costos directos e indirectos en que incurrirá el oferente de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso, y de los demás medios de prueba que muestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir, la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo*" (negrilla fuera del texto).

De otro lado, también contribuye a tal afirmación el hecho de que el propio estatuto contractual en muchas de sus disposiciones, advierte sobre el derecho del proponente a obtener utilidad¹⁰.

Por lo demás, en un argumento que estimamos esencial, el Consejo de Estado afirma que si un proponente prueba ante la entidad estatal haber presentado la mejor propuesta, no existe ninguna razón para pensar que esa idoneidad no ha de trasladarse a la ejecución del contrato, es decir, para afirmar que el mismo no sería cumplido "en las condiciones previstas en el pliego y en la licitación".

Precisamente, la comparación de las propuestas es el procedimiento que permite clasificarlas de mayor a menor en términos de con-

veniencia para la entidad estatal y para la satisfacción de los fines del Estado.

Esa misma comparación de las propuestas es la que permite cuantificar el monto de la utilidad esperada en cada una de ellas, refutándose así la tesis según la cual no es posible cuantificar el perjuicio¹¹.

Esa comparación de las propuestas está antecedida de una evaluación individual, en la cual es perfectamente posible identificar y cuantificar el monto de la utilidad esperada.

El rasero cierto y objetivo entonces para cuantificar el monto de la utilidad esperada, el valor de las utilidades que proyectó, no es otro que la propuesta misma, documento que en sí mismo, una vez presentado, se transforma en público con presunción de autenticidad, como lo explicamos al exponer el régimen de la licitación pública.

Esa propuesta permite, entonces, dice el C de E, cuantificar el monto exacto de la utilidad esperada. Para ello, bastará con excluir los **valores correspondientes a los costos directos e indirectos en que habría de incurrir el contratista para ejecutar el objeto contratado**. Incluirlos dentro del reconocimiento al proponente rompería la justicia, pues sería tanto como pagarle unos conceptos que no ejecutó, precisamente porque no se le adjudicó el contrato.

Finalmente, reitera que establecer como monto de la indemnización a cargo del Estado por la no adjudicación de un contrato el 100% **de la utilidad neta esperada que habría obtenido el proponente de mejor derecho**, de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato y de haberlo celebrado y ejecutado, equivale a excluir esfuerzos que no fueron ejecutados por el proponente, inversiones no efectuadas y, en general, un debito contractual que no tuvo lugar¹².

Este monto indemnizatorio del 100% de la utilidad neta esperada en la adjudicación y eje-

cución del contrato, que el Consejo de Estado reconoce como aplicable, en principio, a favor del **proponente de mejor derecho, a quien precisamente no se le adjudicó el contrato**, solo podría modificarse o excluirse, si en la relación procesal hubiese sido objeto de debate "*la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla*", todo lo cual tendría que probarse.

Ese 100% equivalente a la utilidad neta esperada por el proponente de mejor derecho se debe imputar al lucro cesante¹³.

En la misma posición jurisprudencial, se hacen dos afirmaciones que resultan trascendentales para la discusión jurisdiccional de temas como el presente.

La primera hace referencia al hecho de que la no adjudicación de un proceso contractual al mejor proponente no siempre genera perjuicios por el no incremento de su capacidad contractual (K).

La segunda, que tampoco se puede afirmar como regla absoluta, que de la misma circunstancia pueda derivarse que los integrantes de un consorcio o un proponente individual sufran deterioro de su buena fama y su *good will*.

Lo primero, porque es necesario establecer el porcentaje en el que efectivamente se incrementaría el K, de ejecutar dicho contrato.

La proporción de los valores de los contratos resulta determinante en esa materia. Puede darse el caso que por el valor mismo del contrato, finalmente el puntaje del K no resulta decisivo para mejorar este aspecto¹⁴, bien, podría haber ocurrido que en lugar de un correcto cumplimiento del contrato, perfectamente podrían haber sido sancionados, lo cual es predicable al *good will*.

Precisamente por ello, respecto de este último punto, cabe señalar que la no adjudica-

ción de un contrato al mejor proponente le niega injustificadamente el derecho a ejecutar el contrato y obtener utilidad, pero no lesiona automáticamente su buen nombre.

CONCLUSIONES

La posición jurisprudencial sobre el tema de la responsabilidad por la adjudicación indebida o no adjudicación de un contrato estatal puede resumirse en tres grandes etapas:

Primera posición: año de 1988. Se debe indemnizar el ciento por ciento del daño emergente y el lucro cesante por la indebida adjudicación o por la falta de adjudicación. Es decir, el ciento por ciento de la utilidad esperada con la consecuente indemnización por el daño emergente.

En este mismo año, se adopta, como **variable de la teoría, la denominada pérdida de oportunidad**. Se aplica a la oferta que a pesar de reunir la totalidad de requisitos para ello ni siquiera fue evaluada. En este caso, no indemniza el 100%, sino un porcentaje fijado en equidad por el arbitrio judicial. Se le llama **menoscabo eventual**. Se sustenta en el hecho de que aunque ya no hay ninguna utilidad, reconoce que **la chance**, la oportunidad tiene un valor en sí misma, que es precisamente lo que debe indemnizarse.

Segunda posición: 1999. La indemnización ya no corresponde al ciento por ciento de la utilidad esperada. Las razones para ello son dos, básicamente:

a) La utilidad es o era apenas una mera expectativa. Nada cierto había en ello.

b) El proponente nunca aplicó su fuerza de trabajo. Sobre esta base, el Consejo de Estado llegó a limitar la indemnización hasta al 50%, si no se acredita el débito contractual, posición reiterada en el año 2000.

Tercera posición: año 2002. El Consejo de Estado vuelve a la posición inicial de reconocer la indemnización por el ciento por ciento de la utilidad esperada. Ese valor se determina con base en la oferta. Para dicha Corporación, el que el proponente no haya tenido que hacer ningún esfuerzo no significa que necesariamente su utilidad haya sido inferior.

En dicha postura define el concepto utilidad, como aquella que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo.

Esta tercera posición pareciera reconocer solamente el lucro cesante, no el daño emergente, pues niega el reconocimiento del valor de la póliza de seriedad de la propuesta. Tampoco alude expresamente al menoscabo eventual.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 1 de marzo de 2006, Sección Tercera, expediente 14576, publicada en Jurisprudencia y Doctrina de noviembre del mismo año.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 28 de mayo de 1998, expediente 10.539, demandante Sociedad Muebles Metálicos FAMET Ltda., demandado Instituto de Seguros Sociales.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de diciembre 9 de 1998 –expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 12 de abril, de la sección tercera, expediente 11.344. Proceso de Miguel ángel Castellanos Rodríguez contra Himat.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de mayo 18 de 2000, en el proceso de sociedad constructora Bruges y Cía. S. C. A contra Colpuertos.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de noviembre 27 de 2002, expediente 13.792 en el proceso de Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía. Ltda. contra Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali, Invicali.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires, Editorial Ejea, volumen I, Tomo I. 1977, pág. 307.

Notas

3 El detalle sobre la evolución jurisprudencial se encuentra en la Sentencia de 1° de marzo de 2006, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 14576, publicada en Jurisprudencia y Doctrina de noviembre del mismo año, de la cual extractamos lo pertinente.

4 Y agrega la providencia: "La demandante arguye que sus perjuicios están representados en la utilidad que dejó de percibir por no habersele adjudicado la licitación pública la cual estima en no menos de ocho millones. Los peritos por su parte, después reanalizar los costos de los bienes licitados por cada ítem, y de restarlos al valor ofrecido por el licitante, obtienen la utilidad de la siguiente manera (...)

En este orden de ideas, acorde con lo dispuesto por el a quo en la sentencia de primera instancia y ahora por la sala, a la demandante se le reconocerá las siguientes sumas de dinero:

A) A título de daño emergente la suma de \$2.706.188 que corresponde al ciento por ciento (100%) que hubiera recibido como utilidad de habersele adjudicado el ítem nro. 4° de la licitación, suma que se actualizará, como lo dispuso el a quo con el índice de precios al productor –antes al por mayor- certificados por el Banco de la República para lo cual se tomará como índice inicial el del mes de enero de 1989, y final el del mes de abril de 1988.

En la misma providencia, respecto de este literal A, el propio Consejo de Estado recuerda que la decisión había sido tomada en sentencia de 28 de mayo de 1998, expediente 10.539, demandante Sociedad Muebles Metálicos FAMET Ltda., demandado Instituto de Seguros Sociales.

Reitera igualmente que dicha posición había sido adoptada en la sentencia de diciembre 9 de 1998 –expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544- en la cual se dijo que: "Cuando el licitante vencido no solo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra, sino que, además afirma y prueba que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad".

5 (Henri y León Mazeaud y André Tunc. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires, Editorial Ejea, volumen I, Tomo I. 1977, pág 307)

6 Proceso de Miguel Ángel Castellanos Rodríguez contra Himat.

7 Y agrega que por idéntica razón, no resulta equitativo "reconocer una indemnización sobre la utilidad estimada de la real ejecución del contrato, prescindiendo de un hecho inequívoco,

cual es que el no adjudicatario no realizó las obras, esto es, no tuyo el compromiso dentro del plazo ofertado de haber dedicado sus esfuerzos y atención al cumplimiento del negocio que devino frustrado”.

- 8 El propio Consejo de Estado admite que esta posición fue reiterada entre otras, en la sentencia de mayo 18 de 2000, en el proceso de sociedad constructora Bruges y Cía. S.C.A contra Colpuertos.
- 9 Estos lineamientos y los subsiguientes relativos a la tercera posición jurisprudencial, corresponden a la sentencia de noviembre 27 de 2002, expediente 13.792 en el proceso de Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía. Ltda. contra Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali, Invicali.
- 10 Para el efecto, basta con reparar en la redacción del artículo 3° de la ley 80, el cual no deja duda al respecto:

ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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 con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Véanse además, entre otros:

Artículo 4° Nral 8o. **Deberes de las entidades estatales.** 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.

ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

3o. 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 o concursos 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.

- 11 Y agrega la providencia: "Se tiene así que la celebración, la ejecución del contrato y la obtención de la utilidad esperada son derechos ciertos del proponente que hizo la mejor propuesta, los cuales se frustraron por un proceder ilegal y por tanto ilegítimo de la administración: la no adjudicación del contrato al mejor proponente".
- 12 Dice la providencia: "A igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que en estos eventos surge la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual y que comprende todos los regímenes jurídicos de responsabilidad del Estado; esa responsabilidad determina la obligación, a cargo del estado, de indemnizarlos perjuicios causados, toda vez que están presentes los elementos que la configuran, resaltando que el daño sufrido por el demandante no le es imputable y por tanto la conducta irregular de la administración, al no haberle adjudicado a aquél debiéndolo hacer, se convierte en causa única o exclusiva del daño antijurídico padecido por el proponente que debió ser adjudicatario, en este caso, el demandante"
- 13 La providencia determina dicho concepto, así: "En el presente caso, la oferta presentada por el consorcio demandante ascendía a la suma de \$437. 943.855, de los cuales \$364.953.213 eran los costos directos y \$72.990.642 eran los costos del AIU.

El AIU corresponde al 20% del valor de la propuesta (...) de allí el 10% corresponde a la utilidad. Por tanto, la suma que se reconocerá será de \$36.459.321, que equivale a la utilidad que esperaba recibir el contratista.

De esta manera no se accede a la petición formulada en la demanda, la cual llama como utilidad dejada de percibir el equivalente al valor de la garantía de la seriedad de la oferta - \$43.585.628- porque en el presente caso la propuesta del actor expresaba con claridad y ponderación que la utilidad que esperaba obtener en el negocio, de haberlo podido ejecutar. En consecuencia, la condena a imponer se liquidará aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{Valor final} = \text{valor presente} \quad \$36.495.321 \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según se expresa en la S pretensiones de la demanda, se condenará al pago de intereses legales, a razón de un 6% anual, entre el 2 de septiembre de 1992 – fecha de notificación de la demanda(sic) a la gobernación de Risaralda- y la fecha de aprobación de esta sentencia, en total 160 meses (...)

- 14 La demostración de dicha afirmación, está contenida en la misma sentencia: "De acuerdo con el dictamen pericial practicado (...) en lo relacionado con el K de contratación, es cierto que, de haberse ejecutado el contrato, los consorciados habrían aumentado su capacidad contractual en tres puntos del total de mil posibles. Pero luego agregan que:

"Pero como el aumento de tres puntos sobre mil posibles no es realmente significativo para afirmar que se ocasionó un daño o perjuicio por no haberse reconocido o no haberse podido reconocer, estamos de acuerdo (los peritos) en que no se causó perjuicio a los consorciados por no haberse podido aumentar en tres puntos sobre mil la K de contratación del ingeniero (...).

Esta circunstancia no "les impedirá, en el futuro, participar en concursos de "mayor cuantía", como lo afirma el demandante, puesto que un millón de pesos de más o de menos en contratos de trescientos o más millones de pesos como los licitados por los demandantes, es realmente una cifra despreciable (sic) que en nada afecta a los contratistas"

El actor objetó ese dictamen por error grave. El nuevo estimó sobre este punto que: "no encuentra asidero de ninguna especie para evaluar unos daños que no son tangibles, pues a la luz de la verdad, nos pondrían en la situación de futurólogos para predecir que se hubiera realizado bien el contrato, pues en su defecto, en vez de aumentar el puntaje (capacidad de contratación), pudieran haberse hecho acreedores a una sanción que les incapacitaría para seguir contratando por algún tiempo por haber incumplido o ejecutado mal el contrato...".

Lo mismo se aplica a los perjuicios reclamados por la afectación a la buena fama, *good will* de los consorciados y los perjuicios morales reclamados a favor del arquitecto..."