

La responsabilidad de la administración en la celebración de un contrato

Durante el procedimiento de celebración de un contrato público la responsabilidad de la administración contratante puede verse comprometida a nivel extracontractual, es decir, por los perjuicios derivados, no de manera directa del contrato mismo, sino de los actos o hechos imputables a la administración contratante y jurídicamente exteriores al contrato, pero que generan sin embargo efectos negativos sobre éste último. Dos factores pueden originar este tipo de responsabilidad: un acto ilegal de la administración, ligado al proceso de celebración de un contrato y que tiene por efecto la irregularidad de este proceso, y un comportamiento culposo de la administración durante el proceso de celebración del contrato que impide o afecta su concreción.

Es importante distinguir en esta responsabilidad extracontractual las nociones de falla o culpa y de ilegalidad.

La culpa se define, según la doctrina civilista (cfr. PLANIOL) como «un incumplimiento de una obligación preexistente» lo que no implica necesariamente que este incumplimiento sea constitutivo de una ilegalidad, en la medida en que ésta última es la violación de una regla positiva (en sentido amplio del término). La noción de

culpa es entonces más amplia que la de ilegalidad por cuanto, si toda ilegalidad constituye necesariamente una culpa, al contrario, toda culpa no constituye obligatoriamente una ilegalidad (por ejemplo, las negligencias o las impericias de la administración que causan perjuicio a un administrado).

Esta dicotomía entre culpa e ilegalidad se encuentra también a nivel de la responsabilidad administrativa extracontractual en materia de celebración de contratos.

ADOPCIÓN DE UN ACTO ILEGAL POR LA ADMINISTRACIÓN

En el marco del proceso de celebración de un contrato la administración puede proferir actos jurídicos contrarios a la legalidad que tienen por efecto afectar la regularidad de este proceso. La ilegalidad de la administración, susceptible de generar su responsabilidad, puede situarse en dos niveles:

- Ilegalidad por exclusión ilegal de candidatos.
- Ilegalidad por firma ilegal de un contrato.

Responsabilidad administrativa por exclusión ilegal de candidatos

Si un candidato a la celebración de un contrato público fue excluido o no pudo depositar su oferta como consecuencia de una decisión irregular de la autoridad contratante, en particular en el marco de los procesos de licitación privada o en la contratación directa en los que la administración dispone de una amplia libertad a nivel de selección de los candidatos –pudiendo por ejemplo dejar de motivar su decisión de rechazar un candidato en la fase de preselección de las licitaciones privadas* (CE 287 de octubre de 1993, *Syndicat départemental de électricité de la Drôme, RDP*, 1994, p. 851)– la administración puede ver comprometida su responsabilidad por privar al candidato de una oportunidad de obtener el contrato y verse condenada a pagar los perjuicios soportados por éste. El juez administrativo evalúa el grado de la posibilidad perdida.

A este nivel, la jurisprudencia identifica cuatro casos que condicionan la indemnización reconocida al candidato para reparar su perjuicio, así como el monto de esta indemnización:

Si el candidato no tenía ninguna probabilidad seria de obtener el contrato no tiene derecho a ninguna indemnización, pese a la ilegalidad cometida por la administración (CE, 4 de junio de 1976, *Desforêts*, ec. 301), por ejemplo, si el candidato no ofrecía las garantías financieras y profesionales para la obtención del contrato (CE, 9 de diciembre de 1987, *Chalbre d'agriculture des Deux-Sèvres*, rec. 404: «Si este contrato hubiese sido atribuido en condiciones regulares, no está establecido en el proceso que la sociedad demandante tuviese una probabilidad seria»). El juez administrativo aprecia soberanamente a realidad y la validez de estas garantías.

Si el candidato tenía pocas probabilidades, pero serias, de obtener el contrato, tiene derecho a una indemnización limitada que compensa las pérdidas que sufrió (daño emergente), pero según la jurisprudencia esta indemnización no cubre lo que dejó de ganar (lucro cesante), es decir el beneficio que habría obtenido si hubiese obtenido el contrato (CE, 23 de marzo de 1994, *Sivu du folf de Cognac*, CJEG, 1995, p. 27).

Si el candidato tenía probabilidades serias de obtener el contrato, es indemnizado a la vez por la pérdida sufrida y por una parte del lucro cesante (CE, 28 de marzo de 1980, *Centre hospitalier de Seclin, Rev. Marchés Publics*, 1981, n.º 176, p. 24).

Si el candidato tenía muy fuertes probabilidades de obtener el contrato, es indemnizado a la vez por la pérdida sufrida y por la integralidad del lucro cesante (CE 10 de enero de 1986, *STM*, rec. 608; 21 de septiembre de 1992, *Commune de Bagnols-sur Cèze*, DA 1992, n.º 1992, N, 497).

Responsabilidad administrativa por firma ilegal de contrato

Cuando la administración firma un contrato cuyo objeto es ilegal, por ejemplo, un arriendo comercial sobre dependencias de su dominio público (CE 23 de enero de 1976, *Kergo*, rec. 56), comete una irregularidad susceptible de dar lugar a reparación. Este derecho a la reparación del daño soportado por el contratista cuando el contrato está viciado de una ilegalidad a nivel de su firma ha sido reconocido por la jurisprudencia (CE 23 de mayo de 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, rec. 226; 8 de diciembre de 1995, *Commune de Saint-Tropez, AJDA*, 1996, p. 448) en los siguientes términos: «El empresario cuyo contrato está viciado de nulidad siempre tiene derecho a reclamar el reembolso de los gastos en los que incurrió y que fueron útiles para la

entidad pública contratante. Cuando la nulidad del contrato es el resultado de una culpa de la administración, el empresario puede además pretender la reparación del perjuicio imputable a esta culpa y, si hay lugar, pedir sobre este fundamento el pago del beneficio del que fue privado por la nulidad del contrato, siempre y cuando el reembolso de sus gastos útiles no le asegure una remuneración superior a la que tendría derecho en aplicación de las estipulaciones del contrato».

Esta jurisprudencia del Consejo de Estado reposa a la vez sobre dos teorías aplicables en materia de responsabilidad administrativa:

– La teoría del enriquecimiento sin causa derivada de la responsabilidad cuasi contractual, y

– La teoría de la responsabilidad cuasi delictual.

Estas dos teorías creadas por el derecho civil de la responsabilidad se apoyan sobre las nociones de cuasi contrato y de cuasi delito (arts. 1372 y ss. C. C. sobre el cuasi contrato, y arts. 1372 y ss. del mismo código para el cuasi delito). Al considerar que la administración y el empresario están en una situación de cuasi contrato, los gastos asumidos por éste y que son útiles a la administración deben serle indemnizados.

En caso de culpa o falla administrativa que dé origen a la nulidad del contrato, el empresario tiene igualmente derecho, bajo ciertas condiciones, a la indemnización del perjuicio que resulta de la privación del beneficio causado por esta nulidad contractual (fundamento cuasi delictual de la responsabilidad de la administración).

Debe señalarse que «si la culpa o falla de la administración en la conclusión del contrato viciado de nulidad no es fuente de perjuicio» para el empresario contratista, este último no tiene derecho al pago de

una indemnización (CE 9 de febrero de 1968, *Canaut*, rec. 105).

Además, la responsabilidad de la administración por una falla que generó la ilegalidad del contrato puede ser atenuada, e incluso excluida, por la culpa del empresario contratista, más precisamente por el hecho de haber firmado un contrato del que no podía razonablemente ignorar su ilicitud (CE 13 de julio de 1968, *Stoskopf*, rec. 460; sect. 11 de febrero de 1972, *OPHLM du Calvados*, *AJDA*, 1972, p. 245).

RESPONSABILIDAD POR EL COMPORTAMIENTO CULPOSO DE LA ADMINISTRACIÓN

Respecto de la celebración de un contrato, la fallas que pueden generar la responsabilidad de la administración, sin ser constitutivas de ilegalidades, son esencialmente actuaciones materiales que atentan contra la regularidad del procedimiento de selección del contratista. Dos tipos pueden distinguirse:

– Fallas del servicio que impiden la conclusión o la entrada en vigor del contrato.

– Fallas que incitan a una ejecución anticipada del contrato.

Responsabilidad por falla del servicio que impide la conclusión o perfeccionamiento del contrato

La administración puede cometer una falla del servicio al romper brutalmente las negociaciones que había comenzado con un candidato. El juez administrativo se muestra muy restrictivo en la admisión de la responsabilidad de la administración en estos casos, debido a la necesidad de preservar al máximo la libertad contractual de esta última y también por el hecho de la

inexistencia, en principio, de derechos adquiridos del empresario sobre la obtención del contrato antes de su firma por parte de la administración.

La culpa de la administración tan sólo se reconoce si la ruptura de las discusiones estuvo motivada por una intención (manifiesta) por parte de la Administración de perjudicar al candidato o, por lo menos, por su mala fe manifiesta (CE 7 de abril de 1965, *Sté Air Couzinet Transocéane*, rec. 229). Después de la firma del contrato la administración puede impedir su entrada en vigor de diversas maneras, en particular cuando el contrato está sometido a la aprobación de una autoridad de tutela. Si la falta de aprobación no constituye en sí misma una culpa, la empresa que ha firmado el contrato puede obtener una indemnización si aporta la prueba sobre la culpa de la administración en el proceso de aprobación del contrato (CE 26 de mayo de 1971, *Marquet*, rec. 383). Inicialmente el juez exigía que la administración tuviese un comportamiento revelador de su voluntad manifiesta de impedir la aprobación del contrato (CE 24 de junio de 1938, *Commune d'Huos*, D. 1939.3, p. 25), pero luego admitió que la responsabilidad de la administración podía comprometerse por una simple negligencia o imprudencia que hubiese impedido la aprobación (CE 13 de abril de 1945, *Commune de Thier-ville*, rec. 74).

Responsabilidad por falla del servicio que incita a una ejecución anticipada de un contrato

Se trata de una hipótesis en la que la administración incita a un empresario a comenzar la ejecución del contrato, por ejemplo realizando gastos preparatorios del contrato, antes de que éste sea oficial y definitivamente firmado y aprobado. En

este caso, la administración puede comprometer su responsabilidad (CE 13 de noviembre de 1974, *Couliboeuf*, rec. 567; 11 de octubre de 1985, CGCT, rec. 282).

Sin embargo, el juez se muestra bastante exigente sobre este punto. Es necesario en efecto que el comportamiento de la administración que incita a la ejecución anticipada del contrato sea suficientemente serio y probado para que el empresario candidato pueda obtener una indemnización que cubra los gastos que ha realizado. La responsabilidad de la administración se ve limitada con frecuencia por la culpa del empresario que comete, según la jurisprudencia, un error inexcusable al no asegurarse de la validez y de la realidad del contrato que lo vincula con la administración (CE 17 de mayo de 1963, *Commune de Monein*; 29 de septiembre de 1982, *Perez*, rec. T. 673). La imprudencia del empresario al no verificar el carácter definitivo de la celebración del contrato compensa entonces la culpa de la administración que lo incitó a la ejecución del contrato *no definitivo*.

Si un contrato de manera definitiva no se perfecciona, el *contratista* puede obtener una indemnización, aun sin culpa de la administración, sobre la base de la teoría del enriquecimiento sin causa. El empresario debe probar que al inicio de la ejecución del contrato recibió el aval de la administración, quien obtuvo en consecuencia un provecho financiero (CE 10 de mayo de 1939, *Commune de Chassieur*, rec; 310). El juez estima que en este caso nos encontramos en presencia de una situación cuasi contractual en la que la responsabilidad de la administración puede verse comprometida. Debe precisarse, en fin, que, según un principio común al derecho administrativo y al derecho civil de la responsabilidad, la responsabilidad extracontractual no puede aplicarse en lugar y en reemplazo de la

responsabilidad contractual (CE 1.º de diciembre de 1976, *Berezowski*, rec. 521) aun cuando ésta última se revele menos favorable para el empresario contratista desde el punto de vista pecuniario (CE, 5 de junio de 1972, *Sté Unitchadienne*, rec. 4).

ERIC DELACOUR
Universidad de Savoie-Chambéry

Traducción
JOSÉ LUIS BENAVIDES

Publicado originalmente en *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, n.º 5113 (23 de noviembre de 2001), Ed. Le Moniteur, París.

* El derecho francés conserva la distinción entre la licitación pública y la licitación privada. En esta última, la administración hace un llamado público a la concurrencia para evaluar las capacidades técnicas, financieras y profesionales de los candidatos que se presenten y con base en este análisis, selecciona los que pueden presentar oferta técnica y económica para el contrato objeto de la licitación. Artículos 40, 45 y 61 del nuevo Code de Marchés Publics del 7 de marzo de 2001. Nota del traductor.

