

El daño y la liquidación de perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado

MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS¹

RESUMEN

En el mundo de la actividad precontractual y contractual del Estado se pueden presentar una serie de eventos generadores de daños a los particulares que pretenden celebrar o celebran contratos con la Administración. Estos daños deben ser reparados, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado, jugando un papel estelar en la evolución de esta disciplina, ha desarrollado una serie de criterios para definir qué, cómo y cuánto se repara; papel que se busca estudiar en este escrito abordando los grandes daños que se presentan o que hasta el momento se han identificado por parte de la jurisprudencia.

Palabras clave: Responsabilidad, Contratación estatal, Jurisprudencia administrativa, Daño precontractual, Daño contractual, Tasación, Liquidación de perjuicios.

1 Especialista en Derecho Administrativo y en Responsabilidad Civil y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Profesora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: maria.santaella@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 20 de agosto de 2017. Fecha de modificación: 15 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2017. Para citar el artículo: SANTAELLA CUBEROS, MARÍA JULIANA. "El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 19, 2018, pp. 291-315. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.12>

Liquidation of Damages in Pre-contractual and Contractual Liability of the State

ABSTRACT

In the course of the State's precontractual and contractual activities a series of events can cause damage to individuals contracting or aspiring to pass a contract with the Administration. Since these damages must be repaired, the jurisprudence of the Colombian State Council has developed a series of criteria for available remedies to proceed. This paper studies the role of the Colombian administrative judge in the definition of these criteria by approaching the most common damages and remedies in both precontractual and contractual stages.

Keywords: Responsibility, Public Contract, Jurisprudence, Precontractual Damages, Contractual Damages, Appraisal of Damages, Liquidation of Damages.

INTRODUCCIÓN

El fundamento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico del deber de reparar, en cabeza del Estado, el daño causado por la acción u omisión de sus agentes tradicionalmente ha sido desarrollado, estudiado y entendido en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración², no siendo ello así en los eventos de responsabilidad contractual del Estado, toda vez que poco o nada indaga la jurisprudencia en relación con el fundamento constitucional de la responsabilidad en dichos casos³. Pues bien, el artículo 90 constitucional⁴

- 2 De esta afirmación dan cuenta un sinnúmero de fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en materia de reparación directa, en los cuales se da un amplio tratamiento al fundamento convencional y constitucional de la responsabilidad del Estado, como: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 18.274, sentencia del 18 de febrero de 2010; expediente 29.810, sentencia del 26 de febrero de 2014; expediente 26.011, sentencia del 6 de junio de 2013; expediente 30.600, sentencia del 20 de octubre de 2014; expediente 22.269, sentencia del 24 de marzo de 2011; expediente 20.747, sentencia del 30 de marzo de 2011; expediente 18.986, sentencia del 25 de julio de 2011; expediente 31.084, sentencia del 13 de junio de 2013; expediente 30.536, sentencia del 8 de noviembre de 2016; entre muchas otras.
- 3 Pues bien, en materia de controversias contractuales, se encuentran: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 21.588, sentencia del 7 de marzo de 2002; expediente 13.412, sentencia del 9 de octubre de 2003; expediente 15.157, sentencia del 4 de febrero de 1999; expediente 15.940, sentencia del 24 de enero de 2011; expediente 17.663 del 7 de febrero de 2011; expediente 51.018, sentencia del 5 de octubre de 2016; entre muchos otros.
- 4 Constitución Política, artículo 90: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

no discrimina entre responsabilidad contractual o extracontractual, razón de sobra para entender que este es también el fundamento de la responsabilidad derivada del ejercicio contractual del Estado⁵, como bien lo ha confirmado la jurisprudencia constitucional⁶.

Así las cosas, vale la pena destacar que, en el actual derecho de la responsabilidad, se habla de la figura de la reparación integral como un concepto más amplio que envuelve el concepto de indemnización; aquella incluye una serie de categorías adicionales, pues de la mano de la jurisprudencia internacional, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, el concepto de reparación integral se ha enriquecido constantemente, al punto de ser reconocidas cuatro modalidades de reparación, a saber: i) el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, ii) la satisfacción a las víctimas, iii) sanciones internas o garantías de no repetición, y (iv) la indemnización⁸; siempre de conformidad con el daño causado a la víctima que pretenda su reparación⁹.

5 En el mismo sentido: AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA, "La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?", *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en línea: <http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554/524> [revisado el 29 de agosto de 2017].

6 Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996: "el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual".

7 ANDRÉS JAVIER ROUSSET SIRI, "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 1, 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos: Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/frank/30948.pdf> [consultado el 19 de septiembre de 2017].

8 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 566-573.

9 Naciones Unidas, Documento A/CN.4/96, "La responsabilidad del Estado", informe preparado por F. V. GARCÍA-AMADOR, relator especial, texto original en español. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_96.pdf [consultado el 18 de septiembre de 2017], p. 206.; en el mismo sentido DIEGO ALEJANDRO SANDOVAL GARRIDO, "Reparación integral y responsabilidad civil: El concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 235-271.

Se trata, sin lugar a dudas, de un principio de orden convencional¹⁰, constitucional¹¹ y legal¹². Tanta importancia ha tenido la figura de la reparación integral, que incluso un sector de la doctrina afirma, al definir la responsabilidad, que su concepto y su alcance se encuentran ligados a la reparación del daño¹³; y hay quienes postulan esta figura como elemento sustancial de la responsabilidad de los Estados en el ámbito internacional¹⁴. A su vez, se encuentran quienes propenden por un entendimiento de la reparación integral dirigido a todos los procesos de responsabilidad civil¹⁵.

Pese a lo anterior, es una realidad en nuestro ordenamiento nacional que, definitivamente en materia contractual, la indemnización de los perjuicios ocasionados sigue siendo la principal forma de reparación a las víctimas de la responsabilidad civil contractual del Estado, que en su mayoría de veces resultan siendo los contratistas de la Administración. Tal afirmación se hace no por el hecho de estar así consagrado en una norma, ni mucho menos, como en otros ordenamientos jurídicos¹⁶, sino porque así resulta de la dinámica social que reclama un mayor enfoque al contenido económico de la reparación en estos casos.

Por lo anterior, se hace relevante analizar de qué manera la jurisprudencia ha decidido indemnizar en los casos en los cuales ha declarado dicha responsabilidad. Para ello es necesario identificar, en primer lugar, los daños que pueden ocasionarse en el marco de la actividad precontractual y contractual del Estado, pues como lo reclama un importante sector de la doctrina, este, el daño, es el elemento fundamente de la responsabilidad¹⁷.

10 BREWER-CARÍAS Y SANTOFIMIO GAMBOA, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 239.

11 *Ibidem*, p. 239. El cual se desprende de la cláusula del Estado Social de Derecho.

12 Ley 446 de 1998, artículo 16: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

13 WILLIAM BARRERA MUÑOZ, "¿Responsabilidad derivada exclusivamente del incumplimiento?", en ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (editores académicos), *Contratos públicos. Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 873-910.

14 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 566.

15 Sobre el tema puede verse: JUAN CARLOS HENAO, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia una unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado* n.º 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 277-366.

16 En este sentido puede consultarse, GENEVIÉVE VINEY, *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 246.

17 JUAN CARLOS HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 35.

En este punto, es importante destacar que la identificación de los daños debe hacerse sin perder de vista su concepto como *lesión a un interés jurídicamente tutelado*¹⁸, lo cual excluye necesariamente cualquier consideración a la conducta que pueda llegar a generar tal lesión, aspecto clave para la lectura de este análisis, toda vez que mediante el estudio de la jurisprudencia sobre el tema se busca identificar cuál es el derecho vulnerado en cada evento, dejando a un lado las figuras, comportamientos u omisiones que dieron lugar a la lesión, pues consideramos que el estudio de las mismas corresponde hacerlo en sede del juicio de responsabilidad propiamente dicho, concretamente en la imputación.

Acto seguido, se estudiarán las decisiones más relevantes en el punto de la liquidación de los perjuicios para cada uno de los daños que se logren identificar en el ámbito descrito, siendo esta la base para la identificación de las fórmulas que en este documento se proponen como reglas jurisprudenciales de liquidación de perjuicios en materia contractual y precontractual, haciendo énfasis especial en los conceptos básicos, que son, en últimas, las verdaderas bases de esta materia, en la medida en que sin esta claridad resultaría infructuoso este estudio.

Así las cosas, es pertinente reiterar que es presupuesto para los eventos acá descritos que se hubiese declarado la responsabilidad civil del Estado en cada uno de estos casos, razón por la cual prescindiremos de entrar a analizar títulos de imputación de responsabilidad o eventos en los cuales se establecen reglas para llevar a cabo el juicio de responsabilidad; todo lo anterior, debido a que, se reitera, se trata de un estudio delimitado a la tasación de los daños y la liquidación de los perjuicios, de donde se colige, es necesaria la previa declaratoria de responsabilidad.

1. EVENTOS RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COMO POSIBLES GENERADORES DE UN DAÑO RESARCIBLE EN MATERIA PRECONTRACTUAL

La etapa precontractual de la contratación estatal, como lo expone el profesor González, se corresponde con un verdadero proceso administrativo¹⁹, procesos que tiene como guía necesaria los principios de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia, buena fe y buena administración, entre otros²⁰. Pues siendo ello así, existen derechos de los oferentes o proponentes

18 *Ibidem*.

19 EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, "Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de selección", en ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (ed.), *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2017, pp. 241 a 283.

20 *Ibidem*.

en un proceso de selección, cuya vulneración o desconocimiento son generadores de responsabilidad precontractual del Estado.

Así, tradicionalmente, la jurisprudencia y la doctrina²¹ han reconocido y liquidado cuatro eventos de daños derivados de dicha actividad, a saber: i) la privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz, ii) la lesión al derecho del proponente a que su oferta sea valorada, iii) la vulneración al derecho a ser adjudicatario, y iv) la lesión al derecho a suscribir y/o a ejecutar el contrato, una vez adjudicado; los cuales se pasan a analizar.

1.1. LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN UN PROCESO DE SELECCIÓN TRANSPARENTE Y EFICAZ

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha puesto de presente que es derecho del proponente participar en un proceso de selección objetiva del contratista, una vez este se ha iniciado mediante la expedición del correspondiente acto administrativo, pero no solo eso, ha dicho, asimismo, que este derecho implica que el proceso debe ser transparente y eficaz²², que de suyo debe conducir a la adjudicación válida del contrato, ha destacado la Corporación. Así, en el expediente 16.209, el Consejo de Estado, al resolver las pretensiones que versaban sobre un evento en el cual el proceso de selección de contratistas no fue transparente y eficaz, consideró que dicha situación imposibilitaba a la entidad a realizar una selección objetiva válida; así, concluyó que, en este tipo de eventos, el rubro a indemnizar corresponde a los gastos en los que incurrió el proponente para participar del proceso de selección determinado, en el caso en comento, una licitación pública.

Por lo anterior, liquidó el rubro correspondiente al daño emergente, teniendo en cuenta los gastos, debidamente acreditados, en los que incurrió el oferente para la preparación y presentación de la oferta, para lo anterior, en el fallo se hizo uso de la fórmula aceptada por dicha Corporación, para actualizar el valor de los gastos al momento de la sentencia, así:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

En donde,

- 21 Esta afirmación y clasificación se hace teniendo como base, más no siguiendo al pie de la letra, el documento realizado por la profesora Aida Patricia Hernández Silva, para el desarrollo del seminario de tasación del daño y liquidación de perjuicios, dictado en el marco de la especialización en contratación estatal en Cali, de la Universidad Externado de Colombia.
- 22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 16.209.

VA: corresponde al valor actualizado.

VH: corresponde al valor histórico.

IPC Final: corresponde al último índice de precios al consumidor conocido al momento de proferir la sentencia.

IPC Inicial: corresponde al índice de precios al consumidor del mes en el cual se generó el gasto en el caso concreto.

Así, para la jurisprudencia, en los eventos en los cuales el daño corresponda al acá analizado, el rubro a indemnizar son los gastos en los cuales incurrió el oferente para la estructuración de su propuesta, montos que deberán ser actualizados de conformidad con la fórmula explicada.

1.2. LESIÓN AL DERECHO DEL PROPONENTE A QUE SU OFERTA SEA VALORADA

Es presupuesto de los procesos de selección objetiva de los contratistas que se garanticen las condiciones de igualdad y libertad económica en el marco de los mismos, presupuesto que implica una doble naturaleza, en la medida en que se erige como deber de la Administración "evaluar, calificar y ponderar"²³ las propuestas presentadas, de conformidad con el pliego de condiciones; y constituye, a su vez, un derecho para el oferente que su propuesta sea analizada en los mismos términos. De esta manera, en el expediente 21.324 del 12 de junio de 2014, el Consejo de Estado, al resolver las pretensiones de un oferente cuya propuesta fue rechazada debido a la ausencia de una formalidad, consideró que dicho rechazo "limitó de manera grave la participación del proponente"²⁴, dado que se vulneró el derecho del oferente a que su propuesta fuera evaluada y calificada, de acuerdo con los criterios propios de dicho proceso de selección, y por supuesto, de conformidad con el pliego de condiciones.

Para el efecto, el Consejo de Estado, en el caso mencionado, resolvió liquidar el daño irrogado al contratista, consistente en la no valoración de su propuesta, con base en la equidad, y apoyado en el *arbitrio iudicis*, determinó, siguiendo el parámetro dado por el *a quo*, que debía reconocerse como indemnización del daño ocasionado, un porcentaje del valor de la propuesta presentada, el cual estimó en el 10%²⁵, confirmando el monto de la condena en primera instancia,

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de abril de 2011, expediente 18.293.

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 21.324.

25 Posición reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 10.963.

no sin antes actualizarlo de conformidad con la fórmula ya estudiada en el punto inmediatamente anterior.

1.3. VULNERACIÓN AL DERECHO A SER ADJUDICATARIO

La Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en el marco del expediente 20.916^[26], encontró demostrado que, debido a la interpretación errónea de una disposición que contenía una sanción, esta fue impuesta de manera equivocada a uno de los oferentes en el proceso de selección objetiva, razón por cual, al anular dicha decisión, la parte demandante se situaba como la mejor propuesta. Así, determinado el daño en el caso concreto, esto es, la lesión al derecho a ser adjudicatario por ser la mejor propuesta, la Corporación procedió a liquidar el perjuicio causado, el cual consideró que consistía en la utilidad²⁷ que habría obtenido de haberse celebrado el contrato, de acuerdo con la propuesta presentada.

La suma establecida como perjuicio por el Consejo de Estado, esto es, la utilidad esperada²⁸, debe actualizarse de acuerdo con la fórmula aceptada por el Consejo de Estado para tal fin, que se reitera:

$$VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

En donde,

VA: corresponde al valor actualizado.

VH: corresponde al valor histórico.

IPC Final: corresponde al último índice de precios al consumidor conocido al momento de proferir la sentencia.

IPC Inicial: corresponde al índice de precios al consumidor del mes en el cual se generó el gasto en el caso concreto.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916.

27 Sobre el tema puede verse: AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA, "La lesión al derecho a ser adjudicatario del contrato estatal. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente n.º 13.792", en ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 183-199.

28 Esta posición fue acogida también en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de septiembre de 2015, expediente 45.047.

Para el efecto, es importante destacar la regla aplicada en el fallo 24.560 del 22 de mayo de 2013^[29], en el cual se reiteró la posición frente a la tasación de los perjuicios derivados del daño consistente en no adjudicar el contrato a quien fuera la mejor propuesta, es decir, que como ya se vio, la indemnización debe corresponder a la utilidad esperada del contrato, de acuerdo con la propuesta presentada. De la anterior referencia jurisprudencial se destaca la manera en la que se analizó cual era el valor de la utilidad contenida en el rubro del AIU de la oferta.

De esta manera, se llegó a la conclusión que si el rubro AIU está compuesto por tres factores, a saber, administración, imprevistos y utilidades, lo esperable es que cada uno de estos factores corresponda a un porcentaje igual el total del rubro. Es decir, del monto total consagrado en la propuesta por concepto de AIU, el Consejo de Estado entendió que una tercera parte de este correspondía a las utilidades que iba a percibir el oferente de haber sido adjudicatario y posteriormente haber ejecutado el contrato.

1.4. LESIÓN AL DERECHO A CELEBRAR Y/O A EJECUTAR EL CONTRATO, UNA VEZ ADJUDICADO

Continuando con el orden lógico del proceso de selección, el siguiente evento que ha sido identificado por la jurisprudencia del Consejo de Estado como generador de un daño a quien en un momento fuera proponente y en este evento es ya adjudicatario, hace referencia al hecho de no celebrar o suscribir el contrato, y/o al hecho de no permitir la ejecución del contrato. Eventos estos en los que el juez de lo contencioso administrativo ha sido particularmente estricto, debido a arbitrariedad que ellos conllevan. Así, en el expediente 22.827, el Consejo de Estado determinó que el daño consistente en la "privación injusta de la ejecución de un contrato válidamente celebrado"³⁰ genera unos perjuicios de orden material que deben ser resarcidos por la entidad demandada.

En estos casos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado que este tipo de eventos "es uno de los típicos casos que genera responsabilidad precontractual en cuanto al interés patrimonial negativo o de confianza"³¹; de donde se colige que esta Corporación entendió que en estos eventos solo se indemniza, a diferencia del evento anteriormente expuesto, el interés negativo, es decir, los gastos o pérdidas ocasionadas al confiar en la celebración del

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de mayo de 2013, expediente 24.560.

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.827.

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de marzo de 2015, expediente 31.618.

contrato, o los gastos de celebración del contrato y pérdida de otras oportunidades³².

2. EVENTOS RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COMO POSIBLES GENERADORES DE UN DAÑO RESARCIBLE, EN MATERIA CONTRACTUAL

En el marco de la ejecución de un contrato estatal pueden presentarse una serie de eventos generadores de responsabilidad civil del Estado, pues es allí en donde las partes interactúan y se relacionan con mayor intensidad, orientados siempre bajo presupuestos de equilibrio, transparencia e igualdad entre las partes en el contrato estatal³³. Así, existe en la jurisprudencia un minucioso trabajo de identificación de eventos generadores de daños que se ocasionan en el ejercicio de la facultad contractual de la Administración, los cuales se analizarán en este capítulo, bajo la óptica de dos grandes daños a saber, la privación del derecho a ejecutar el contrato y la lesión al derecho a ejecutar el contrato en las condiciones pactadas, intentando así dar al lector un esquema general, pero concreto de el tema acá analizado.

Dicho lo anterior, es importante resaltar que en Colombia se analiza la tasación de los daños y la indemnización de los perjuicios desde la conducta de la Administración que generó el daño, por ejemplo, a partir de la teoría de la imprevisión y todo lo que ella conlleva, por lo cual se reitera lo manifestado en la parte introductoria de este escrito, en el sentido en que lo que se propone es un estudio desde el daño o derecho lesionado, con independencia de la conducta de la Administración que pudo dar lugar a ella, como se pasa a exponer a continuación.

2.1. PRIVACIÓN DEL DERECHO A EJECUTAR EL CONTRATO

Esta categoría incluye una serie de eventos en los cuales el resultado es la lesión al derecho a ejecutar el contrato que radica en cabeza del contratista, de allí que las conductas desplegadas por la Administración que puedan generar este daño resultan variadas, *verbi gracia*, la no entrega del anticipo³⁴, no realizar

32 JAIME MENDIETA, "La culpa *in contraendo*. Historia, evolución y estado actual de la cuestión", *Revista e-Mercatoria*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 10, n.º 2, 2011, p. 45.

33 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de Derecho Administrativo. Parte General y Especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 (en imprenta). Trabajo suministrado por el autor.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 10.779.

los trámites administrativos que le correspondan³⁵, o no realizar prestaciones iniciales que requiera el contratista para la ejecución del objeto contratado³⁶, entre otras.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció en un evento de no entrega del anticipo, y definió expresamente este daño como el evento en el que:

un sujeto celebra un contrato, adquiere el derecho a ejecutarlo en las condiciones pactadas y a obtener la remuneración correspondiente. Y si la entidad incumple las prestaciones a su cargo, de las cuales además pende la ejecución del contrato, está privando al contratista –en forma injusta– del desarrollo de la prestación debida, lo que indiscutiblemente lesiona su derecho de crédito³⁷.

Daño que, según la Sección Tercera, debe repararse mediante el reconocimiento de los costos razonables –diligentes– en los que incurrió para comenzar la ejecución del contrato, partiendo de la buena fe³⁸, que como bien ha precisado la jurisprudencia reciente de esta Corporación debe ser objetiva³⁹. Aclaró la jurisprudencia que en este evento:

La obligación que surge a cargo de la entidad incumplida no consiste en el pago del valor del contrato, pues ello comportaría un pago de lo no debido, toda vez que el contrato no se ha ejecutado y dicha suma está definida en función de unos elementos que no estarían configurados por la parálisis del contrato⁴⁰.

Asimismo, se reiteró la fórmula de actualización de capital, ya expuesta en este escrito, en relación con los gastos diligentes que se generaron para el

35 Como por ejemplo la obtención de licencias para la ejecución del contrato, en este sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de mayo de 2016, expediente 38.860.

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18.080.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307.

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307.

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.221; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, expediente 23.044; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, expediente 54.563; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de marzo de 2016, expediente 47.145, entre otras.

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307.

contratista teniendo como finalidad la ejecución del contrato, que como ya se dijo, consiste en:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

En donde,

VA: corresponde al valor actualizado.

VH: corresponde al valor histórico.

IPC Final: corresponde al último índice de precios al consumidor conocido al momento de proferir la sentencia.

IPC Inicial: corresponde al índice de precios al consumidor del mes en el cual se generó el gasto en el caso concreto.

2.2. LESIÓN AL DERECHO A EJECUTAR EL CONTRATO EN LAS CONDICIONES PACTADAS

Este daño, tal vez el más común, tiene una estrecha relación con el anterior, en la medida en que en muchos eventos la conducta de la Administración que genera el daño *per se* puede ser la misma. Sin embargo, en algunos casos la conducta puede derivar en la producción del primer evento explicado, y en otros casos, puede derivar en la generación de la lesión al derecho a ejecutar el objeto contractual en las condiciones inicialmente pactadas en el contrato; evento en el cual, se agregan conductas como la de no restablecer el equilibrio financiero⁴¹ del contrato⁴²

41 Sobre el tema puede verse: TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO, "Equilibrio económico. Teoría de la imprevisión, *factum principis*", en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT Y ALFONSO Parejo (dir.), *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Madrid: Iustel, 2016; ISABEL GALLEGU, "Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas?" *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 115-142; JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ, "Equilibrio económico del contrato estatal. Fundamento. Teoría de la imprevisión. Metodología del restablecimiento. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente No. 10.151", en ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 163-170; JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; y SANDRA PATRICIA VERANO HENAO, "La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero", en ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (editores académicos), *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 551-589.

que, como lo sostiene el profesor Santofimio⁴³, incluye la teoría de la imprevisión⁴⁴, *ius variandi* y el hecho del príncipe⁴⁵, o bien también puede derivarse de las demoras en la ejecución del objeto del contrato⁴⁶, entre muchos otros. En últimas, el daño que generan es el que estudiamos acá, pues no puede perderse de vista que lo que se propone en este escrito es estudiar cuál es el derecho lesionado con la conducta de la Administración, de donde se colige que, con independencia del actuar del Estado, lo que está en juego es la violación al derecho a ejecutar el contrato o a llevar a cabo la etapa contractual en las condiciones en las que se celebró el contrato entre el particular y la Administración.

Así, uno de los eventos más emblemáticos que generan este tipo de lesiones al derecho del contratista es la no entrega oportuna del anticipo⁴⁷, situación en la cual la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁸, en

42 AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA, "La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?", *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en línea: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554/524> [revisado el 31 de agosto de 2017].

43 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de Derecho Administrativo. Parte General y Parte Especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 (en imprenta). Sostiene que: "el equilibrio económico del Estado está sujeto a la debida comprensión de la asunción por las partes de los llamados aleas normales u ordinarios derivados de la naturaleza y características de los objetos contratados y del ámbito de obligaciones y riesgos asumidos por las partes, y por otra, de aquellos aleas anormales excepcionales de imposible visualización o confrontación a través de los canales y mecanismos ordinarios del contrato, siendo estos últimos, causa indiscutible de tratamiento a través de las normas preservadoras del equilibrio económico del contrato, de llegar a verse afectada la ecuación equilibrante del negocio respectivo dada su ocurrencia. Estos supuestos son tratados dentro de la 'teoría de la imprevisión'".

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 24.637.

45 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de Derecho Administrativo...*, op. cit., Sostiene que: "El hecho del príncipe o FAIT DU PRINCE es, por antonomasia, un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato en desmedro del contratista a causa de un hecho imputable a la administración contratante [...] de tal modo que represente una pérdida significativa el contratista la ejecución de las obligaciones a su cargo, y no cualquier sacrificio, toda vez que por medio de esta institución no se busca asegurar al cocontratante frente todo tipo de alea o contingencia que circunde las prestaciones de la relación comercial, particularmente en aquellos contratos cuya ejecución tiende a prolongarse en el tiempo".

46 En el mismo sentido, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de Derecho Administrativo. Parte General y Parte Especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 (en imprenta).

47 *Ibidem*, se lee: "En este sentido se pronunció el Consejo de Estado frente a un caso en el cual la entidad contratante incumplió con su obligación de entregar al contratista el anticipo pactado dentro del término supletivo previsto por el Código de Comercio causando con ello la ruptura del equilibrio económico del contrato".

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 10.779.

un primer momento, se inclinó por no reconocer intereses moratorios a favor del particular que no recibió el dinero en el tiempo establecido, pues consideró que no se trata de una suma que constituya pago de la obligación, de donde dedujo que la misma no debía producir intereses, al respecto es importante traer a colación la consideración del Consejo de Estado según la cual:

[L]a Sala infiere que, por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios.

Dicho en otras palabras, como el anticipo, tal como quedó pactado en este caso, es una suma de dinero que no se transfiere al patrimonio del contratista a título de pago, su falta de entrega oportuna no conduce a la condena de los reclamados intereses moratorios.

Pese a lo dicho, la no entrega oportuna del anticipo podría causar perjuicios al contratista, caso en el cual estaría obligado a demostrarlos para que procediera la consecuente indemnización⁴⁹.

Lo anterior, con fundamento en la distinción tradicional entre anticipo y pago anticipado de las sumas de dinero que se entregan al contratista en el marco de la ejecución de un contrato estatal, visto desde la perspectiva de la titularidad del dinero⁵⁰.

Pues bien, esta posición fue replanteada en la providencia proferida en el marco del proceso 24.812, en la cual la misma Corporación repensó la postura enunciada y consideró que en la realidad de las cosas, los intereses entendidos como los frutos del dinero se deben por el solo hecho de la mora, y como fundamento de lo anterior destacó que, en primer lugar, el contrato debe cumplirse en cuanto a sus elementos esenciales, naturales y accidentales, estando la cláusula del anticipo en esta última categoría. Además, señaló el Consejo de Estado, de acuerdo con la normatividad civil pertinente⁵¹, que el deudor se encuentra en mora con el retardo, destacando que la mora se da

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 10.779.

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, expediente 24.812. Posición reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 25.199.

51 Código Civil, artículo 1608: "El deudor está en mora:

1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

por el incumplimiento de la obligación de dar el anticipo pactado⁵², y no por el pago o no del contrato, resaltando también que la fuente de la mora es la ley. Así, concluyó que:

no parece razonable ni jurídico sostener que la entidad estatal obligada por su propia decisión al cumplimiento de un anticipo, pueda sustraerse a su compromiso sin ninguna consecuencia económica y, que el contratista, deba soportar el incumplimiento o sujetarse a la demostración de un daño diferente al perjuicio recibido por la mora. Esta posición fomenta el incumplimiento y lo deja impune⁵³.

De esta manera, una vez establecida la procedencia de la mora por el incumplimiento de la obligación de pagar el anticipo, resultan necesarias unas consideraciones en torno a la liquidación de los intereses de mora, pero no limitado a esta conducta exclusivamente, sino en general a la liquidación de dicha figura en los eventos en los que resulte procedente.

Pues bien, para ello resulta necesario recordar la evolución de la jurisprudencia al respecto, con el fin de contar con una claridad contextual de la situación, es así como resulta de especial relevancia hacer referencia a la posición jurisprudencial sentada en el fallo 13.412^[54], en el cual el Consejo de Estado, en el marco de la ejecución de un contrato de obra, y resolviendo las pretensiones respecto del pago de los intereses moratorios causados por el retardo en el pago de unas cantidades de dinero por parte de la Administración, realizó un recuento jurisprudencial sobre la tasa de mora establecida en el Decreto 222 de 1983 que no incorporaba la disposición que trae la Ley 80 de 1993, artículo 4.º, numeral 8.º, y nos muestra⁵⁵ como:

a. En un primer momento se reconoció el privilegio a la Administración de no pagar intereses de mora por el retardo en el pago de sumas de dinero a particulares⁵⁶.

2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

52 En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 25.199.

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, expediente 24.812.

54 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

55 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

56 Corte Constitucional sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

b. A finales de la década de los setenta, la Sala de Consulta y Servicio Civil⁵⁷ entendió que nada impedía a las entidades pactar los intereses de mora, fundamentándose para ello, en el criterio del artículo 20 del Código de Comercio, y considerando que los contratos –incluidos los del Estado–, celebrados con una empresa mercantil, deben regirse por el Código de Comercio, por lo cual era aplicable el artículo 884 de dicha codificación.

c. Casi diez años después, la misma Sala de Consulta y de Servicio Civil⁵⁸ consideró que, al no existir una autorización expresa en el régimen de contratación, las entidades no podían pactar intereses en los contratos administrativos; por lo cual ante el incumplimiento, el contratista debía acudir a las autoridades judiciales con el fin de solicitar el reconocimiento de los perjuicios causados por la mora.

d. En 1988, la Sección Tercera del Consejo de Estado optó por la aplicación del artículo 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, los cuales permitían llenar los vacíos de la legislación especial. Concretamente, en fallo del 13 de mayo de 1988^[59], se determinaron las razones así: i) las normas que regulan los efectos de los contratos civiles se aplican a negocios mercantiles, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 822 del Código de Comercio); ii) nadie se puede enriquecer sin justa causa; iii) en los contratos sujetos al derecho comercial se presume la onerosidad; iv) en los contratos bilaterales se encuentra envuelta la condición resolutoria tácita, en caso de no cumplirse lo pactado deberá indemnizar a la parte cumplida; y v) la indemnización se deriva de cualquier tipo de incumplimiento (no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, de acuerdo con el art. 1613 Código Civil).

e. Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁰, una vez en vigencia de la Ley 80 de 1993, consideró que la norma del numeral 8.º del artículo 4 de esta ley debía aplicarse también a los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, aplicación que justificó en razones de equidad.

57 Consejo de Estado, Concepto del 3 de junio de 1977. Consulta 1141 del 29 de marzo del mismo año, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

58 Consejo de Estado, Concepto del 10 de agosto de 1987. Consulta n.º 115, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1988, expediente 4303, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de octubre de 1994, expediente 8092, y en el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de abril de 1999, expediente 14.855, citados en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

f. Nos muestra el precitado fallo la posición de la Sección Tercera que, el 17 de mayo de 2001^[61], ante el silencio de las partes en relación con los intereses de mora, reiteró la aplicación del art. 4, numeral 8.º de la Ley 80 de 1993.

Hecho este análisis, la Sección Tercera⁶² consideró pertinente replantear la posición, y como argumentos del cambio jurisprudencial, los cuales se sintetizan en este escrito, expuso:

a. La ultractividad de la ley, como efecto de su aplicación en el tiempo, y contenida en el artículo 38 de La ley 153 de 1887, establece que los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración, salvo que se trate del modo de reclamar en juicio los derechos que de él se deriven, o las normas que señalan penas para casos de infracción de lo pactado, pues en este último evento la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

b. Por lo tanto, no puede aplicarse el artículo 4.º, numeral 8.º, de la Ley 80 para liquidar el interés de mora al incumplir un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222, a menos que el retardo propiamente dicho se haya dado en vigencia de la Ley 80.

c. En el Decreto 222 no se incluyó una norma dirigida a regular el interés moratorio, pero como se dijo en la sentencia del 13 de mayo de 1988, dichos contratos no se regían integralmente por este decreto, pues este solo regulaba aspectos tocantes con la naturaleza especial de los mismos (cláusulas exorbitantes, por ejemplo), así, en relación con los aspectos generales, debían regirse por las normas del derecho privado.

d. Una vez establecida la procedencia del derecho privado, se planteó la duda entre aplicar el artículo 884 del Código de Comercio o el artículo 1617 del Código Civil, a lo cual se respondió afirmando que la legislación comercial es de carácter especial, y que la remisión del artículo 822 establece que dicho Código será aplicable a menos que la ley establezca otra cosa. Entonces, cuando el contratista sea comerciante o la actividad sea comercial, será el Código de Comercio el aplicable, pero cuando sea entre particulares y no tenga la actividad carácter de comercial, será el 1617 del Código Civil.

e. Consideró la procedencia de los principios de buena fe y reciprocidad, los cuales se encuentran fundados a su vez en los principios de justicia conmutativa, igualdad, y garantía de derechos adquiridos, los cuales rigen las relaciones contractuales.

f. Y por último, destacó que el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, vigente para el momento de proferirse la sentencia, establecía en el

61 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, expediente 13.635, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

inciso quinto que, durante los seis primeros meses siguientes a la ejecutoria, las cantidades establecidas en sentencias proferidas en contra de entidades estatales devengarían intereses comerciales; y que, vencido este plazo, devengarían intereses moratorios, estos últimos, dice el Consejo de Estado, no pueden ser inferiores a los primeros, dado su carácter sancionatorio.

Entonces, con base en lo anterior, concluyó la Sala que tratándose de contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en los cuales las partes guardaron silencio sobre la estipulación de los intereses de mora y la persona afectada es comerciante o el acto es comercial, se debe aplicar la tasa del artículo 884 de la legislación comercial; pero si el contratista no tiene la condición de comerciante o la actividad no es comercial, será aplicable el art. 1617 del Código Civil; o si el contrato se celebró después de la entrada en vigencia de la Ley 80, o incluso antes, siempre que el retardo haya sido con posterioridad a esta, la tasa aplicable será la del numeral 8.º, del art. 4 de la Ley 80.

Habiendo expuesto la línea jurisprudencial inmediatamente anterior, resulta pertinente referirnos al concepto del 9 de febrero de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁶³, y a un antecedente de este que se encuentra en la sentencia del 21 de febrero de 2002, expediente 14.112^[64]. En el mencionado concepto, se hizo referencia necesaria al numeral 8.º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993^[65], toda vez que consagra las medidas que pueden adoptar las entidades para la consecución de los fines propuestos en dicha ley, y se destacó que en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. A su vez, se determinó que en casos en los que las sumas se adeuden por un periodo de un año o más, debe aplicarse a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor del año anterior, es decir, por cada anualidad.

Ahora, al estudiar la finalidad de la norma, y de la lectura de la exposición de motivos, concluyó:

63 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de febrero de 2006, n.º 1711.

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, expediente 14.112

65 Ley 80 de 1993, artículo 4: "De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: [...] 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o *concurso*, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios".

a. La Ley 80 de 1993 en materia de intereses moratorios sigue la regla del 1617 del Código Civil en el sentido de entender que los intereses moratorios tienen un carácter indemnizatorio, en aras de conservar el equilibrio del contrato, cuando la Administración no paga oportunamente.

b. La tasa prevista del doble del interés legal anual es de carácter especial y supletivo de la voluntad de las partes.

c. La norma en estudio de carácter general, es decir, aplicable a todos los tipos de contratos estatales.

Y en relación con la tasa del interés de mora, recordó la jurisprudencia en torno a la aplicación o no del artículo 884 del Código de Comercio⁶⁶ en los eventos de contratos de concesión, debido a la naturaleza de los concesionarios, y concluyó que:

a. Es el numeral 8.º del artículo 4.º de la Ley 80 el supletivo de la voluntad de las partes en ausencia de esta, y no el Código de Comercio.

b. Tanto la Ley 80 como el Decreto 679 de 1994 son normas especiales y acordes con la finalidad de la contratación estatal, que deben aplicarse de manera preferente a las normas civiles y comerciales, ante el silencio de las partes.

c. La tasa es la establecida en la Ley 80 de 1993, con independencia de la naturaleza comercial o civil del contratista, o la naturaleza de la actividad.

d. Consideró que la Ley 80 de 1993 reguló íntegramente la institución de la mora.

Por las razones anteriores, consideró que la norma general aplicable a los contratos estatales son el numeral 8.º del artículo 4 de la Ley 80 y el Decreto 679 de 1994, las cuales operan ante el silencio de las partes.

Pues bien, como el contrato de concesión es un contrato estatal y, como se dijo, la norma estudiada es de carácter general, es decir, se aplica a todos los contratos estatales, debe entenderse que siempre que se incluya una estipulación que remite a la ley para efectos de determinar la tasa de interés moratorio, se está refiriendo a la normatividad de la Ley 80 de 1993.

CONCLUSIONES

En materia de responsabilidad civil por la actividad contractual del Estado y su etapa previa, se reitera, la jurisprudencia ha identificado un sinnúmero de conductas que generan daños a los participantes en el proceso de selección y en la ejecución del contrato, pero como se explicó, lo que se pretende en el presente estudio es desarrollar un nuevo esquema de daños que, aunque no de carácter definitivo, prescinda –para efectos de la liquidación del perjuicio– de la consideración de la conducta de la Administración. Fundamentado esto

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 13.412.

en una elemental razón, y es que, ya en punto de la etapa de liquidación del daño en el juicio de responsabilidad, siguiendo los parámetros del artículo 2341 del Código Civil y del artículo 16 de la Ley 446 de 1996⁶⁷, la misma debe responder al verdadero perjuicio irrogado, y no atender a consideraciones propias del estudio de la responsabilidad, como lo son las conductas o los títulos de imputación del daño al Estado.

Así pues, se destacan de manera general las consideraciones teóricas, las fórmulas para liquidar los perjuicios derivados de los daños, y las discusiones y evolución de la jurisprudencia al respecto, los cuales resultan de vital importancia ilustrativa al momento de estudiar el tema acá analizado; en la medida en que son el marco de referencia para quienes pretenden la responsabilidad del Estado y para quienes tienen en su cabeza la función de determinar la misma y liquidar los perjuicios. Son, entonces, estos aspectos los que debe conocer un estudioso de la responsabilidad civil contractual del Estado, en la medida en que los conceptos fundamentales son la base de futuras –y muy probables– modificaciones de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el tema; así, esta evolución ha sido un trabajo constante y juicioso de la jurisprudencia, pero inacabado, en la medida en que el desarrollo jurisprudencial debe atender a criterios dinámicos que dependen, entre otras cosas, de la actividad de quienes acuden a la Administración de justicia.

Es la liquidación de los perjuicios un tema que a simple vista no debería ofrecer mayores discusiones en la práctica, pese a lo cual se observa en el trabajo realizado, que muchos aspectos responden a posiciones que podríamos tildar de temporales. Pues bien, de las anteriores consideraciones surgen unas dudas relevantes. ¿Podríamos afirmar que en esta materia existe una vulneración al principio de seguridad jurídica? ¿Es la intervención legislativa una solución apropiada en la materia? ¿O podríamos pensar, tal vez, en una solución jurisprudencial que brinde seguridad a los particulares que reclaman la reparación del daño imputable al Estado?

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BARRERA MUÑOZ, WILLIAM. "¿Responsabilidad derivada exclusivamente del incumplimiento?", en ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (editores académicos), *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas de Derecho Administrativo (pp. 873-910), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

67 Ley 446 de 1996, artículo 16: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BREWER-CARÍAS Y SANTOFIMIO GAMBOA. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS. "Equilibrio económico. Teoría de la imprevisión, *factum principis*", en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT Y ALFONSO PAREJO (dir.), *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Madrid: Iustel, 2016.

GALLEGO, ISABEL. "Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 115-142.

GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR. "Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de selección", en ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (editores académicos), *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 241-283), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

HENAO, JUAN CARLOS. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

HENAO, JUAN CARLOS. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia una unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2015, pp. 277-366.

HERNÁNDEZ SILVA, AIDA PATRICIA. "La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?", *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en línea: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554/524>.

HERNÁNDEZ SILVA, AIDA PATRICIA. "La lesión al derecho a ser adjudicatario del contrato estatal. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente n.º 13.792", en ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (pp. 183-190), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

MENDIETA, JAIME. "La culpa *in contraendo*. Historia, evolución y estado actual de la cuestión", *Revista e-Mercatoria*, vol. 10, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Naciones Unidas. Documento A/CN.4/96, "La responsabilidad del Estado", informe preparado por F. V. GARCÍA-AMADOR, relator especial, texto original en español. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_96.pdf [consultado el 18 de septiembre de 2017].

ROUSSET SIRI, ANDRÉS JAVIER. "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, N.º 1, 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/frank/30948.pdf> [consultado el 19 de septiembre de 2017].

SANDOVAL GARRIDO, DIEGO ALEJANDRO. "Reparación Integral y responsabilidad civil: El concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado* n.º 25, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 235-271.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de Derecho Administrativo. Parte General y Especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 (en imprenta).

SANTOS RODRÍGUEZ, JORGE ENRIQUE. "Equilibrio económico del contrato estatal. Fundamento. Teoría de la imprevisión. Metodología del restablecimiento. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente No. 10.151", en ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (pp. 163-170), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

VERANO HENAO, SANDRA PATRICIA. "La distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero", en ALBERTO MONTAÑA PLATA Y JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (editores académicos), *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 551-589), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

VINEY, GENEVIÉVE. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de febrero de 2006, n.º 1711.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 15.157, sentencia del 4 de febrero de 1999.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 10.963.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, expediente 14.112.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 21.588, sentencia del 7 de marzo de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13.412, sentencia del 9 de octubre de 2003.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 10.779.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, expediente 24.812.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 16.209.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 18.274, sentencia del 18 de febrero de 2010.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 15.940, sentencia del 24 de enero de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 17.663 del 7 de febrero de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 22.269, sentencia del 24 de marzo de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 20.747, sentencia del 30 de marzo de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de abril de 2011, expediente 18.293.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 18.986, sentencia del 25 de julio de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18.080.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.221.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.827.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2012, expediente 23.044.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 25.199.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de mayo de 2013, expediente 24.560.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 26.011, sentencia del 6 de junio de 2013.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 31.084, sentencia del 13 de junio de 2013.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 29.810, sentencia del 26 de febrero de 2014.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 21.324.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 30.600, sentencia del 20 de octubre de 2014.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de marzo de 2015, expediente 31.618.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de septiembre de 2015, expediente 45.047.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, expediente 54.563.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1.º de marzo de 2016, expediente 47.145.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de mayo de 2016, expediente 38.860.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 51.018, sentencia del 5 de octubre de 2016.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 30.536, sentencia del 8 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.