

Reseña de algunas decisiones de interés recientemente emitidas por el Consejo de Estado colombiano relacionadas con la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado

Sumario: I. Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de noviembre de 2008 (expediente 17031). II. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009 (expediente 14726), corregida mediante decisión del 26 de marzo de 2009. III. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009 (expediente 17145). IV. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2009 (expediente 30340)

I. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, 20 DE NOVIEMBRE DE 2008
(EXPEDIENTE 17031)

Caso: Declaratoria de nulidad de la resolución mediante la cual se impone la caducidad a un contratista, medida que fue adoptada luego del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, por lo que se genera una causal de nulidad por incompetencia.

1. Competencia temporal de las entidades estatales para declarar la caducidad del contrato estatal

Mediante esta sentencia, el Consejo de Estado precisa y aclara que la caducidad del contrato estatal solamente puede ser declarada por la entidad estatal contratante

durante el plazo de ejecución del contrato y mientras éste se encuentre vigente, superando la posición jurisprudencial según la cual la entidad podría declarar la caducidad aun dentro del plazo para la liquidación del contrato.

Varias razones expone el Consejo de Estado para asumir esta posición:

a. La definición legal de la caducidad establecida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 indica que la entidad pública podrá imponer la caducidad en caso de que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista "afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización", lo que permite deducir claramente al juez que "ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte 'la ejecución del contrato' y se presente su 'paralización' cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida".

b. La caducidad del contrato se estableció en la ley como un mecanismo otorgado a la administración para que una vez constatado el incumplimiento del contrato de manera tal que se afecte gravemente la ejecución de éste y se advierta su paralización, la entidad pública pueda terminar anticipadamente el contrato, y asegurarse, por medio de las prerrogativas concedidas en la misma ley, de que el objeto contractual será satisfecho por parte del garante o de un tercero escogido por la misma administración. En este sentido, ese poder exorbitante se justifica por la necesidad de asegurar la satisfacción de las necesidades de interés general, preservando la intención de ejecutar el contrato, luego imponer la caducidad tras el vencimiento del plazo de ejecución contractual no consulta con la finalidad estudiada, sino que se convierte en un instrumento meramente sancionatorio, lo que no consulta con la filosofía de dicho poder tal como está establecido en la Ley 80 de 1993.

c. El término para liquidar el contrato no está destinado para la imposición de la caducidad del contrato, sino que esa etapa tiene una finalidad distinta, cual es hacer el corte de cuentas entre los contratantes, hacer el balance de la economía del contrato y, de ser posible, declararse a paz y salvo en relación con los derechos y obligaciones surgidos a cargo de cada una de las partes de la relación negocial.

En este orden de ideas, la etapa de liquidación del contrato empieza luego de la terminación de éste, lo que de suyo implica que en esta etapa no es posible que se dé incumplimiento de las obligaciones del contratista que sean susceptibles de dar lugar a la caducidad del contrato, puesto que para este momento la etapa de ejecución del contrato se encuentra ya legal y convencionalmente terminada.

d. Si bien la entidad estatal tiene la facultad para recibir o aceptar tardíamente o en mora el cumplimiento del contrato, esta situación no puede ser entendida como una extensión del plazo de ejecución contractual que autorice la declaratoria de la

caducidad dentro del término de liquidación. La etapa de liquidación, entonces, no se configura como un término dentro del cual se puedan válidamente ejecutar prestaciones contractuales de manera regular.

De acuerdo con todo lo anterior, para el Consejo de Estado, la definición, noción y estructura legal del poder exorbitante de declarar la caducidad de un contrato estatal fijan un límite temporal en el que válidamente se puede utilizar, y no es otro que durante el plazo de ejecución del contrato, sin que sea válido extender esa potestad al plazo de liquidación del contrato. El efecto que tiene la declaratoria de caducidad luego de vencido el plazo de ejecución contractual es el de la nulidad por falta de competencia temporal, tal como ocurrió en la sentencia comentada.

En los casos en que luego de vencido el plazo de ejecución contractual se detecte el incumplimiento de alguna obligación, lo procedente, conforme a la legislación actual, es la declaratoria unilateral de incumplimiento tal como lo establece la Ley 1150 de 2007, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, además de la potestad de ejercer la acción contractual por el incumplimiento.

2. Se precisa la existencia de un título jurídico de imputación en materia de responsabilidad contractual denominado "sujeciones técnicas o materiales imprevistas"

El Consejo de Estado aclara que cuando en desarrollo y ejecución de un contrato estatal ocurren dificultades de tipo geológico (alea natural, material o física) que a pesar de encontrarse presentes al momento de la celebración del contrato permanecían ocultas, por lo que las partes no pudieron preverlas, causando alteración en la economía del contrato, haciéndolo más oneroso, se genera un daño antijurídico indemnizable a cargo de la entidad contratante, a título de responsabilidad objetiva o sin culpa denominado "teoría de las sujeciones materiales imprevistas".

Resalta el Consejo de Estado que este título jurídico de imputación se manejaba dentro de la teoría de la imprevisión, lo que no era exacto, puesto que a pesar de compartir algunas características, existen diferencias de fondo que hacen que el tratamiento deba hacerse de manera distinta. En apoyo de la doctrina, la jurisprudencia manifiesta que dentro de la teoría de la imprevisión la mayor onerosidad en el cumplimiento del contrato estatal se tiene en cuenta el álea económica y financiera extraordinaria y sobrevinientes a la ejecución del contrato, mientras que dentro de la teoría de las sujeciones materiales imprevistas se tiene en cuenta el álea física o natural que se encuentra presente y oculta al momento del nacimiento del contrato pero que se manifiesta durante la ejecución del contrato.

En este orden de ideas, la "teoría de las sujeciones materiales imprevistas" se configura como un título jurídico de imputación de responsabilidad de la entidad contratante para restablecer el equilibrio económico del contrato estatal.

3. Se establece un criterio de equidad para la tasación de la pérdida de la oportunidad cuando a un contratista se le ha impuesto ilegalmente la caducidad del contrato con la consecuente inhabilidad

Si bien es cierto que cuando se alega haber sufrido el perjuicio denominado "pérdida de la oportunidad" de contratar y obtener utilidades, es deber del demandante probar la existencia de ese perjuicio así como el nexo causal que permita hacer la imputación a la entidad demandada, también es cierto que, tal como lo ha establecido la doctrina, existe un margen de incertidumbre sobre la intensidad y entidad del perjuicio, pues no es posible conocer con certeza absoluta cuál es el monto de ganancia que el contratista hubiera percibido de no haber perdido la oportunidad de contratar.

En estos casos es cuando puede el juez hacer uso de la facultad legal de acudir a criterios de equidad para ponderar el valor del perjuicio sufrido y utilizando el arbitrio judicial establecer criterios razonables que le permitan valorar el perjuicio sufrido.

Uno de esos criterios, estima la jurisprudencia reseñada, es establecer el valor de los contratos acreditados dentro del proceso; realizar la sumatoria del valor de esos contratos y sacar el porcentaje total de la utilidad que el contratista afectado con la ilegal declaratoria de caducidad esperaba recibir precisamente por la ejecución del contrato caducado. El valor resultante de esa utilidad anual se actualiza a la fecha de la sentencia y para el caso específico se multiplica por la cantidad de años que duró la pérdida de la oportunidad de contratar correspondiente a la inhabilidad generada por la caducidad del contrato, es decir por cinco años. Para efectos de realizar una reparación integral, se reconoció el derecho a percibir los frutos civiles de ese dinero a una tasa del interés legal del 6% por el tiempo en que duró la imposibilidad de contratar.

4. Se reconoce la viabilidad de indemnizar el daño moral a las personas jurídicas cuando se atenta contra la reputación o el prestigio de ellas en menoscabo de la credibilidad de su nombre

Respecto de la posibilidad de reconocer la existencia de daños morales a favor de una persona jurídica, en la sentencia se hace un recuento de las posiciones expuestas por la jurisprudencia del Consejo de Estado apoyado en la doctrina, las cuales van desde la negación absoluta hasta el reconocimiento de esta posibilidad siempre y cuando el daño moral resulte probado dentro del expediente.

En esta decisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado reflexiona sobre el asunto, exponiendo que resulta claro que las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos porque no pueden experimentar dolor o sufrimiento por agresiones a bienes jurídicos extrapatrimoniales que parten de la subjetividad del individuo físico como por ejemplo la vida, la integridad personal, la honestidad,

entre otros. Sin embargo, dice el Consejo, a las personas jurídicas se les reconoce una subjetividad jurídica, gozan de atributos propios de la personalidad y en consecuencia son titulares de derechos que pueden considerarse en sentido objetivo como morales y de carácter extrapatrimonial, como por ejemplo su reputación, su buen nombre, entre otros, lo que implica que se debe indemnizar cualquier menoscabo de esos derechos en tanto resulten probados en el respectivo proceso.

Para el Consejo de Estado, cuando se trata de afrentas contra la reputación o el prestigio de la persona jurídica, que afectan la credibilidad de su nombre y de su imagen como sujeto en el tráfico jurídico, sería viable indemnizar un perjuicio moral, porque aunque esos valores están al servicio de su objeto con fines económicos, trascienden la esfera netamente patrimonial.

El buen nombre, dice el Consejo de Estado, es un derecho fundamental de la personalidad sin importar si se trata de una persona natural o de una persona jurídica; su protección se encuentra garantizada constitucionalmente a todas las personas y el Estado se encuentra en el deber de respetar y hacerlo respetar tal como ya lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tratándose de personas jurídicas, el *good will* hace referencia al buen nombre que tiene ésta frente a terceros, y en tal virtud representa un activo intangible e incorporal susceptible de ser estimado en dinero pues es posible cuantificar los beneficios derivados del prestigio.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha dicho que de la afectación al *good will* se deriva un perjuicio de carácter material en la modalidad de lucro cesante toda vez que ese buen nombre corresponde a un activo que sigue en la órbita del comercio jurídico y su perturbación representa un beneficio económico que no ingresará al patrimonio de la persona jurídica. No obstante lo anterior, en esta decisión se considera que el ataque al buen nombre y la reputación de una persona jurídica tiene capacidad para generar también un daño moral porque al margen del menoscabo económico, que puede existir o no, la difamación afecta objetivamente la apreciación de la imagen o la reputación que de la persona jurídica se tiene en la sociedad, lo que hace que se convierta en un perjuicio indemnizable, que deberá estar probado.

Para el caso específico, no se reconoció la indemnización del daño moral a favor de la persona jurídica por la pérdida de credibilidad comercial que fue solicitada, toda vez que ese daño moral no resultó probado dentro del proceso.

II. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 11 DE FEBRERO DE 2009 (EXPEDIENTE 14726), CORREGIDA MEDIANTE DECISIÓN DEL 26 DE MARZO DE 2009

Caso: Declaratoria de responsabilidad de la Caja Nacional de Previsión por las lesiones sufridas por paciente consistentes en la pérdida del ojo izquierdo como consecuencia de una intervención quirúrgica.

1. La liquidación del lucro cesante futuro respecto de personas que para la fecha de expedición de la sentencia han superado la edad de vida probable se hace con fundamento en las tablas de mortalidad, teniendo como fecha de referencia la edad de la víctima al momento de la sentencia y no al momento del daño

Para efectos de la liquidación del lucro cesante futuro cuando se trata de indemnizar personas que han superado la edad de vida probable teniendo como presupuesto las tablas de mortalidad expedidas por el Estado, ante la imposibilidad objetiva de tener una fecha límite hasta la cual proyectar la indemnización, la jurisprudencia había decidido en estos casos otorgar una indemnización a título de renta mensual actualizada mes a mes, a la cual tenía derecho el titular siempre que comprobara su sobrevivencia ante la entidad que debía realizar el pago.

De acuerdo con otra decisión jurisprudencial, un mecanismo adicional para solucionar estos casos sería el de aportar un dictamen pericial en el que se estableciera la vida probable del beneficiario, lo que aseguraría que al momento de la sentencia se pudiera determinar el monto de la indemnización.

En la sentencia se establece un criterio distinto para liquidar ese lucro cesante futuro cuando el beneficiario de la indemnización ha superado la expectativa de vida que de acuerdo con las tablas de mortalidad expedidas por la Superintendencia Financiera tenía al momento del daño. Considera entonces la jurisprudencia que se debe tomar la expectativa de vida de la persona al momento de la sentencia, y partiendo de lo establecido en dicha tabla se tiene como punto de referencia la edad que tiene el beneficiario al momento de la sentencia (no la del daño), indemnizando el lucro cesante futuro por el tiempo que resulte de esa operación.

Para el caso específico de la sentencia comentada, por supuesto que se partió de la base de que la víctima no había fallecido al momento de la sentencia. Sin embargo, posteriormente se solicitó corrección aritmética de la sentencia teniendo como fundamento el hecho de que el beneficiario había fallecido luego de la expectativa de vida probable de acuerdo con la tabla de mortalidad teniendo como referencia la fecha del daño, pero antes de la expedición de la sentencia que se pide corregir. El Consejo de Estado acepta la solicitud haciendo una corrección aritmética reconociendo la indemnización por lucro cesante consolidado desde la fecha del daño hasta la fecha de la muerte que, como ya se dijo, también superaba la edad de vida probable de la víctima de acuerdo con la tabla de mortalidad aplicable para ese momento.

III. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 11 DE FEBRERO DE 2009 (EXPEDIENTE 17145)

Caso: No declaratoria de responsabilidad del Estado por la muerte de ciudadano causada por un agente de la Policía Nacional, toda vez que se configuró la eximente de responsabilidad denominado hecho exclusivo de la víctima.

1. Dentro de un proceso de responsabilidad civil el concepto de causa es distinto del concepto de imputación. Las causales eximentes de responsabilidad atacan la imputación y no la causalidad

Tradicionalmente la jurisprudencia ha exigido dentro de todo juicio de responsabilidad el análisis del proceso causal para determinar desde el punto de vista naturalístico qué evento, hecho o acto se puede considerar como causa del daño para poder realizar entonces su imputación a la persona que está llamada a responder.

Recuerda la sala que, de acuerdo con la doctrina, la noción de causalidad entendida como conexión entre diversos elementos dentro del sistema de la naturaleza difiere de aquella noción de imputación la cual se refiere al enlace formal que existe entre antecedente y consecuente de normas jurídicas.

De acuerdo con esta sentencia, la noción de causalidad solamente puede hacer referencia a eventos fenomenológicos o naturales y es completamente ajena a consideraciones valorativo-normativas. En ese sentido, no es apropiado referirse a una causalidad jurídica puesto que esta última figura obedece más a la de imputación entendida como la atribución jurídica de un resultado a un sujeto específico.

El análisis de la causalidad se configura como un requisito necesario mas no suficiente para poder declarar la responsabilidad, puesto que además deben concurrir una serie de requisitos jurídicos que permitan atribuir (imputar) la obligación de reparar un daño antijurídico a determinada persona.

En relación con las causales eximentes de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho del tercero, hecho de la víctima), establece el fallo comentado que partiendo de la dicotomía causalidad-imputación, el análisis de aquéllas no se refiere a una interrupción o ruptura del nexo de causalidad, toda vez que no resulta ni lógico ni jurídico admitir que el nexo de causal se rompe o se interrumpe.

Explica la jurisprudencia que no obstante normalmente cuando se comprueba la existencia de una causal eximente de responsabilidad se dice que hay una ruptura del nexo o de la relación causal entre el daño y el hecho dañino, en estricto rigor lo que realmente sucede cuando se encuentra probada una causal eximente es que se excluye la posibilidad de atribuir jurídicamente la obligación de reparar el daño a la entidad demandada.

En conclusión de la sala, la constatación en un supuesto concreto de una causal como las mencionadas no destruye la causalidad sino la imputación.

IV. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DEL 28 DE ENERO DE 2009 (EXPEDIENTE 30340)

Caso: Declaratoria de responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional por la tortura y muerte de un ciudadano.

1. Cuando los daños son causados como consecuencia de la violación de los derechos humanos, la reparación integral del daño establecida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y en la Ley 975 de 2005 comprende adicionalmente la orden de tomar medidas propias de la justicia restaurativa y de restablecimiento simbólico

En esta sentencia se reitera por parte del Consejo de Estado que cuando el daño es causado con ocasión de violación a los derechos humanos, el juez contencioso administrativo, fundamentado en las normas del ordenamiento jurídico interno e internacional aplicables, cuenta con amplias facultades para procurar su reparación integral, ordenando al responsable la ejecución de medidas propias de la denominada justicia restaurativa.

Precisa el juez administrativo que en aplicación del principio de reparación integral se pueden adoptar medidas no pecuniarias entre las cuales se encuentran: a. medidas de rehabilitación; b. medidas de satisfacción que son medidas de carácter simbólico y colectivo como por ejemplo el reconocimiento público que haga el Estado sobre su responsabilidad; c. garantías de no repetición, que son aquellas que garantizan a la víctima que no volverá a ser sujeto de violaciones de sus derechos humanos, como por ejemplo la disolución de grupos armados o derogatoria de leyes.

Reitera el Consejo de Estado que la aplicación de esas medidas cuando se trata de violaciones a derechos humanos no desconoce el principio de jurisdicción rogada propio de la jurisdicción contencioso-administrativa ni el de congruencia, toda vez que el orden jurídico internacional se impone al nacional y es deber de todos los estados adoptar medidas tendientes a la protección y reparación de las garantías de los ciudadanos. En el mismo sentido de reiteración, se establece en la sentencia comentada que la aplicación de estas medidas por parte del Juez de segunda instancia tampoco supone vulneración de la garantía de la no *reformatio in pejus*, en razón de que lo que suponen esas medidas es una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar al Estado y a la población acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo.

En el caso concreto, teniendo en cuenta que el daño alegado por las demandantes tuvo origen en una abierta violación a los derechos humanos, se ordenó ejecutar algunas medidas adicionales de reparación con el fin de garantizar la satisfacción de los derechos y garantías vulnerados por los demandantes. Se ordenó al demandado:

a. Presentar públicamente excusas a los familiares de la víctima de la violación de los derechos humanos.

b. Diseñar un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas privadas de la libertad, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de la ciudad donde ocurrieron los hechos, entregando material didáctico.

c. Publicar la sentencia en un lugar visible del comando de la policía de la ciudad donde ocurrieron los hechos, por el término de seis meses, de forma que toda persona que visite la institución policial pueda acceder al contenido de ella.

Con esta sentencia, entonces, se reitera por parte del Consejo de Estado que la indemnización integral del daño se encuentra comprendida por la reparación de los perjuicios de orden material e inmaterial así como por la orden de ejecutar medidas propias de la denominada justicia restaurativa y simbólica.

HÉCTOR PATIÑO

