

**LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA NO
SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL**



DIANA PAOLA CHAVARRO GUTIÉRREZ

Maestrante

Presentado al Doctor.

ESTEBAN ISAZA RAMÍREZ

Docente

**FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL BOGOTÁ**

2020

La responsabilidad precontractual del estado por la no suscripción del contrato estatal

Tabla de Contenido

Introducción	5
1. Capítulo I. El fundamento de la responsabilidad precontractual del Estado, la injerencia del derecho privado	6
2. Capítulo II. Presupuestos de la responsabilidad precontractual del Estado	8
2.1 La culpa <i>in contrahendo</i> en la teoría de R. V. Ihering	9
2.2 Influencia al régimen precontractual en la normativa colombiana	11
3 Capítulo III. Fundamentos de la responsabilidad precontractual del Estado	15
3.1 La no suscripción del contrato estatal	16
3.2 El Nexo entre el hecho y el daño a reparar	18
3.3 La dicotomía entre la causalidad y la imputación	21
3.4 La Omisión. El fundamento de la relación entre un daño antijurídico y la obligación de su reparación	24
3.5 La imputación del deber de reparar los perjuicios ocasionados por la no suscripción del contrato estatal	27
3.5.1 El principio de buena fè	29
3.5.2 El principio de legalidad	32
3.5.3 El Interés Positivo y Negativo por la no Suscripción del Contrato Estatal	
4. Conclusiones	33
5. Referencias	35

Resumen

Con este artículo se identifican las bases de la responsabilidad del Estado para reparar los perjuicios causados durante el periodo precontractual de un proceso de selección pública, por la no suscripción del contrato estatal cuando está en la obligación de hacerlo. Para esto, se abordan los fundamentos de la responsabilidad precontractual del Estado, haciendo énfasis en la causalidad por omisión, y posteriormente se analizan los títulos de imputación de este tipo de responsabilidad como lo son la buena fe y la confianza legítima, y de esa forma se realizan precisiones frente al deber de reparar los perjuicios generados en esta etapa.

Por lo anterior, se hace necesario revisar los antecedentes de la responsabilidad precontractual del Estado, indagando las raíces que se encuentran en el derecho Romano para fijar relaciones de las normas que hoy en día rigen este tipo de responsabilidad.

Palabras Clave:

Periodo precontractual, imputación, causalidad, responsabilidad del Estado, contratación pública.

Abstract

This article identifies the bases of the liability of the State to repair the damages caused by not signing the statal contract when it is under the obligation to do so in a public selection process. In order to do so, first I describe the foundations of the pre-contractual liability of the State, emphasizing in the causality by omission, and later abording the principles of good faith and legality as titles of imputation of this particular type of responsibility.

To develop this idea, I found necessary to review the antecedents of the pre-contractual responsibility, investigating roman law to establish the antecedents some of the laws that govern this type of responsibility.

Keywords:

Pre-contractual period, imputation, causality, State responsibility, State liability, public selection process.

Introducción

En este trabajo se analizan los fundamentos de la responsabilidad precontractual del Estado por la no suscripción del contrato estatal, con especial énfasis en la causalidad del daño en los eventos de responsabilidad por omisión, para determinar, a partir del examen de las sentencias que han condenado al Estado a reparar los perjuicios causados por la no suscripción de un contrato cuando está en la obligación de hacerlo, si se trata de un nexo presunto o una carga probatoria. Para ello, en cuanto a la metodología de la investigación utilizada, se examinarán los siguientes cuatro puntos: i) el concepto de omisión del Estado; ii) los fundamentos de la responsabilidad por omisión; iii) la causalidad fenomenológica; y iv) el análisis del contexto de las condiciones que determinan la causa.

Se mostrará también cómo a través de los pronunciamientos jurisprudenciales, se ha dejado de lado el análisis de la causalidad para centrarse en la imputación fáctica y jurídica. No obstante, en el estudio que se adelantará se evidenciará que aún en esta última existe un estudio causal, pues no podría afirmarse que el daño y la imputación jurídica sean los únicos elementos de la responsabilidad, en razón a que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra como requisitos indispensables para la responsabilidad estatal: el daño antijurídico, la imputación y la causalidad por acción o por omisión.

Primero, se iniciará por indagar sobre el fundamento de la responsabilidad precontractual del Estado, que se encuentra en el derecho privado, a partir de los casos expuestos en textos de derecho romano en los que se otorgó alguna acción en los casos en que no se había celebrado un contrato. Estos casos fueron tomados por Rudolph von Ihering para dar forma a la responsabilidad precontractual, y determinar a la buena fè como uno de sus fundamentos, tal como lo ha mencionado el Consejo de Estado (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 05001-23-25-000-1994-02027-01, 2014), corporación que estableció también la confianza como un fundamento y título de imputación en la responsabilidad precontractual.

Teniendo claros estos supuestos, se considerará que, en el evento de la no suscripción del contrato, el Consejo de Estado excluyó el análisis de la causalidad por acción o por omisión, centrándose en el análisis de la imputación fáctica o jurídica. Por lo cual, se

evidenciará la importancia que tiene el análisis de la causalidad y los requisitos que tiene que atribuir la responsabilidad precontractual al Estado por omisión, con lo cual se responderá la pregunta de investigación ¿La causalidad debe ser un elemento de la responsabilidad precontractual del Estado, y es necesario probar su existencia fenomenológica o jurídica?

De esta forma, se indicará que el estudio de la causalidad debe realizarse desde el punto de vista normativo y comportamental, para que desde el análisis legal se valoren las labores que tiene a su cargo el funcionario público, encaminadas a evitar el resultado y de esa forma concluir cómo se debía manejar.

Capítulo I. El fundamento de la responsabilidad precontractual del Estado, la injerencia del derecho privado

La responsabilidad precontractual del Estado encuentra en su génesis la injerencia del derecho privado para poder fundamentarse, y luego se adapta a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

La obligación, de resarcir los perjuicios causados por defraudar las expectativas creadas en el periodo de formación de los contratos, aunque ha tomado un gran impulso en el derecho patrimonial moderno, no es nueva, como tampoco lo es la existencia de una acción para que los afectados puedan reclamar su ejecución. De lo anterior, se ha llegado a concluir que en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual, ésta “constituye una excepción legal dado que la norma que será aplicable es la ley del contrato (o la que hubiera sido ajustable en el caso que este hubiera llegado a concluirse)” (MARTÍNEZ, 2010). Por ejemplo, en el Digesto de Justiniano se reconoció el ejercicio de la acción de compra sin que existiera aún un contrato de compraventa (HERNÁNDEZ, 1968).

Así, lo prescrito en el Digesto de Justiniano lo podemos considerar en dos antecedentes de la responsabilidad precontractual. El primero es aquella que hoy en día la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia estudia a través de la acción de reparación directa, acción idónea para controvertir la omisión de un ente público de realizar los actos

dirigidos a dar cumplimiento al acto de adjudicación de un proceso de selección (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 52001-23-33-1000-1999-01235-02, 2015) para formalizar un contrato estatal, sin embargo, las fuentes de la responsabilidad precontractual del derecho privado no se trasladan en toda su extensión a la contratación estatal, ya que, en las relaciones contractuales estatales rigen estrictamente los principios de legalidad y de solemnidad, pues el perfeccionamiento del contrato está supeditado a cumplir con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

El segundo antecedente, es la teoría de la responsabilidad precontractual instituida por Rudolph Von Ihering a partir del concepto de la *culpa in contrahendo* y aplicada a los contratos “no llegados a perfección” (SALGADO Ramírez, 2014). Teoría que pretendió proteger la confianza dada por la parte que sufrió un daño, independientemente del reproche que se podía hacer al rompimiento en las negociaciones previas. Más adelante se volverá sobre el propósito de la *culpa in contrahendo*.

Estos dos antecedentes fueron enmarcados en el análisis de la causalidad, pues, como veremos, las teorías sobre la responsabilidad precontractual, y las acciones jurisdiccionales que se han derivado de ellas, han girado en torno a la existencia de un nexo entre el hecho y el daño ocasionado. Esto nos permite determinar que dichos antecedentes dieron origen a la aplicación de algunas normas del Código Civil colombiano que regulan la relación precontractual entre dos partes que despliegan sus comportamientos enfocándose en la celebración de un contrato.

Ahora bien, para comenzar a abordar la responsabilidad precontractual dentro de la estructura de la responsabilidad del Estado, es preciso resaltar que los títulos de imputación del daño por la no suscripción del contrato son: i) la buena *fè* ii) y la legalidad, lo que diferencia a esta responsabilidad de aquella que encuentra su causa en los títulos de imputación comunes, como lo son la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, pues el reproche que se le hace al Estado por el daño precontractual se basa en el “desconocimiento de los principios de legalidad y de buena *fè*, con independencia de si el comportamiento de una de las partes fue o no culposo (...)” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. 05001-23-25-000-1994-02027-01, 2014).

Con esta reflexión sobre la buena fè, podemos entender que el Consejo de Estado muestra cómo están unidos los fundamentos de la responsabilidad precontractual del derecho privado y de la contratación estatal, pues, aunque la Constitución Política manda a que el comportamiento de los particulares y de las autoridades deban ceñirse a los postulados de la buena fè (Const., 1991, art. 83), la regulación legal y el desarrollo de este principio la encontramos en el derecho privado. Así, lo que en los negocios privados se identifican como las tratativas previas y el proceso de formación del contrato, en la contratación pública se identifica con el procedimiento de selección del contratista y en la fase de perfeccionamiento del contrato estatal; y es la regencia del deber de la buena fè en esta fase lo que vincula a las partes, de ahí que se le puede pedir al Estado que se comporte en las “relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 23001-23-31-000-1995-7068-01, 2001)

Como lo menciona Rengifo Gardezabal, *“la etapa de la oferta es fundamental para definir el contenido del contrato así como el momento y el lugar de formación del consentimiento”* (RENGIFO GARDEAZABAL, 2016), por lo que en estas tratativas de oferta y aceptación, se originan comportamientos que llegan a generar la confianza en la contraparte.

De esta forma, es que el estudio de la responsabilidad precontractual del Estado deba adecuarse a lo que establece el artículo 90 de la Constitución Política, y que, como lo referencia Aida Patricia Hernández, permite calificar como antijurídico el daño causado por la no suscripción del contrato estatal (HERNÁNDEZ SILVA, 2008).

En ese sentido, la obligación de reparar un daño antijurídico por la no suscripción del contrato estatal debe identificar la obligación a cargo del Estado de perfeccionarlo, dar cuenta de los hechos omisivos, presentar un análisis de la causalidad y la materialización del daño, para así poder dar lugar al perfeccionamiento de la obligación de reparar los perjuicios causados.

Capítulo II. Presupuestos de la responsabilidad precontractual del Estado

Rudolph Von Ihering fijó muchos de los fundamentos de la responsabilidad precontractual, lo que permite conocer el origen de las acciones que pueden tener las personas afectadas en escenarios de formación del contrato, con la finalidad de determinar si en el proceso de consolidación de la responsabilidad, ha existido un estudio de causalidad entre el comportamiento de las partes y el perjuicio que da origen a una responsabilidad, en atención de la violación a la confianza como manifestación del principio de buena fe.

2.1 La culpa in contrahendo en la Teoría de von Ihering

La responsabilidad patrimonial del Estado, por la no firma de los contratos públicos que han sido adjudicados se deriva de las teorías de la responsabilidad precontractual; esta se ha entendido como una forma de responsabilidad extracontractual en razón a la inexistencia de contrato, lo que ha sido aplicado a la contratación pública en los mismos términos (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, N4108, 1992).

Expósito Vélez la ha definido como aquella que se genera durante la fase de formación del contrato, así:

“(...) existe responsabilidad en tanto la contraparte confió en la seriedad y estabilidad de las tratativas, negociaciones y discusiones, y por lo tanto el daño que se le ha causado es por defraudar su confianza (confianza legítima); de ahí que la indemnización se llame al interés negativo o interés de confianza” (EXPÓSITO Vélez, 2003).

Esta concepción, encuentra su fundamento en la propuesta hecha por Rudolph Von Ihering, pues el desarrollo de la idea de la responsabilidad precontractual surgió con la publicación del ensayo *Culpa In Contrahendo* en los Anuarios para la Dogmática del Derecho Romano Actual y del Derecho Privado Alemán, en 1861 (SALGADO Ramírez, “Consideraciones Históricas Acerca de la Responsabilidad Precontractual antes de Rudolf Von Ihering. Aproximación Doctrinal*”, 2012), con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil alemán (BGB alemán del año 1900).

Von Ihering partió de los casos en los que pudiera existir responsabilidad derivada de una manifestación de voluntad viciada por un error, para analizar la eventual obligación de reparar del errante. Él estudió el caso del “agente de una hacienda comercial quien bajo encargo del principal, debe ordenar una cierta mercancía pero se equivoca en el nombre de la misma” (SALGADO Ramírez, “Consideraciones Históricas Acerca de la Responsabilidad Precontractual antes de Rudolf Von Jhering. Aproximación Doctrinal*”, 2012, pág. 282), y se preguntó ¿quién debía ocuparse de los costos del envío que no tuvieron ninguna utilidad?

Esta reflexión tuvo lugar en contraposición a la reglamentación del derecho alemán donde solo se asimilaba el daño como la pérdida de la propiedad o de derechos absolutos, y no se concebía una simple pérdida económica como un daño, tal como aquella en la que incurriría aquel que realizó el envío de la mercancía considerando la protección del embalaje para asegurar la integridad de los productos. (Código Civil Alemán, Artículo 823, 1900)¹

Von Ihering no encontró explicación a esta situación. Para el derecho alemán no se concebía que, sin existir contrato, fuera admisible que el vendedor, para el ejemplo dado, tuviera algún tipo de acción para exigir la reparación de los daños sufridos, lo que le llevó a remitirse a las fuentes romanas para encontrar la ficción que debía hacerse para reparar perjuicios sufridos por el vendedor en la etapa previa al contrato, especialmente considerada la inexistencia del contrato y, con ello, del objeto contractual.

Así, la responsabilidad precontractual no se basó exclusivamente en el rompimiento de las negociaciones, sino que originalmente comprendió que el error que se ha generado en la confianza de una parte sobre el actuar de la otra y que, como consecuencia de esa creencia, se ha derivado un daño patrimonial.

Para Von Ihering el Digesto sirvió como obra fundamental de su propuesta. Casos como los planteados en la primera parte del Digesto 18.1.15 (HERNÁNDEZ, 1968, pág. 667), o en el Digesto 18.4.8 (HERNÁNDEZ, 1968, pág. 681) abren la posibilidad de evidenciar cómo frente a la inexistencia de un contrato que se quiso celebrar se puede causar

¹ Artículo 823 del Código Civil alemán (BGB): “Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligada a indemnizarle cualquier daño causado por esto”.

la obligación de reparar los daños causados a quien de buena fè, realizó algún gasto motivado por dicha intención.

En el segundo escenario supuesto en el D. 18.4.8 encontramos que, no habiendo herencia, es decir, frente a la inexistencia del objeto (algo que según el D.18.1.15 causaría la nulidad del contrato), el comprador tiene derecho a recibir el precio que haya dado y lo que se haya gastado para hacerse a la propiedad de la supuesta herencia; además encontramos, un antecedente de la indemnización de perjuicios en la etapa precontractual.

No obstante, esta descripción de la indemnización será, con posterioridad, una fuente importante para empezar a hablar del interés positivo y del interés negativo. De forma similar, para Espitia Garzón, en lo que respecta a la definición del objeto y contenido de las obligaciones en el periodo tardío del derecho romano, se confirmó el principio “según el cual la obligación imposible era nula, pero lo sujetaron a consideraciones subjetivas al dar validez a la compraventa de cosas fuera del comercio (*extra commercium*) cuando lo ignoraba el comprador (D. 18, I, 4 itp.; D. 18, I, 62, I itp.), esto con el fin de hacer responsable al vendedor por los perjuicios ocasionados” (ESPITIA GARZÓN, 2012):

Así, von Ihering buscó construir su teoría de la *culpa in contrahendo* tratando de resaltar que, en virtud de la culpa o el dolo, se debía otorgar una acción a la parte afectada para que pudiera exigir la reparación de los perjuicios sufridos. Para determinar el objeto de esta acción obtuvo importancia estipular el interés de la parte afectada, pues se debe perseguir lo que le importaba, motivo por el cual identificó el interés negativo, con el que se pretende que la parte afectada vuelva a la situación patrimonial anterior a que se diera la afectación, y no pudiera pretender el cumplimiento de la prestación contractual, como es el caso del interés positivo.

Distintos textos de derecho romano incluyen muchas otras fuentes que siguen el mismo espíritu de aquellas consultadas por von Ihering. De forma que, se puede concluir, que la responsabilidad basada en la confianza y la buena fè de las partes no es excepcional en el derecho romano, sino que lo nutre y lo integra. A continuación, se exponen algunas de estas fuentes, lo que da una perspectiva más amplia de la que pudo tener Von Ihering para fundamentar su teoría.

En el libro tercero de las Instituciones de Gayo de “sucesiones y obligaciones”, podemos encontrar que, respecto del contrato de compraventa, en el libro tercero: 139, habla de la posibilidad del objeto para la compraventa (Instituciones de GAYO. Traducción de palimpsesto descubierto en la biblioteca del cabildo de Verana, 1845):

“La compra y venta existe desde el punto en que haya convenido sobre el precio, aun cuando no se pague ni mediaren arras, porque lo que se da en este concepto, no constituye la compra, sino sirve únicamente para probar que se ha contraído”.

Por otro lado, considerando el Digesto de Justiniano, encontramos el siguiente título analizado por von Ihering: Digesto 18.1.15: *“aunque se hubiese consentido en el objeto, si éste dejase de existir antes de la venta, la compraventa es nula”* (HERNÁNDEZ, 1968, pág. 667).

Esto indica que, si acaeciera consentimiento del objeto, pero este hubiera dejado de existir antes de la venta, es decir, antes de que las partes hubieran consentido en el precio (como lo estableció Gayo), la compraventa es nula o inútil. Esta prescripción se realizó con fundamento en una imposibilidad física.

Adicionalmente, en el derecho romano a partir de la época de la República, con ayuda de la magistratura de los pretores, aun cuando no existiera contrato, se otorgaba una acción de compra a la parte afectada. Dicha acción la encontramos reflejada en los siguientes apartes del Digesto:

Digesto 18.1.57. *“Compré una casa ignorando, tanto yo como el vendedor, que había ardido. Nerva, Sabino y Casio dicen que no se ha vendido, aunque permanezca el solar, y que el dinero pagado puede ser reclamado por la condición. Pero si subsiste una parte de la casa dice Neracio que en esta cuestión, es muy conveniente distinguir qué parte de la casa fue quemada o permanece, porque, si es mayor la parte quemada, no estará obligado el comprador a perfeccionar la compra, sino que, incluso, podrá repetir lo pagado como indebido. Pero si únicamente la mitad o menos hubiese ardido, entonces ha de forzarse al comprador a cumplir la venta, mediante estimación a arbitrio de un hombre recto, de tal modo que se libere de la prestación del precio en la medida en que éste hubiese decrecido a consecuencia del incendio.”* (HERNÁNDEZ, 1968, pág. 667)

Digesto 18.1.57.1. *“Más si el vendedor sabía que la casa había ardido, y el comprador lo ignoraba, no hay venta si toda la casa se había quemado antes de la misma; pero si permanece una parte del edificio, la venta vale y el vendedor debe resarcir al comprador todo el interés”* (HERNÁNDEZ, 1968, pág. 667).

En el primer aparte, las partes que se encontraban en el proceso de conformación del contrato, ignoraban que la casa se había incendiado, sin embargo, en el segundo aparte se establece que, si el vendedor tenía conocimiento y subsiste una parte de la casa, se otorgaba una acción de adquisición al comprador para que el vendedor le restituyera lo que le importaba, es decir, vemos un avance en la protección de la parte que padeció un daño, en razón a que se otorga una acción a pesar de no existir el objeto del contrato.

2.2 Influencia del régimen precontractual en la normativa colombiana

Este tipo de prescripciones, originadas en el derecho romano, conforman los cimientos de nuestro derecho vigente. Toda la experiencia jurídica romana, consolidada a través de los pronunciamientos de juristas sobre los casos que resolvían, llegó hasta nuestros tiempos en razón al descubrimiento del Digesto en la Universidad de Bolonia, en donde se empezó a edificar una teoría general del derecho moderno, estudiada por diferentes personas de varias partes del mundo, dentro de los cuales se encuentran Jean Domat y Robert Pothier, quienes llevaron a cabo la denominada racionalización del derecho civil francés, para lo cual se ciñeron a la fuente del Digesto. Por lo tanto, en razón a que el código civil de Andrés Bello fue inspirado, entre otras fuentes, por el Código Civil francés y los textos romanos, nuestro Código Civil refleja las mismas corrientes del de Napoleón.

Así, por ejemplo, el Código Civil Francés, en el artículo 1601 afectaba la validez de los contratos de compraventa que se celebraran sobre cosas que hubieren perecido en su totalidad, esto como consecuencia de la inexistencia del objeto. Así lo disponía el texto original del artículo 1601 anterior a la reforma de 1967:

“Si en el momento de la venta la cosa vendida hubiera perecido en su totalidad, la venta será nula. Si hubiera perecido solamente una parte de la cosa, el comprador podrá optar entre desistir de la venta o solicitar la parte conservada, en cuyo caso se encargará de

que se tase la parte en cuestión para determinar su precio” (Código Civil Francés, Artículo 1601, 1804).

La posibilidad de celebrar un contrato sobre un bien inexistente, que tuviera como fundamento el error de la parte interesada en la adquisición del bien, como lo explican Planiol y Ripert da lugar a la indemnización de perjuicios, todo fundamentado en la buena fè del que tenía interés en adquirirlo y desconocía su pérdida. Y al ahondar sobre la pretensión de indemnización de los perjuicios que pudiera acompañar la declaratoria de nulidad, se encuentra que (PLANIOL, 1946):

“Una teoría célebre, propuesta por Ihering, la de la culpa in contrahendo, pretende que se declare al contratante que obtenga la anulación del contrato debido a ciertos vicios, como el error o la imposibilidad del objeto, responsable por el perjuicio que de ello resulte para el otro, aun cuando no se pruebe la existencia de culpa por su parte... No creemos que deba aceptarse esa forma de responsabilidad sin culpa... Lo cierto es que, cada una de ellas conoce o debe conocer mejor que la otra tal objeto (el de su propia prestación) o tal aspecto del negocio. Será más lógico tender a imputarle como culpa el error sobre esos extremos, que conoce perfectamente o debe conocer, y con mayor facilidad se admitirá en la práctica la existencia de esa culpa. Con ello se dará cumplida satisfacción a los sentimientos que animaron a Ihering.”

Con mejor atino, el artículo 1870 del Código Civil colombiano da pautas para solucionar el mismo caso considerado en el artículo 1601 del Código Civil francés, la venta de un bien inexistente y el error sobre su existencia (Código Civil Colombiano, Artículo 1870, 1873):

“La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno.

Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación.

El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe”.

Así, si una cosa es inexistente al momento de su venta, aún a falta de un contrato, el comprador de buena fe tendrá derecho al resarcimiento de los perjuicios causados por esta situación si el vendedor hubiera tenido conocimiento de la situación antes que se contratara.

Capítulo III. Fundamentos de la responsabilidad precontractual del Estado

En atención al evento bajo estudio, relacionado con la no suscripción del contrato estatal, abordaremos en este escenario de responsabilidad precontractual el análisis de los elementos de este tipo de responsabilidad, por lo tanto, es imprescindible determinar los supuestos bajo los cuales se consolida el daño, partiendo de la base que el daño es “*el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma*” (Henao, 1998), por esta razón, es necesario verificar estos supuestos para determinar las condiciones bajo las cuales se puede atribuir al Estado el deber de reparar los perjuicios en razón al daño ocasionado por la no suscripción del contrato estatal.

En total, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, para que exista responsabilidad se requieren tres elementos necesarios:

“el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador” (PATIÑO, 2008).

Analizaremos las condiciones específicas de estos elementos en la responsabilidad precontractual.

3.1 La no Suscripción del Contrato Estatal

El acto de adjudicación de un proceso de selección cuenta con presunción de legalidad (EXPÓSITO Vélez J. C., 2003) y produce efectos jurídicos para las dos partes (MATALLANA CAMACHO, 2015). Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de 5 de julio de 1990, Expediente: 5556:

“El acto administrativo de adjudicación genera una serie de consecuencias jurídicas tanto para la administración como para el adjudicatario, entre las cuales merecen retenerse las siguientes:

- a) *El derecho subjetivo de éste último para contratar con el Estado.*

b) *Deber jurídico correlativo del ente administrativo de celebrar el acto jurídico con el adjudicatario, lo que explica que el licitante no pueda hacerlo con otro que no sea éste. De ello, que el artículo 27 del Decreto 150 de 1976, y el artículo 35 del Decreto 222 de 1983, preceptuarán en lo pertinente:*

“Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatario”.

c) *Derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios si el centro de imputación jurídica licitante, antes de la perfección del contrato, desiste de la celebración de éste, sin la autorización expresa y escrita dada por el adjudicatario” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 5556, 1992).*

Así, el fundamento fáctico para alegar el daño por la no suscripción del contrato se diferencia de aquel ocasionado por la adjudicación ilegal del acto administrativo, por lo tanto, en este supuesto se adjudica a la mejor propuesta hecha por el proponente que se presentó al proceso de selección. Así entonces, este presupuesto permite diferenciar la responsabilidad por la omisión del perfeccionamiento del contrato estatal, de la responsabilidad causada por la indebida adjudicación del proceso de selección. La primera requiere que el acto de adjudicación cumpla con condiciones de legalidad para asegurar los derechos y obligaciones que se generan en cabeza de cada una de las partes, en especial del Estado, relacionados con la suscripción del contrato estatal adjudicado en favor del oferente, mientras que el segundo establece como objeto de debate la legalidad del proceso que termina con el perfeccionamiento del contrato público.

De acuerdo con lo expuesto, el primer presupuesto de la estructuración del daño de no suscripción del contrato es que el adjudicatario debe demostrar que el acto de adjudicación no infringió normas de orden superior y que su propuesta fue la más conveniente en virtud de una selección objetiva (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 17783, 2008). De ello, se requiere que el interesado pruebe:

“i) que la escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés; ii) que la propuesta más favorable se determine por la ponderación de los diversos factores, previamente establecidos por la Administración, tales como, cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc.; iii)

que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de evaluación sea establecido de manera precisa, detallada y concreta en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, para determinar el valor que corresponde a cada uno de ellos y, iv) que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores”.

3.2 El nexo entre el hecho y el daño a reparar.

La causalidad ha sido descrita como la constatación de la relación causa–efecto entre el hecho, que argumenta el demandante desarrollado por el demandando, y el daño sufrido por aquel (PATIÑO, 2008, pág. 193). Esta relación se despliega a partir de muchas tesis, como lo son la equivalencia de las condiciones, la causalidad adecuada, e, inclusive, la teoría de la imputación objetiva. Esto ha ocasionado una disputa entre la causalidad y la imputación en la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado, lo que ha afectado la importancia de la causalidad en el juicio de responsabilidad, que debiera ser lo esencial para definir cuando un daño se ha ocasionado “*por una conducta activa u omisiva del agente*” (PIMIENTO, 2016).

Para el Consejo de Estado, la causalidad juega un papel determinante en los juicios de responsabilidad patrimonial del Estado. Así también lo es la tesis que sobre causalidad acoja el juez pues, si se supone que no existen presunciones de causalidad (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 13477, 2002)², esta definirá la relación entre el hecho y el daño y, con ello, la carga de certeza que deban transmitir los medios de prueba sobre tal relación. Sin embargo, este tribunal no ha sido consistente en la defensa de una tesis

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Expediente: 13477: Al respecto, se dijo en esta sentencia que: “*El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por si mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado*”

en particular, por lo que las consideraciones sobre la causalidad y el alcance de la carga de la prueba varían en la jurisprudencia.

Así, esta corporación ha permitido flexibilizar la certeza de la relación causal y, con ello, de la carga de la prueba. Esto ha sucedido en juicios de responsabilidad médica, en los que, dado el alto contenido científico o la carencia de elementos que permitan probar la relación causal, se aligera la carga de la prueba del nexo causal (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 11169, 1999).³

En el mismo sentido, la corporación ha aceptado “que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 14696, 2004).

Además, ha reconocido la imputación con atribución normativa⁴, que no requiere un vínculo y un examen de causalidad, pues no se trata de un análisis de fenómenos naturales, sino normativos. Esta se configura en los siguientes supuestos: i) incumplimiento de la posición de garante; ii) enfermos reclusos en establecimientos psiquiátricos; y iii) menores reclusos en custodia del Estado en casos de custodia especial o reclusión por contravención (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 19385, 2010).

Así, la determinación de la causalidad ha llevado al Consejo de Estado a creer que su análisis se puede centrar en un rango de posibles posiciones que van desde la existencia de unos elementos eminentemente naturales, esto es, hechos fácticos o fenomenológicos que se presentan al proceso a través de pruebas objetivas; hasta la existencia de elementos jurídicos, pues existe una atribución normativa, conllevando a la exclusión de la causalidad y

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 11169.

Para el Consejo de Estado, “*En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a “un grado suficiente de probabilidad”*”

⁴ En estos casos el Estado debe responder por los daños sufridos por el demandante aún cuando no ha participado ni por acción ni por omisión en su producción.

reemplazándola por el análisis de imputación en la responsabilidad (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 19385, 2010), que se ha aplicado, por ejemplo, cuando se ha obligado al Estado a responder por los daños sufridos, aun cuando no ha participado en la producción de los mismos, ni por acción ni por omisión.

De esa forma, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fundamentado sus condenas en distintas teorías de causalidad, así como en análisis de imputación, para establecer la relación entre un hecho y un daño. Debido a esto, un demandante no tiene certeza sobre el vínculo al que debe atender, la necesidad de prueba, o la medida de certeza que los medios de prueba, directos o indirectos, deban ofrecerle al juez, como en los casos que de exclusión de causalidad que se verán más adelante.

Esta situación, afirma Coleman, se presenta por el desconocimiento de la función de la causalidad pues “en general los juristas y los profesores de derecho están tan confundidos como sus estudiantes acerca de la función que cumple la causalidad en la responsabilidad y su comprensión” (COLEMAN, 2010).

Por “causalidad” normalmente entendemos que un suceso dado en la naturaleza (GONZALEZ Lagier, 2013), y que se encuentra acompañado de un estado de cosas conectadas entre sí, formando el denominado contexto causal, siendo cada uno de los elementos del contexto causal necesarios para producir el daño, aunque en su conjunción con el resto de los elementos debe ser condición suficiente para el mismo, por lo que cuando un elemento es condición del mismo se convierte en causa prioritaria frente al resto de condiciones (GONZALEZ Lagier, 2013).

El elemento de imputación, “consiste en la atribución jurídica del daño al Estado, mediante la aplicación de un título o fundamento de imputación” (HERNÁNDEZ SILVA, 2008), por lo tanto, esta atribución debe sustentarse tanto en elementos materiales como jurídicos. Así las cosas, estamos hablando de imputación fáctica y de imputación jurídica, en donde “la imputación fáctica —y con ella la imputación objetiva del daño— consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el

deber jurídico —subjetivo u objetivo— de resarcir el perjuicio” (ROJAS QUIÑONEZ, 2014).

Esta situación, ha conllevado a que exista una diferenciación entre causalidad e imputación, llevando a que se omita el análisis de la causalidad en los juicios de responsabilidad precontractual del Estado que adelanta la jurisprudencia colombiana.

3.3 La dicotomía entre la causalidad y la imputación

En varias ocasiones la Sección Tercera del Consejo de Estado ha excluido la causalidad por omisión sin que en el proceso exista prueba alguna de ella, o sin tener algún fundamento específico que indique que la omisión de algún deber fue causa del daño que se obliga a reparar.

Bajo esos supuestos, en sentencia del 2 de mayo de 2019 del Tribunal Administrativo del Chocó, en expediente 2009-00245, mediante la cual se atribuyó responsabilidad al Estado colombiano debido a la masacre de Bojayá, con ocasión a la omisión de entidades estatales al no suministrar seguridad y protección a los habitantes de dicha zona del territorio nacional, no se observa el análisis de la causalidad por omisión, sino simplemente en determinar una conducta omisiva, lo que se considera no es suficiente para que el juicio de responsabilidad atribuya responsabilidad por omisión.

Sin embargo, en otras decisiones el Consejo de Estado ha considerado, expresamente, que la causalidad no es un elemento necesario para determinar la responsabilidad del Estado, pues esta solo se compone por dos elementos: “(...) el daño antijurídico y la imputación, afirmándose en algunas ocasiones entonces que dentro del juicio de responsabilidad debía prescindirse del nexo causal para en su lugar hacer un juicio de atribución jurídica mediante el cual se pudiera endilgar o no la obligación de reparar al demandado” (PATIÑO Domínguez, 2015).

¿Causalidad o imputación? Esta dicotomía ha dado “(...) lugar a diferentes interpretaciones y teorías que han complicado soberanamente la tarea del jurista y del juez” (CAMAGNUCCI DE CASO, 1984).

Para la jurisprudencia el estudio de la imputación requiere dos niveles, el fáctico y el jurídico, en virtud de los cuales se ha sostenido que “se podría establecer un fundamento

normativo para endilgarle a una persona la obligación de reparar un daño” (PATIÑO Domínguez, 2015, pág. 171).

En ese sentido, el análisis de la causalidad material ha desaparecido como un elemento autónomo e importante en los procesos de responsabilidad del Estado, y se ha relegado al estudio de la imputación fáctica. No obstante, con ello no se ha perdido la necesidad por realizar una conexión material pues en el estudio de la imputación aún queda el elemento fáctico. Sin embargo, ¿este es fundamental para atribuir responsabilidad al Estado?, es decir, ¿el estudio de la imputación jurídica es suficiente para obligar al Estado a reparar perjuicios? Una respuesta afirmativa conllevaría a suponer que solo son ineludibles argumentos normativos, sin tener en cuenta los enunciados descriptivos o fácticos del caso, para condenar al Estado.

Por ejemplo, en la sentencia del 13 de abril de 2016 el Consejo de Estado condenó al Estado a reparar los perjuicios sufridos por las víctimas de un atentado terrorista ocurrido el 3 de marzo de 2000. Las consideraciones centrales de la decisión giraron sobre el alcance del hecho exclusivo del tercero como eximente de la responsabilidad del Estado, que había sido condenado en primera instancia a partir de las consideraciones que fundamentaron el riesgo excepcional como título de imputación. El Consejo de Estado consideró que en este caso, así como en los demás en los que la población civil se ve afectada por actos de terrorismo similares a los ocurridos, “el Estado Colombiano debe responder patrimonialmente, incluso en los eventos en los cuales no exista conducta reprochable de las entidades encargadas de brindar la seguridad a los ciudadanos, puesto que, en estos casos, la responsabilidad del Estado se fundamenta en la necesidad de no abandonar a las víctimas injustamente afectadas con tales ofensivas.” Así “resulta claro que el régimen de responsabilidad por daño especial da preponderancia en el análisis, en el terreno de la imputación, a la situación de la víctima y no a la causalidad de los hechos, lo cual permite fundamentar la responsabilidad, de manera subsidiaria, en el principio constitucional de solidaridad y, simultáneamente, una adecuada aplicación del principio también de estirpe

constitucional de la prevalencia de la justicia material como orientadora de la labor judicial.”⁵

Esta dicotomía entre causalidad e imputación debe empezar a solucionarse en virtud del concepto de acto positivo del Estado, para analizar la aplicación de las teorías de la causalidad, aplicadas por la jurisprudencia colombiana, esto es, i) Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, ii) Teoría de Causalidad Adecuada (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 9550, 1995) y iii) La Imputación Objetiva (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 24884, 2013).

En ese sentido, es imprescindible indagar sobre el juicio que se estructura en la teoría de la causalidad adecuada, que ha tenido la mayor acogida doctrinaria y jurisprudencialmente, en donde básicamente “una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquel o aquellos que tienen esa aptitud”.

En ese orden, la determinación del vínculo causal, para la causalidad adecuada indica evidenciar si un suceso es razonablemente el más idóneo para causar el resultado teniendo en cuenta la experiencia, por lo tanto, si el suceso es idóneo pues se tendrá como causa del resultado. No obstante, la crítica a esta teoría deviene por las diferencias “que pueden haber entre un juez y otro en relación con el criterio de adecuación, ya que lo que para un juez puede ser causa adecuada de un daño, para otro puede no serlo (...)” (ROJAS QUIÑONEZ, 2014, pág. 212).

⁵ Sin embargo, aunque en la sentencia el Consejo de Estado expresamente haya afirmado que en casos como el estudiado no hay necesidad de dar cuenta de la causalidad material, se lee, conforme a lo expresado en la sentencia del 9 de febrero de 1995, Exp 9550, ponencia de Julio César Uribe Acosta, que “Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas...”

De esta forma el Consejo de Estado traslada la carga fáctica a una omisión del Estado en el cumplimiento del que supone que es su deber, buscar soluciones que conlleven a la terminación del conflicto armado.

Aunado a lo anterior, este juicio de causalidad realizado por los juzgadores, denota un análisis altamente normativo aludiendo a la probabilidad y a la experiencia, es decir, en un campo de imputación objetiva, excluyendo el análisis físico o causal.

Por lo anterior, en el presente artículo se identificarán condiciones para determinar una causalidad por omisión, que es el evento en el cual se enfoca la responsabilidad precontractual que nos ocupa.

3.4 La omisión. Fundamento de la relación entre un daño antijurídico y la obligación de su reparación

En circunstancias contextuales, debe analizarse la causalidad por acción o por omisión, para no limitar el juicio de la misma a una relación fenomenológica (GIL BOTERO, 2013), teniendo claro la necesidad de desarrollar su significado respecto del contexto, ya que existe causalidad sin que sea fenomenológica como en el caso de la omisión, situación que la jurisprudencia no fundamenta en sus decisiones cuando condena al Estado por los daños que la omisión haya causado, pues “se requiere, en cualquier caso, que exista un juicio en el que se determine que el daño sufrido por la parte actora, en tanto que antijurídico —así se ha entendido— es imputable a una entidad pública, siempre y cuando su causa la constituya la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas” (PIMIENTO, 2016).

En la causalidad jurídica se requiere que haya un acto negativo con conocimiento, así que para regularla, la jurisprudencia decidió “que la figura de la posición de garante era una herramienta útil” (PIMIENTO, 2016, pág. 175) para atribuir responsabilidad en daños antijurídicos a la omisión de un servidor público, “escenario que desde las ciencias naturales no tendría explicación lógica en cuanto no podría ser verificado a partir del principio de causalidad y, por lo tanto, desde el determinismo empírico, puesto que de la nada (inacción), en términos causales, no se puede derivar una alteración o modificación del mundo exterior” (PÉREZ Medina, 2013).

Así las cosas, cuando existe causalidad por omisión tiene gran relevancia el incumplimiento obligacional de una norma y un efecto, pues este tipo de causalidad contiene tanto un efecto fenomenológico como jurídico.

Esto trae como consecuencia, que el análisis de la causalidad debe hacerse desde el punto de vista normativo y comportamental, esto es, desde el análisis normativo deberán valorarse

las funciones que tiene a su cargo el servidor público para evitar el resultado, frente a la conducta desplegada, y de esa forma concluir como se debía comportar, componente que conforma el análisis subjetivo, como en palabras de Serrano Escobar se mencionó lo siguiente:

“(…) un sector sostiene la existencia de una relación causal entre la omisión y el resultado, pero entendiendo la relación causal no en el sentido naturalista, si no como una categoría del pensamiento que pone en relación antecedentes con consiguientes, como un proceso lógico – cognoscitivo que permite sostener que la producción de un resultado solo es posible si se dan, al mismo tiempo, comportamientos positivos que tienden a ocasionarlo y ausencia de comportamientos negativos (omisiones) que podrían impedirlo y otro sector, acude a la fórmula de la conditio sine qua non, pero adaptada a la omisión, para sostener, que si en el hacer el nexa causal se establece mediante la supresión hipotética de aquel, se puede aplicar un mecanismo paralelo para demostrar el nexa causal en el no hacer, pero esta vez el juicio hipotético se plantea así: algo que se omitió es causal respecto a un determinado resultado, cuando añadido mentalmente, este no se hubiere producido” (SERRANO Escobar, 2011).

Lo expuesto, permite indicar que para poder configurar una omisión debe existir una obligación jurídica que determine un comportamiento esperado, cuyo cumplimiento o incumplimiento pueda ser evaluado en la conducta desplegada por el servidor público a quien, en últimas, afecta dicha obligación. En esa medida, la omisión implica analizar tanto la conducta que manda a realizar el ordenamiento jurídico al Estado y la actuación física que en efecto se desarrolló.

Así, el concepto de omisión se vuelve una garantía del enjuiciado en cualquier proceso de responsabilidad, ya que impide que al enjuiciado se le atribuyan obligaciones sobre conductas que no debía realizar, porque no exista una norma jurídica que lo obligue, o que debiéndolas realizar le resultara imposible hacerlo, como sucede en la falla del servicio relativa (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 45881, 2019).

Entonces, la omisión no es una mera conducta pasiva del agente, sino que “es necesario que el comportamiento que se omite sea una acción esperada, en cuanto supone la preexistencia de un deber jurídico de obrar en una determinada forma” (GOLEDNBERG, 2000).

De esta manera, no resulta idóneo identificar la omisión con inactividad simple, sino con la inactividad cuando se espera el desarrollo de una conducta específica que está prevista en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la omisión “es un concepto normativo, porque solo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demanda una actividad” (GOLEDNBERG, 2000, pág. 156).

No obstante, el concepto de omisión es complejo, pues, como vimos, deben contemplarse la prescripción normativa que demanda una actividad, así como la posibilidad de cumplimiento del contenido obligacional, pues al enjuiciado debe exigírsele algo que se esperaba que se hiciera y que estaba en posibilidad de hacer. De esta forma, la omisión se concreta en aquellos casos en los que “un agente omite solo la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide dejar sin hacer en la ocasión en cuestión” (GONZALEZ Lagier, 2013, pág. 163).

Entonces, las omisiones frente a las cuales el Estado compromete su responsabilidad deben ser aquellas en las que un servidor público tenía o debía tener conocimiento de la existencia de un deber jurídico que lo obligaba a actuar en determinada forma, no existían condiciones que le imposibilitaran el desarrollo de la conducta mandada que se esperaba, y no ajustó su comportamiento a la expectativa normativa.

Estas premisas se concretan, por ejemplo, en la responsabilidad por la no suscripción del contrato estatal, en razón a los efectos jurídicos del acto administrativo de adjudicación del proceso de selección, pues dicho acto “origina la obligación para las partes de celebrar el contrato objeto del procedimiento de selección, cualquiera que este sea” (EXPÓSITO Vélez J. C., “Forma y Contenido del Contrato Estatal”. , 2013).

Por lo tanto, la causalidad de este daño, se origina en una conducta omisiva del Estado decretada por el ordenamiento jurídico, como se puede aducir del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 que indica que “el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario” (Ley 1150, 2007. Art. 9), y, adicionalmente, del principio de confianza legítima sobre el acto esperado, pues fue la entidad estatal obligada a firmar el contrato la que adelantó el proceso de selección para escoger la mejor propuesta bajo condiciones de objetividad.

3.5 La imputación del deber de reparar los perjuicios ocasionados por la no suscripción del contrato estatal

La forma en la que el Consejo de Estado ha aterrizado la causalidad en la responsabilidad precontractual del Estado permite dar cuenta de las particularidades sobre el objeto de prueba para configurar la omisión que da pie al surgimiento del deber de reparar los perjuicios ocasionados al adjudicatario por la no suscripción del contrato estatal.

Para el Consejo de Estado el principio de la carga de la prueba constituye un “requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, 2007). En esa medida el demandante debe dar cuenta de la existencia del deber jurídico omitido, lo que se concreta en la obligación de probar la validez del acto de adjudicación, lo que cubre desde la legalidad del pliego, que debió estar desprovisto de errores en la calificación de la propuesta, y adicionalmente incluye:

“i) que la escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés; ii) que la propuesta más favorable se determine por la ponderación de los diversos factores, previamente establecidos por la Administración, tales como, cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc.; iii) que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de evaluación se ha establecido de manera precisa, detallada y concreta en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, para determinar el valor que corresponde a cada uno de ellos y, iv) que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 76001-23-31-000-1997-05064-01, 2016).

De forma que la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación implica que el acto acusado infringió normas de orden superior, y fue desconocedor de la propuesta más favorable (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Expediente 17783, 2008), lo que determina la legalidad de la obligación de firmar el contrato.

Por otro lado, el juicio de imputación de la responsabilidad precontractual del Estado se acompaña de criterios jurídicos denominados títulos de imputación, que son los siguientes: i) la falla del servicio, ii) el daño especial y iii) el riesgo excepcional, cuya aplicación en cada caso “dependerá de lo que el juez encuentre probado en cada caso concreto” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 41001-23-31-000-2005-00883-01, 2019).

El Consejo de Estado ha desarrollado los casos de omisión en aplicación del título de imputación de la falla del servicio, en lo que ha hecho los ajustes pertinentes,⁶ pues la aplicación del daño especial (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 45650, 2020) o del riesgo excepcional (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 11001-03-15-000-2020-00054-00, 2020) están condicionadas a la ocurrencia de un acto positivo del Estado que perjudicó al particular en atención, bien sea, al principio de las cargas públicas o del riesgo creado por el desarrollo de una actividad peligrosa en beneficio del Estado.

No obstante, la imputación de la responsabilidad precontractual del Estado por no suscribir el contrato estatal no corresponde al estudio de los títulos de imputación comunes, sino que el Consejo de Estado ha mencionado que su estudio se basa en el “desconocimiento de los principios de legalidad y de buena fe, con independencia de si el comportamiento de una de las partes fue o no culposo (...)” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 05001-23-25-000-1994-02027-01, 2014).

En ese sentido, esa corporación ha sostenido que la renuencia de la administración pública a suscribir y perfeccionar el contrato estatal, constituye un daño in contrahendo “bien por el desconocimiento del principio de legalidad, o por desconocimiento de los sub principios y reglas que orientan el postulado de la buena fe en la etapa preliminar del negocio jurídico” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 05001-23-25-000-1994-02027-01, 2014).

⁶ Se aclara que la Falla del Servicio puede aplicar tanto por acciones como por omisiones del Estado, sin embargo, esto no sucede con los títulos de imputación del Daño Especial y Riesgo Excepcional. Consultar Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B, sentencia del 02 de marzo de 2020. Consejera Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

3.5.1 El principio de buena fé

Este título de imputación en materia de responsabilidad precontractual es una manifestación de las bases que este tipo de responsabilidad encuentra en el derecho civil, aquella mencionada formalmente por Ihering y denominada culpa *in contrahendo* o de los contratos no llegados a la perfección⁷ (SALGADO Ramírez, Breve Introducción a la Responsabilidad Precontractual en la Teoría de Rudolf Von Jhering, 2014, pág. 725), enmarcada en la lesión a la confianza en todo el periodo anterior al perfeccionamiento del contrato, lo que incluye desde las tratativas y la negociación preliminar a partir de la presentación de la oferta (OVIEDO Albán, “Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual”. conferencia presentada el día 22 de abril del 2008 en las Jornadas colombo argentinas de derecho privado Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; la Universidad EAFIT y la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Bogotá. Pág. 83., 2008).

La confianza en el periodo precontractual es una manifestación del principio de buena fé (NEME VILLAREAL, 2010). Así una de las partes cree con tranquilidad que su contraparte tendrá un comportamiento leal y responderá su confianza, es decir, que actuará conforme a lo que es correcto. De esa forma la relación precontractual se califica y obliga a las partes a proteger los intereses mutuos. No obstante, cuando alguna de ellas incumple dicho deber, viola la expectativa de comportamiento derivada de la confianza, por lo que se hace legítimo el reclamo que fundamenta la acción de responsabilidad patrimonial.

Así las cosas, la sanción del comportamiento contrario a la buena fé, que viola la confianza creada en una de las partes de la negociación, la protege de la transgresión de lo prescrito en el ordenamiento jurídico y ordena “proceder de buena fé exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (Código de Comercio, Artículo 863, 1971).

⁷ SALGADO Ramírez, Catalina. “Breve Introducción a la Responsabilidad Precontractual en la Teoría de Rudolf Von Jhering”. Artículo del Libro: “Estudio de Derecho Civil. En Memoria de Fernando Hiestrosa”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014. Pág. 725. En el que cita a JHERING, Rudolf “Culpa In Contrahendo. Order Schadenersatz bei nchtigen order nicht zur Perfection gelangten Vertragen”. Texto original en alemán disponible en la biblioteca virtual del Max-Planck-Instituto para el Derecho Privado Comparado e Internacional Privado: <http://dlib-zs.mpij.de/pdf/2084719/04/1861/20847190418610005.pdf>

La Constitución Política de 1991 en Colombia, elevó a rango constitucional el principio de buena fe en el artículo 83, permitiendo la aplicación de este en el derecho público (ESCOBAR Gil, 1999), conllevando a que se convirtiera en uno de los más importantes en el ejercicio de la función pública y de la contratación estatal (Ley 80, 1993, Art. 28)⁸.

De esta forma, las partes deben actuar con la finalidad de estructurar el contrato, por lo que adquieren obligaciones en desarrollo de la buena fe por cuanto está “estrechamente ligada a la fidelidad de la palabra empeñada” (NEME VILLAREAL, 2010, pág. 163), aunque para que las partes tengan un comportamiento conforme a este principio, no solo basta con cumplir literalmente con la palabra dado sino con el cumplimiento de “las finalidades perseguidas por las partes” (NEME VILLAREAL, 2010, pág. 165).

Este comportamiento incluye el deber de lealtad que emana de la buena fe, que persigue de igual forma el cumplimiento del “espíritu de la palabra” (NEME VILLAREAL, 2010, pág. 259), lo que refleja un firme conocimiento y garantía de los intereses de la contraparte.

Otro deber que emana de la buena fe, es aquel que obliga a las partes a no abandonar las negociaciones de manera injustificada, el cual se encuentra relacionado con la confianza legítima que se quebranta cuando una de las partes “interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte” (Convención de Viena. Principios Generales de los Contratos, 1980).

Este deber protege las negociaciones para que en las partes no se generen falsas expectativas y se incentive por orientar los esfuerzos a la celebración del negocio jurídico:

“Este deber obliga a las partes a que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación” (OVIEDO Albán, “Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual”. conferencia presentada el día 22 de abril del 2008 en las Jornadas colombo argentinas de derecho privado Tendencias de la responsabilidad civil en

⁸ Leer también: Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001, del 22 de agosto de 2001. Expediente: D-3404.

el siglo XXI, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; la Universidad EAFIT y la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Bogotá. Pág. 83., 2008).

Dada la característica de principio orientador con fuerza vinculante (NEME VILLAREAL, 2010, pág. 162) de la buena fe, se obliga a las partes a mantener una seria intención de negociación y no defraudar al otro sobre la intención de celebrar un negocio. Estos comportamientos que tienen incidencia en la relación contractual, favorecen la protección de los intereses mutuos, y busca que a partir de la actuación de las contrapartes se pueda generar la confianza necesaria para adelantar relaciones negócias, por lo que se les obliga a ceñir su comportamiento a ella, conformando de esa forma la obligación de proceder de acuerdo con la expectativa de obrar con rectitud.

Por consiguiente, quien actúe con honradez tendrá derecho a que la contraparte lo haga igual. Sin embargo, cuando se falta a la buena fe en la etapa precontractual, se está violando el derecho conformado por el otro sujeto y el resultado será la exigencia de adaptar su comportamiento (NEME VILLAREAL, 2010, pág. 165).

3.5.2 El Principio de legalidad

El principio de legalidad, como parte del título de imputación en materia precontractual, lo encontramos desde el inicio del proceso de formación de la voluntad de contratar hasta el final de la negociación e incluso hasta en la etapa Post-contractual. Por lo tanto, es un postulado que interviene como fundamento de la responsabilidad precontractual según el cual las partes deben encausar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual públicas prescritas por la ley, premisa que evidencia la aplicación de buena fe objetiva, ya que no estamos ante una creencia sino el actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Con fundamento en este principio, la administración, en la gestación de sus procesos de selección y celebración de los contratos estatales, debe respetar la ley en su sentido formal y material, así como también a todas las fuentes del ordenamiento jurídico y en especial las de derecho administrativo, como los reglamentos y los pliegos, incluyendo los principios que la vinculan al particular oferente.

En otras palabras, la administración debe sujetarse a un procedimiento reglado como lo es la licitación pública o el procedimiento correspondiente, y por supuesto, procedimiento al que también deberán someterse los oferentes, puesto que si el negocio jurídico nace como consecuencia de un procedimiento ilegal pues la consecuencia será la nulidad absoluta del contrato estatal por violación del principio de legalidad, lo que traerá como consecuencia la existencia de un daño *in contrahendo*.

Este principio, lleva inmerso la rigurosidad del contrato estatal, ante lo cual Escobar Gil precisa que:

“La preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos en el derecho administrativo es esencialmente formalista y que las partes deben observar un cauce externo de formación y manifestación de la voluntad prescrita por la ley, a diferencia del Derecho Privado, que como regla general se rige por la libertad de forma y el postulado solus consensus obligat (el solo consentimiento obliga). De ahí que las entidades públicas en la etapa de formación de la voluntad, están obligadas a proceder a la selección del mejor proponente, con estricta sujeción al marco normativo de la gestión contractual pública” (ESCOBAR Gil, 1999, pág. 231).

En ese sentido, el principio de legalidad es evidentemente un límite a la discrecionalidad administrativa y la autonomía de la voluntad de los particulares, en razón a que en los negocios estatales se encuentra en juego el interés general, por lo que el Consejo de Estado ha resaltado que la contratación es reglada “en tanto la administración para celebrar un contrato debe ceñirse a los procedimientos establecidos por la ley (...)” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 24454, 2014).

La contravención de las obligaciones en las que está inmerso el Estado en la contratación estatal, puede generar responsabilidad al violentar el interés general, por ejemplo, el proceso de contratación debe conocer las normas que lo rigen, esto es, cumplir incluso con los reglamentos internos de las entidades para ceñirse a las competencias de los funcionarios, y de esa forma abstenerse de incumplir las disposiciones del orden público, “cuyo cumplimiento es incondicional e irrestricto (artículo 16 del Código Civil), lo cual vicia de nulidad absoluta el contrato” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 30690, 2015).

4. El Interés Positivo y Negativo por la no Suscripción del Contrato Estatal.

Dentro de la responsabilidad precontractual del Estado, la reparación integral es uno de los aspectos que más interés ha despertado en la investigación de los daños de esta etapa. En las líneas jurisprudenciales analizadas, se encuentra que la reparación integral es el medio más efectivo de resarcir los perjuicios, ya que, en los eventos en que se condenó el reconocimiento de la utilidad esperada se otorgó de conformidad con la existencia del daño siempre que se logre evidenciar su valor. De esta forma, no solo los perjuicios de ámbito económicos, sino los intereses psicológicos, también se tienen en cuenta para reparar perjuicios en la responsabilidad precontractual del Estado.

De acuerdo con lo expuesto, la pérdida de la oportunidad, tratada por el Consejo de Estado en sentencia de 1998, se ha concebido como la causación de un daño “a quien se privó” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 10539, 2015) de una oportunidad, como es el caso de la privación del adjudicatario de celebrar el contrato estatal.

En atención a la regulación en derecho privado de nuestro sistema jurídico, en los eventos de responsabilidad precontractual por no suscripción del contrato, tiene especial relevancia el consensualismo en la relación contractual, pues este se ha concebido como “reacción ante un derecho extremadamente formalista y rígido” (FORTICH, 2012), en donde bastaría el cumplimiento de los elementos esenciales del contrato para configurarse un interés positivo, no obstante, ante la contratación del Estado sucede la inevitable presencia del formalismo que ha pretendido mermar la exigencia del cumplimiento del contrato en obediencia del interés positivo.

Bajo este entendido, es de considerar que mediante un juicio probatorio, si se determina la propuesta de un oferente era la más favorable para los intereses del Estado, y aun habiéndose adjudicado, la entidad estatal contratante omite suscribir el contrato estatal, se consolida un daño cierto, pues se probaría que el acto de adjudicación no adolece de ilegalidades y como consecuencia, se violaría el derecho del adjudicatario a ser contratista del Estado, evento en el cual se presentaría la pérdida de la oportunidad, sumándose el hecho de que el oferente no pudo hacerse parte en otros negocios, y además, se vería afectado lo que “le importaba” al oferente en razón a las bases del derecho romano expuestas.

El concepto de daño emergente, se predica en la pérdida económica de un bien en el patrimonio del afectado, tal y como se establece en el artículo 1614 del Código Civil colombiano, no obstante, puede conformarse de manera sucesiva por las erogaciones que tenga el patrimonio del afectado, las que se deberán contemplar para una efectiva indemnización de la víctima.

Respecto del Lucro Cesante, ésta hace referencia a los beneficios dejados de obtener, los cuales se privaron con el daño antijurídico, de conformidad con el mismo artículo 1614 del Código Civil. Así las cosas, el lucro cesante es una forma de utilidad esperada, por esta razón Tamayo Jaramillo mencionó que “el lucro cesante aparece cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (TAMAYO JARAMILLO, 2007).

De esta forma, se han configurado el interés positivo y el negativo, definidos por la doctrina como lo realizó Juan Carlos Expósito Vélez:

“A. Interés positivo: es el que se presenta en un negocio celebrado válidamente y se concreta en la expectativa de cumplimiento de las prestaciones que surgen del contrato válido y los eventuales beneficios que le pueda reportar la cabal ejecución de las prestaciones; de ahí que el incumplimiento contractual sea determinante de la defraudación del interés positivo o en la ejecución “exacta” del contrato.”

(...)

B. Interés negativo: también llamado costo de oportunidad, es el que se frustra cuando un negocio no resulta celebrado exitosamente “... porque no alcanzó a perfeccionarse o porque celebrado, se declaró nulo, (en cuyo caso) ya no puede pedirse su cumplimiento, sino la reparación del daño sufrido por confiar en la validez del mismo (...)” (EXPÓSITO Vélez J. C., 2003, pág. 746).

Con fundamento en lo anterior, podemos concluir que el interés positivo, se conforma por las utilidades que el proponente esperaba recibir por la ejecución del contrato estatal adjudicado.

Por su parte, el interés negativo es donde surge la reparación del daño ocurrido en la etapa precontractual, y es en donde podemos ubicar el daño emergente y el lucro cesante, de

conformidad con lo definido en el presente acápite. El daño emergente representado por lo que incurrió el sujeto para presentar su oferta, y el lucro cesante, por todo aquello que dejó de percibir como la no celebración de otros contratos. Todo lo anterior, en razón a la formalidad del contrato estatal, respecto del cual se requieren las formalidades específicas para su ejecución, impidiendo la exigencia del cumplimiento del mismo.

El Consejo de Estado ha mantenido diversas posturas frente la reparación del interés negativo, iniciando por aquella en la cual no se reconocía dicha indemnización en razón a que los gastos de presentación de la oferta, no se concebían como un perjuicio, no obstante, hasta 1988 se dio una postura que reconoció únicamente “los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante. Perjuicios que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 1653-CE-SEC3-1988-12-09, 1988).

Sin embargo, en 1990 se encuentra una sentencia que verdaderamente sustentó el fundamento para no reconocer el interés negativo, indicando que los gastos a reconocer solo serían los que el oferente “debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 5860, 1990), así las cosas, los gastos para presentar la oferta, “pues ellos son el costo de la oportunidad que se tiene para intervenir en la misma”.

En la materia que se estudia, el Consejo de Estado acogió la perspectiva jurídica que maneja el Profesor José Roberto Dromi:

"Las tratativas previas no crean por sí solas ninguna vinculación jurídica en tanto no se conforme una comunicación recíproca de voluntades a nivel pre-contractual, mediante alguno de los actos separables referidos. Estos, como alternativa previa al contrato, generan una relación jurídica, un vínculo regulado por el derecho con efectos jurídicos recíprocos implicados en los derechos y deberes de cada parte, v.gr., los gastos e "intereses negativos" que se originen con motivo de una ruptura intempestiva o arbitraria separación de la

negociación. Esta es la cuestión de la denominada culpa in contrahendo, o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de los tratos previos al contrato, se celebre éste o no.”

(...)

"Como dijimos, estas tratativas preliminares no son ya indiferentes para el derecho; crean una "vinculación jurídica especial" que origina derechos y deberes anteriores al contrato, pre-contractualmente, y no confundibles con los derechos y deberes derivados del contrato. Sería sin duda arbitrario, y más aún para una concepción del contrato en función social, reconocer que una de las partes tenga un derecho limitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque por razones de oportunidad un llamado a licitación después que el oferente irrogó a su costa todos los gastos que genera presentar una oferta, o deje sin efecto un concurso de ante proyectos cuando los terceros concursantes hubieren concluido el trabajo, etcétera. Creemos que no puede negarse fuerza vinculante a la actividad pre-contractual." (La Licitación Pública. Editorial Astrea, 1985)” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 7380, 1993).

No obstante, en 1996 el fundamento de la negativa del reconocimiento del interés negativo, correspondió a que esos gastos corresponden a una inversión que se debe realizar para alcanzar la utilidad que implica la ejecución del contrato, luego de cumplir con la adjudicación y la celebración del negocio jurídico:

“(...) el pensamiento jurisprudencial del Consejo de Estado sitúa aquéllos gastos bajo el concepto de inversión que el contratista de la administración debe proceder a realizar si es que verdaderamente aspira obtener una utilidad en el contrato; significa ello que no son reembolsables, en casos como este, en donde por efecto de la condena, el contratista logrará la pretendida utilidad en el malogrado negocio jurídico” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 10290, 1996).

Así las cosas, la tesis de la inversión fue reiterada en diversas sentencias del Consejo de Estado, en las que no fue reconocido el interés negativo, bajo el entendido que la utilidad compensaría la inversión realizada para participar en el proceso de selección, sin embargo, a lo largo de la línea jurisprudencial, encontramos diferentes denominaciones, como en

sentencias del año 2000 se hizo mención a los gastos mencionados como costos de oportunidad (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 11725, 2000)⁹:

“Ya la sala ha señalado que no son objeto de reconocimiento para los licitantes vencidos los gastos en que incurrieron para la preparación de sus respectivas propuestas, pues éstos son el costo de oportunidad que se tiene para participar en la licitación”.

Adicionalmente, en sentencias como la del 24 de junio de 2004, el Consejo de Estado se refirió a estos gastos como “gastos para la presentación de la oferta”: “No podrá ser objeto de indemnización o de reconocimiento la suma invertida por el licitante para poder intervenir en la licitación (gastos para la presentación de la oferta) (...)” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 15235, 2004).

Pues bien, en el año 2013 se realizó uno de los intentos por volver a reconocer el interés negativo, a través del cual el Consejo de Estado trató los gastos en que incurre un proponente como una pérdida de oportunidad”, aun sin que se cumplieran los requisitos de procedencia de esta tipología de daño:

“La Sala tiene determinado que si un proponente participa en un proceso de selección lo hace bajo el supuesto de que la entidad accionada le adjudicaría el contrato a la mejor propuesta. De manera que si se declara desierto, sin que se reúnan los presupuestos legales para ello, como sucede en el sub examine y el juez anula, en consecuencia, esa ilegal determinación, el daño causado se traduce en los perjuicios que provienen la pérdida de oportunidad, esto es, en los gastos que demandó la licitación, erogaciones que asumió el oferente, en igualdad de condiciones frente a todos los proponentes, con independencia de que resultara o no favorecido en la adjudicación. Sumas que deberán reintegrarse debidamente actualizadas. Ahora, como no está acreditado en el plenario el valor de dichos perjuicios, no existen bases suficientes para condenar en concreto por este concepto. Se

⁹ En el mismo sentido, se pronunció el Consejo de Estado en las sentencias: i) 27 de noviembre de 2002, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, expediente: 13792. ii) 20 de febrero de 2003, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 14107.

proferirá, entonces, condena en abstracto” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 23734, 2013)¹⁰.

De conformidad con lo mencionado por el Consejo de Estado, bajo mi concepción, el interés negativo debe ser reconocido ante la falta de suscripción del contrato estatal siempre que se haya adjudicado el proceso de selección a la mejor propuesta y vencido cualquier causal de ilegalidad, o en su defecto, ante una errónea adjudicación o una declaratoria de desierta, pues en estos eventos, el adjudicatario o proponente con mejor propuesta, según sea el caso, no puede soportar las pérdidas que representan los recursos invertidos para participar en una selección pública, sobre todo en los eventos en que el adjudicatario fue el mejor y por consiguiente debe ser el contratista.

5. Conclusiones

El trabajo que se presentó recorrió la responsabilidad precontractual para encontrar cómo el Consejo de Estado ha desarrollado los distintos elementos que la componen, todo en atención al escenario en el que el Estado omite el perfeccionamiento del contrato público cuando está obligado a su suscripción.

De forma detenida, se describieron los elementos que conforman la responsabilidad del Estado, con especial atención en la causalidad y la imputación, para dar cuenta de la problemática que se ha construido a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado en los eventos, que sirven de centro para este estudio, sobre la responsabilidad por omisión. Teniendo en cuenta eso, se pueden presentar las siguientes conclusiones generales:

1. La responsabilidad precontractual del Estado encuentra sus bases en el derecho privado, en especial desde el concepto de la *culpa in contrahendo* elaborado por von Ihering, el cual: i) No solo comprende el rompimiento de las tratativas y negociaciones previas, ii) trae a colación los cimientos de la acción contractual del derecho romano y iii) se analiza la causalidad en la generación del daño.

¹⁰ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente: 23.734.

2. Respecto del nexo causal, este se sitúa como un elemento de obligatorio análisis en la responsabilidad precontractual en razón a que, en la no suscripción del contrato estatal, nos encontramos ante una omisión de la entidad estatal contratante, la cual se encuentra regulada para el cumplimiento de funciones inmersas en las obligaciones del Estado, esto es, omisión en la realización de obligaciones que son esperadas para la protección del interés general.

3. Los principios de la buena fe y el de legalidad se vuelven los títulos de imputación de la responsabilidad precontractual por la no suscripción del contrato estatal. Estos sirven de límite a la actividad administrativa, y crean obligaciones de conducta en los funcionarios públicos, con cuya desatención configuran un reproche jurídico, que no es otra cosa sino el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado para que repare los daños sufridos por el particular a quien se le adjudicó el contrato estatal.

4. En el juicio de responsabilidad precontractual del Estado ha cobrado especial relevancia el análisis de la imputación fáctica y jurídica, lo que ha terminado por cuestionar la necesidad del análisis de la causalidad. Esto contradice a lo establecido en la Constitución, y ha difuminado las barreras entre la causalidad y la imputación, desconociendo dónde comienza una y dónde termina la otra, de forma que se ha afectado la certeza o claridad de lo que se debe probar, que es algo fundamental para quienes busquen en la jurisdicción una protección efectiva de sus derechos. Por lo tanto, es necesario insistir en la necesidad de probar y analizar el elemento de causalidad.

6. Referencias

Código Civil francés, artículo 1601. Código Civil. Legifrance (2014). Recuperado de: <https://www.google.com/search?q=c%C3%B3digo+civil+franc%C3%A9s&oq=c%C3%B3digo+civil+franc%C3%A9s&aqs=chrome..69i57j0l4.3733j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

Código Civil colombiano,. Ley 84 de 1873. Artículo 1870. 26 de mayo de 1873. Colombia.

Código de Comercio colombiano, Decreto 410 de 1971. Artículo 863. 27 de marzo de 1971. Colombia.

Código Civil colombiano, Ley 84 de 1873. Artículo 2341. 26 de mayo de 1873. Colombia.

Código Civil alemán, Artículo 823. 1º de enero de 1990. trad. Emilio Eiranoca Encinas. Marcial Pons. Madrid. 1998. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=C%C3%B3digo+Civil+alem%C3%A1n%2C+Art%C3%ADculo+823%2C+traducci%C3%B3n+de+Emilio+Eiranoca+Encinas&oq=C%C3%B3digo+Civil+alem%C3%A1n%2C+Art%C3%ADculo+823%2C+traducci%C3%B3n+de+Emilio+Eiranoca+Encinas&aqs=chrome..69i57.550j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

CAMAGNUCCI DE CASO, Rubén. “Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad”. Astrea. Buenos Aires. 1984.

COLEMAN, Jules. “Riesgos y Daños”. Marcial Pons. Madrid. 2010.

Congreso de Colombia. (16 de enero de 2008). Ley de Contratación. Artículo 9. (Ley 1150 de 2007) DO: 46.691.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley de Contratación. Artículo 28. (Ley 80 de 1993) DO: 41.094.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, (4 de noviembre de 2015) Radicación número: 52001-23-33-1000-1999-01235-02, [HERNÁN ANDRADE RINCÓN]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”. 76001-23-31-000-1998-01093-01. [CARLOS ALBERTO ZAMBRANO]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (7 de junio de 2001). Radicación Número: 23001-23-31-000-1995-7068-01, [RICARDO HOYOS DUQUE]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (4 de junio de 2008). Radicación número: 17783 [Myriam Guerrero De Escobar]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”. (18 de marzo de 2015). Radicación Número: 47001-23-31-000-2001-00842-01. [JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (5 de junio de 1990). Expediente: 5556. [Julio César Uribe Acosta] Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2 de junio de 2016). Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01. [MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 15023.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2 de mayo de 2002). Expediente: 13477 [María Elena Giraldo Gómez]. Recuperada de: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, (3 de mayo de 1999), Expediente: 11169, [Ricardo Hoyos Duque]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, (1º de julio de 2004), Expediente. 14696. [ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ] Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_14696_de_2004.aspx#

Consejo de Estado, Sección Tercera, (9 de junio de 2010), Expediente. 19385 [ENRIQUE GIL BOTERO]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Subsección A. Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2016. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 38646.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (6 de marzo de 2013). Expediente: 24884. [JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Subsección A. Sección Tercera. (9 de febrero de 1995). Expediente: 38646. [JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (26 de septiembre de 2002). Proceso: 6878. [JORGE SANTOS BALLESTEROS]. Recuperado de https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=26_septiembre_2002.pdf

Consejo de Estado. Subsección A. Sección Tercera. (11 de julio de 2019). Expediente: 45881. [Carlos Alberto Zambrano Barrera]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (abril 16 de 2007), Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01. [Ruth Stella Correa Palacio]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”. (28 de agosto de 2019). Radicación número: 41001-23-31-000-2005-00883-01. [MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO] Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (3 de abril de 2020). Expediente: 45650. [ALBERTO MONTAÑA PLATA]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (12 de marzo de 2020). Radicación No. 11001-03-15-000-2020-00054-00. [Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”. (12 de junio de 2014). Radicación No. 05001-23-25-000-1994-02027-01. [ENRIQUE GIL BOTERO]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección tercera. Subsección A. (27 de marzo de 2014). Exp. 24454. [MAURICIO FAJARDO GOMEZ]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de mayo de 1998). Radicado: 10539. [RICARDO HOYOS DUQUE]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sección Tercera. (27 de febrero de 1992), Expediente: N4108, [JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sección Tercera. (9 de diciembre de 1988). 1653-CE-SEC3-1988-12-09 [Carlos Betancur Jaramillo] Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sección Tercera. (6 de julio de 1990). Expediente: 5860 [Julio César Uribe Acosta]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Sección Tercera. (17 de junio de 1993). Expediente: 7380 [Julio César Uribe Acosta]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de septiembre de 1996). Expediente: 10290. [Jesús María Carrillo Ballesteros].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (18 de mayo de 2000). Expediente: 11725. [Ricardo Hoyos Duque] Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>.

Consejo de Estado, sección tercera. (24 de junio de 2004). Expediente: 15235. [Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado, sección tercera. (3 de mayo de 2013). Expediente: 23734 [Danilo Rojas Betancourth]. Recuperado de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Constitución Política de Colombia, Artículo 83 julio 4 de 1991.

Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001, del 22 de agosto de 2001. Expediente: D-3404.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de agosto de 2002. Expediente: 6.151. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

EXPÓSITO Vélez, Juan Carlos. “*Forma y Contenido del Contrato Estatal*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

MARTÑINEZ, Gema Tomás, “Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (culpa in contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 17 -n° 1, Coquimbo, 2010, Pág. 187-210.

HERNÁNDEZ, F., FUENTESECA, P. y BURRIDO J. Tomo II. “El Digesto de Justiniano”. Editorial ARANZADI PAMPLONA. Pamplona. 1968. Pág. 660. Digesto 18.1.57.1., Pág. 667.

EXPÓSITO Vélez, Juan Carlos. “La Configuración de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español”. Universidad Externado de Colombia. 2003. Bogotá.

EXPÓSITO Vélez, Juan Carlos. “La Responsabilidad Precontractual en al Actividad Contractual del Estado, en Memorias. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo”. Universidad Externado de Colombia. 2003.

ESCOBAR Gil, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos”. Legis. Bogotá. 1999.

GOLEDNBERG, Isidoro. “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil”. Astrea. Argentina. 2000.

GONZÁLEZ Lagier, Daniel. “Las Paradojas de la Acción: Una Introducción a la Teoría de la Acción Humana desde el Punto de Vista del Derecho y la Filosofía”. Marcial Pons. Madrid. 2013.

GIL BOTERO, Enrique. “Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Jurisprudencia 1991-2011”. Tomo II. Causalidad e Imputación. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2013.

HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia. “La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación? En: Revista de Derecho privado No. 14. Universidad Externado de Colombia. 2008.

Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, “Instituciones de GAYO”, traducción del palimpsesto descubierto en la biblioteca del cabildo de Verana. Madrid. 1845. Recuperado de: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/institutaDeGayo.pdf>

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. “Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993 e incluye Decreto 1082 DE 2015”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Cuarta Edición. 2015.

MOSSET Iturraspe, Jorge y PIEDECASAS, Miguel. “Responsabilidad Precontractual”. Editores Buenos Aires. 2006.

NEME Villarreal, Martha Lucía. “La Buena Fè en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010.

OVIEDO Albán, Jorge. “Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual”. conferencia presentada el día 22 de abril del 2008 en las Jornadas colombo argentinas de derecho privado Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; la Universidad EAFIT y la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Bogotá.

PATIÑO, Héctor. “Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Aproximación a la Jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”. Revista de Derecho privado No. 14. Universidad Externado de Colombia. 2008. Bogotá.

PATIÑO Domínguez, Héctor. El Trípode o El Bípode: La Estructura de la Responsabilidad. En: La Responsabilidad Extracontractual del Estado. ¿Qué? ¿Por Qué? ¿Hasta Dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2015. Bogotá.

PÉREZ Medina, Gonzalo. “Imputación y/o Causalidad ¿elementos concurrentes en el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado?: una aproximación teórica desde la filosofía

del derecho de daños. Tesis de Maestría en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

PIMIENTO, Julián. “Responsabilidad o Solidaridad. El Fundamento del Deber de Reparar en el Ámbito de la Responsabilidad Extracontractual del Estado”. Revista de Derecho Público No. 36. Universidad de los Andes. Bogotá. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI, Las obligaciones primera parte. Trad. Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Bruscone. Editorial Cultural S.A. La Habana, 1946. Páginas 450 a 452.

Convención de Viena de 1980. “Principios Generales de los Contratos UNIDROIT (2010). Unidroit”. Recuperado en: <https://www.google.com/search?q=principios+de+los+contratos+unidroit&oq=principios+de+los+contratos+unidroit&aqs=chrome..69i57j0l6.11261j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

ROJAS QUIÑONEZ, Sergio, MOJÍCA RESTREPO, Juan Diego. “De la Causalidad Adecuada a la Imputación Objetiva en la Responsabilidad Civil Colombiana”. Vniversitas, núm. 129, julio-diciembre, 2014.

SALGADO Ramírez, Catalina. “Breve Introducción a la Responsabilidad Precontractual en la Teoría de Rudolf Von Jhering”. “Estudios de Derecho Civil. En Memoria de Fernando Hinestrosa”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014.

SALGADO Ramírez, Catalina. “Consideraciones Históricas Acerca de la Responsabilidad Precontractual antes de Rudolf Von Jhering. Aproximación Doctrinal*”. Revista de Derecho Privado, No. 22, enero – junio de 2012, Universidad Externado de Colombia.

SERRANO Escobar, Luis Guillermo. “Imputación y Causalidad en Materia de Responsabilidad por Daños”. Tesis de Derecho Doctoral. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011.

SUESCÚN Melo, Jorge. “Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Legis. Bogotá. 2003.