

**La Culpa In contrahendo**  
**Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión \***

**Jaime Mendieta<sup>1</sup>**

**Resumen**

El límite de la indemnización en la formación del contrato, impuesto por doctrina y jurisprudencia con base en el concepto tradicional de interés negativo, no es absoluto sino relativo y apenas constituye un derrotero indicador de los daños que normalmente se causan en el *iter contractus*, sin excluir la reparación total del daño cierto en términos de lucro cesante, la pérdida de oportunidad y el daño emergente.

**Palabras claves:** Responsabilidad Civil, *Culpa in contrahendo*

**Abstract**

The limits of compensation in contract's formation, set by the doctrine and the jurisprudence in the traditional concept about negative interest, is not absolute and it just constitutes an indicative path of damages, that normally are caused by the *iter contratus*, with no exclusion of the total repair about the certain damage, in the terms of lost profit, the loss of opportunities and the emergent damage.

**Key words:** Liability, *Culpa in contrahendo*

---

\* Este artículo fue presentado a la revista el día 7 de Septiembre de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 24 de noviembre de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Abogado y especialista de la Universidad Externado. *Magister* en Responsabilidad civil de la Universidad Externado de Colombia. Colombia. [mendietajaime@hotmail.com](mailto:mendietajaime@hotmail.com)

**Sumario**

<b>Premisa</b> .....	42
<b>I. Concepto de daño</b> .....	42
<b>II. Origen y evolución del daño precontractual</b> .....	44
<b>III. Daño emergente en la formación del contrato</b> .....	53
<b>IV. Lucro cesante en la formación del contrato</b> .....	56
<b>V. La pérdida de oportunidad como lesión actual al patrimonio de la víctima.</b> .....	58
<b>VI. Pérdida de oportunidad como lesión actual al patrimonio de la víctima en la formación del contrato.</b> .....	65
<b>Conclusión</b> .....	70
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	71

## Premisa

Uno de los antecedentes de mayor importancia en la teoría del daño en la formación del contrato es la *culpa In contrahendo* de Rudolf von Jhering. Este autor señaló en 1861 que en el *iter contractus* se podían causar lesiones patrimoniales que debían ser reparadas dentro del marco establecido por el derecho romano.

Treinta y nueve años después de publicada la obra de Jhering, el artículo 122 del Código Civil alemán (BGB en adelante) estableció la obligación de reparar los daños precontractuales limitando el resarcimiento al interés negativo<sup>2</sup>. Estructurada la responsabilidad en el derecho alemán, la doctrina y jurisprudencia italianas crearon la argumentación del deber de resarcir el daño en el *iter contractus*, dentro del límite establecido por los teóricos alemanes.

Entre nosotros, en Colombia, doctrina y jurisprudencia acuden a Jhering y a la doctrina italiana para afirmar que el daño precontractual se repara en la medida del interés negativo, sin analizar o estudiar la razón de la frontera impuesta. Por consiguiente, en el presente artículo haremos un breve recorrido por la evolución de la responsabilidad precontractual, para después reflexionar sobre la existencia del límite en la reparación del daño *In contrahendo*.

### I. Concepto de daño

La vida en sociedad supone la existencia de deberes a cargo de cada uno de sus miembros, como fuente de equilibrio dentro de las relaciones entre los sujetos y agentes económicos que participan en una sociedad organizada. No causar daño a otros<sup>3</sup>, es un deber que incumbe a todos y se puntualiza en un obrar o una abstención dentro de las circunstancias sociales y particulares de cada sujeto, y la exigencia del respeto al derecho ajeno<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Horst Ehmann, Holger Sutschet, *La Reforma del BGB: Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, trad. Claudia López Díaz y Ute Salch de Sánchez, p. 114.

<sup>3</sup> Luis Pascual Estevill, *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1998, 1, pp. 68 y ss.

<sup>4</sup> Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil, Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964, p. 329: “deberes de conducta reducibles al principio elemental de *nemine laedere* que determina a obrar y a abstenerse

En los términos del maestro Hinecrosos, el daño es la: "(...) lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja. Todo detrimento que resulta de la actividad del demandado, principalmente en el patrimonio, pero también en los sentimientos del ofendido, constituye daño y es materia de indemnización que procura restablecer el orden turbado con las medidas restitutorias, reparadoras y compensatorias dichas"<sup>5</sup>. La lesión al patrimonio<sup>6</sup>, a los sentimientos o a los derechos fundamentales de una persona<sup>7</sup> se puede causar de manera indistinta en presencia o no de una relación contractual. El daño como la aminoración patrimonial sufrida por la víctima debe ser reparado con independencia de si existe o no un vínculo contractual entre quien causa el daño y quien recibe la lesión al patrimonio<sup>8</sup>.

La merma patrimonial sufrida por la víctima es lo que da la medida de la reparación que se debe<sup>9</sup>, y comprende los dos elementos que integran el artículo 1613 del C. C colombiano<sup>10</sup>. Este efecto negativo en el patrimonio genera en cabeza de la víctima un derecho a ser reparada en la medida del daño causado<sup>11</sup>, pues, dice De Cupis, que lo que el derecho tutela el daño vulnera<sup>12</sup>.

---

de actuar relegando la comunidad egoísta en aras de la integridad ajena, y se proyectan en dos direcciones complementarias: como reglas universales que vinculan a todos los miembros sociales, sin otra sanción que la general del derecho, y como orientaciones concretas que para un caso singular se pronuncian por iniciativa particular o disposición legal, como refuerzo y especificación del deber genérico, anterior e inobjetable".

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 334.

<sup>6</sup> A. Von Tuhr, *Resarcimiento de daños*, compilador José N. Duque Gómez, *Del Daño*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 1, 2001, p. 67: "entendemos por daño el menoscabo sufrido por un patrimonio". En un sentido similar: G. P. Chironi, *La Culpa en el derecho civil moderno*, Madrid, Reus, 1928, pp. 231 y ss.

<sup>7</sup> Corte de Casación Italiana, Sentencia del 12 de julio de 2006, n.º 15760, trad. libre. En esta sentencia la corte establece que el daño es consecuencia de la lesión a derechos humanos fundamentales.

<sup>8</sup> Juan Carlos Henao, *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1, 2004, p. 84. En un sentido similar: Federico Ferro-Luzzi, *L'imputazione Precontrattuale*, Italia, Casa Editrice Dott, 1999, p. 119.

<sup>9</sup> C. Massimo Bianca, *Diritto Civile, La Responsabilità*, Milano, Giuffrè Editores, 1ª ed., 1994, V, pp. 112 y 113. El autor señala en su libro tres nociones distintas del daño: según la primera, el daño puede ser entendido como un evento lesivo, o sea, el resultado material o jurídico en el cual se concreta la lesión a un interés jurídicamente tutelado; la segunda considera que el daño se puede entender como una consecuencia económica negativa, resultado inmediato y directo del incumplimiento. En su tercera acepción, el daño consiste en la cuantificación pecuniaria de la consecuencia económica negativa.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 1949, G. J., t. LXV, n.º 2073-2074, M. P.: Hernán Salamanca.

<sup>11</sup> Salvo en eventos contemplados por normas que regulan casos particulares o creados por la jurisprudencia, donde el afectado puede recibir un beneficio mayor al detrimento sufrido, de acuerdo con el desarrollo conceptual de la *compensatio lucri cum damno*.

<sup>12</sup> Adriano De Cupis, *El daño, teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, trad. Ángel Martínez Sarrion, p. 109: "(...) lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado

Por tanto, consideramos que el daño precontractual es la lesión a un derecho constitucional o jurídicamente protegido, con efectos en la esfera patrimonial y extrapatrimonial de la víctima y que supone el deber de resarcir el derecho conculcado.

## II. Origen y evolución del daño precontractual

Las primeras manifestaciones de la doctrina sobre reparación del daño precontractual, centraron la discusión en la nulidad por culpa *in contrahendo*, pero muy pronto su relevancia abarcó toda la etapa de formación del contrato. Jhering, que fue el primer autor en analizar de fondo el deber de reparar el daño causado en la etapa de formación del contrato, inició su libro recordando la dificultad que le generaba explicar a sus alumnos si se debía reparar el daño generado culposamente en el nacimiento del contrato<sup>13</sup>.

La respuesta a su pregunta la buscó en el derecho romano y, a partir de algunas fuentes, dedujo la obligación de reparar el daño causado<sup>14</sup>, presentando una acción resarcitoria para reclamar tanto los gastos en que se hubiera incurrido, como la pérdida de otras oportunidades<sup>15</sup>, dirigida contra el vendedor de una herencia inexistente<sup>16</sup> o una *res commercium*<sup>17</sup>.

---

interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción”.

<sup>13</sup> Rudolf von Jhering, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, Jovene Editore, 2005, Trad. Federico Procchi, p. 5.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 19 y 20. “5. *L. de empt. Et vend. (3.23): (loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit) quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non ess. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit*”. “(...) *l. 8 e 9 de hered. vend. (18.4). l. 8 (lavolenus) ... si nulla est (hereditas), de qua actum videatur pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur l. 9 (paulus) et si quid emptoris interest*”.

<sup>15</sup> Giuseppe Grosso, *Las Obligaciones contenido y requisitos de la prestación*, cit., p. 95.

<sup>16</sup> Al respecto, Rudolf von Jhering, “(...) el texto precedente muestra que el jurista tenía en mente dos diversas hipótesis: o existe objetivamente una sucesión, pero el vendedor no es el titular del derecho –en este caso se puede solicitar la ejecución del contrato–, o bien la sucesión contemplada en el acuerdo entre partes es objetivamente inexistente, en tal caso encuentra lugar nuestra acción resarcitoria”. *Della culpa in contrahendo*, cit., p. 21, trad. libre.

<sup>17</sup> *Loc. cit.*, Acción resarcitoria que se basó en la actividad ejecutada y la confianza en la validez del contrato.

Jhering separó el interés del adquirente de un bien en interés contractual positivo e interés contractual negativo. El primero se refiere al interés “(...) en la conservación y ejecución del contrato, hipótesis en la cual el adquirente obtendrá el equivalente en dinero de todo lo que habría obtenido en el caso de un contrato válido (...)”<sup>18</sup>, y una vez que el contrato se ha perfeccionado, se debe responder por la prestación del interés positivo<sup>19</sup>. Entonces, el interés positivo se predica de los contratos válidos, referido al cumplimiento de las prestaciones nacidas de la relación contractual y la lesión al interés de cumplimiento supone una indemnización equivalente al beneficio económico que se recibiría con la ejecución normal del contrato.

El interés negativo, por su parte, se refiere al daño consecuencia de la nulidad del contrato y que lesiona la confianza que tenía el vendedor o comprador en la validez del mismo. El resarcimiento se limitará a la restitución de la cosa entregada, al mayor valor de la cosa respecto del precio de venta<sup>20</sup> y los gastos realizados en la celebración del contrato y pérdida de otras oportunidades. Para aclarar el tema el autor acude a un ejemplo: “(...) cuando el mensajero ha ordenado por error 10 cajas de cigarrillos en vez de 1/10 (...)”<sup>21</sup>, se considera como daño referido al interés negativo “(...) el reembolso de los gastos de embalaje y de envío”<sup>22</sup>.

El autor alemán concluyó que el interés positivo se fundamenta en un contrato válido, en tanto que el lesionado puede solicitar la ejecución o su equivalente pecuniario, y el interés negativo se cimenta en la nulidad del contrato<sup>23</sup> o en la aparente conclusión del contrato, que pudo tener como consecuencia “(...) la pérdida de una ganancia, sea que se haya perdido otra ocasión de concluir el mismo contrato, sea que se haya perdido tiempo útil para la búsqueda de otra alternativa”<sup>24</sup>.

Con posterioridad a la publicación de la primera obra sobre la *culpa In contrahendo* y la expedición del Código Civil alemán BGB del año 1900, comenzó la discusión sobre el alcance de la responsabilidad precontractual.

---

<sup>18</sup> Loc. cit., trad. libre.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>21</sup> Loc. cit., trad. libre.

<sup>22</sup> Loc. cit., trad. libre.

<sup>23</sup> Loc. cit.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 43, trad. libre.

El artículo 122 del BGB consagra la responsabilidad por la lesión a la confianza en la validez del contrato, como consecuencia de la nulidad, limitando la indemnización a la cuantía del interés que el otro contratante o un tercero tenga en la validez de la declaración de voluntad<sup>25</sup>.

Alguna doctrina considera que el mencionado artículo 122 recoge lo expuesto por Jhering al proteger el interés de la persona que confiando en la validez del contrato se frustra por la nulidad del mismo<sup>26</sup>. La reparación del daño causado supone un límite, pues la norma indica que la reparación no puede superar el importe del interés que la otra parte o el tercero tengan en la validez de la declaración, consagrando el concepto de interés (patrimonial) negativo e interés (patrimonial) positivo o de cumplimiento, como lo afirma Holger Sutschet<sup>27</sup>.

En un sentido similar, Usua González considera que el artículo 122 citado consagra el concepto de interés negativo y positivo, limitando la indemnización de aquél al interés de cumplimiento<sup>28</sup>. Sin embargo, no se tiene la obligación de reparar el daño causado cuando la persona que resulte perjudicada como consecuencia de la nulidad conoció o, de acuerdo con su deber de diligencia, debió conocer la causa generadora del vicio congénito.

---

<sup>25</sup> Código Civil alemán (BGB), Barcelona, Bosch, trad. Carlos Melon Infante, p. 24. Artículo 122 del BGB: “si una declaración de voluntad es nula según el párrafo 118 o está impugnada en base a los párrafos 119 y 120, el declarante, si la declaración había de emitirse frente a otro, ha de indemnizar a éste o en otro caso a todo tercero el daño que el otro o el tercero sufra por la circunstancia de que confía en la validez de la declaración, no excediendo, sin embargo, la cuantía del interés que el otro o el tercero tengan en la validez de la declaración. La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si el perjudicado conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, o no conocía a consecuencia de negligencia (debía conocer)”.

<sup>26</sup> Cfr. Clara I. Usua González, *La culpa in contrahendo, tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao, Universidad del País Vasco, p. 122.

<sup>27</sup> Horst Ehmman Holger Sutschet, *La reforma del BGB, modernización del derecho alemán de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, Trad. Claudia López Díaz y Ute Salach de Sánchez, p. 114. “(...) Con base en el deber de indemnizar por daños y perjuicios establecido y desarrollado (de manera secundaria) en el artículo 122, se puede suponer que el deber negativo, no desarrollado, de emitir declaraciones burlonas y declaraciones equivocadas frente a otro: ¡Evita bromas y errores de la vida comercial! Pero preferible parece la idea de que el prometiente deberá guardar en principio su palabra (equivocada), sin tener que responder por su cumplimiento (exclusión del derecho a la obligación primaria); no se responsabiliza tampoco por el lucro cesante, sino solamente por el interés negativo, limitando el monto al lucro cesante (...)”. De igual manera es importante citar el artículo 118 del BGB, el cual señala que: “una declaración de voluntad no pensada seriamente que es emitida en la esperanza de que la falta de seriedad no será desconocida, es nula”. Código Civil Alemán (BGB), cit., p. 23.

<sup>28</sup> Clara I. Usua González, *La culpa in contrahendo*, cit., p. 131: “al respecto contiene el § 122 una importante limitación: la reparación no puede exceder el interés de cumplimiento (interés positivo), que sería el obtenido en caso de que el contrato hubiera sido válido y se hubiera cumplido”.

El límite del interés negativo se encuentra en otros artículos del BGB, como lo señala el artículo 307 a propósito del deber de indemnizar cuando la prestación es imposible<sup>29</sup>. En concordancia con el artículo 306 del BGB, todo contrato que tenga por objeto una prestación imposible (originaria objetiva) es nulo y, por consiguiente, la parte que conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación queda obligada al resarcimiento del daño causado por la confianza depositada en la validez del contrato.

Pero el deber de indemnización se encuentra limitado por la misma norma, en tanto en cuanto la reparación no puede superar el interés que la otra parte tenía en la validez del contrato, es decir, siguiendo la misma línea, el deber de reparación del interés negativo no puede superar el interés positivo. En el mismo sentido, el artículo 179 del BGB establece un deber de indemnización a cargo del representante que ha celebrado un contrato pero no conocía la falta de poder de representación<sup>30</sup>.

A la luz del artículo anterior, el representante que celebre un contrato sin poder de representación queda obligado personalmente a su cumplimiento o a la indemnización de daños y perjuicios, a menos que logre que el titular del interés ratifique el negocio celebrado. Si no hay un error de conducta del representante al desconocer la falta de poder de representación, solamente está obligado al pago del interés de confianza<sup>31</sup> en la validez del contrato, sin que supere el importe del interés positivo o de cumplimiento.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del BGB, la doctrina inició la discusión en torno a la responsabilidad en la formación del contrato y la relación entre daño y celebración del mismo. Así Usua González afirma que Siber, autor alemán de la primera mitad del siglo pasado: “(...) tiene un mérito innegable, al afirmar que la responsabilidad a la que nos referimos interviene cuando se causa

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 136. Artículo 307 del BGB: “quien al realizar un contrato que tiene por objeto una prestación imposible, conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, queda obligado a la indemnización del daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato, sin que, sin embargo, la reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato. No hay obligación de indemnizar si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad”.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 149. Artículo 179 del BGB: “quien ha realizado un contrato como representante, en tanto no acredite su poder de representación, queda obligado frente a la otra parte, a elección de ésta, al cumplimiento o a la indemnización de daños si el representante rehúsa la ratificación del contrato. Si el representante no ha conocido la falta de poder de representación, queda sólo obligado a la indemnización de los daños que la otra parte sufra por haber confiado en el poder de representación, sin que, sin embargo, esta reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato. El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. Tampoco responde el representante si su capacidad comercial está limitada, a no ser que haya actuado con el conocimiento de su representante”.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 61.



un perjuicio por incumplimiento de deberes de información precontractuales y que, en cuanto tales, existen aunque no se llegue a celebrar un contrato válido posteriormente (...)”<sup>32</sup>. Se reconoce, por vía de doctrina, la posibilidad que se presenten daños en la etapa precontractual con independencia de la celebración del contrato; de esta manera se puede hablar de daño en la etapa de negociaciones o en presencia de un contrato que nació a la vida jurídica pero con un defecto congénito que entrañe nulidad.

Heinrich Stoll, otro autor alemán de inicios del siglo XVI, pone de presente que la etapa precontractual nace con el mismo requerimiento para iniciar negociaciones<sup>33</sup>. Es así como el derecho alemán acepta el nacimiento de la obligación de reparar el daño causado en todas las etapas de formación del contrato, con fundamento en los deberes que deben seguir los candidatos en el *iter contractus*.

Ya desarrollada en el derecho alemán la teoría de responsabilidad por culpa *in contrahendo*, el Código Civil italiano de 1942 consagró dos normas que regulan el comportamiento que deben observar las partes en la etapa precontractual, fundamentando allí el deber de reparación de los daños que se causen en la formación del contrato<sup>34</sup>.

La responsabilidad soportada en los artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano nace en la etapa de formación del contrato y supone un daño, ya que comportarse contrariando la buena fe no genera *per se* un deber de reparación: “la violación de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe no implica responsabilidad civil o nulidad del contrato (...)”<sup>35</sup>; la responsabilidad civil no surge si previamente no se ha verificado un daño; y la nulidad del contrato solamente se da por las causales taxativas consagradas en la ley, siguiendo el principio según el cual no hay nulidad sin texto.

El Código italiano, cuando hace referencia a la responsabilidad y deber de reparación de los daños que se causen en la formación del contrato, a diferencia del BGB, no establece un límite a la

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 59. “Posteriormente, se tiende cada vez hacia una formulación más amplia de la circunstancia que determina el inicio de la relación contractual. A ello pudo contribuir, tanto el que la oferta o la invitación a entrar en negociaciones sean extremos fáciles de detectar en determinadas relaciones pero de imprecisa determinación en otros (...)”.

<sup>34</sup> Artículo 1337 del C. C. italiano: “las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe”. Artículo 1338 del C. C. italiano: “la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”, traducciones libres.

<sup>35</sup> Corte de Casación italiana, Sección 1, Sentencia del 18 de octubre de 1980, n.º 5610, trad. libre.

indemnización precontractual. En su lugar, consagra el deber de reparar el daño causado, con independencia de la celebración del contrato y la obligación de reparar el daño cuando el contrato es inválido<sup>36</sup>.

La doctrina italiana ha seguido a Jhering en la distinción entre interés negativo y positivo, conceptos que, según esta doctrina, se deducen de los artículos 1337 y 1338 referidos<sup>37</sup>, y limita la indemnización de perjuicios al interés negativo, por haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato, o cuando quiera que se cause un daño en las negociaciones precontractuales con independencia del nacimiento del acuerdo jurídico.

Pero no solo la doctrina ha seguido esta distinción. La Corte de Casación italiana también ha reiterado que la reparación del daño que se origina en la etapa previa al nacimiento del contrato debe limitarse al interés negativo<sup>38</sup>. La misma Corte ha considerado que no es procedente la reparación integral del daño, en cuanto la víctima no es indemnizada por todos los daños sufridos, sino hasta el límite del interés negativo. En efecto, en Sentencia del 10 de octubre de 1962, la mencionada autoridad consideró que: "(...) en la constante jurisprudencia de esta Corte Suprema, la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos por la otra parte, tan solo el resarcimiento que se encuentre en el límite del llamado interés negativo (...)"<sup>39</sup>. Sin embargo, el texto de la sentencia no tiene una argumentación que sustente la afirmación según la cual la indemnización debe limitarse al interés negativo.

---

<sup>36</sup> Pier Giuseppe Monateri, *La Responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Napoli, UTET, 1998, pp. 468 y 469: "La genérica descripción del daño resarcible contenida en el artículo 1338, c. c., debe su existencia al jurista alemán del siglo pasado Jhering el cual fue el primero en afirmar que quien conscientemente causa la invalidez del contrato (...) debía dejar a la otra parte en la idéntica situación patrimonial en la cual se encontraba si no hubiese estipulado el contrato, resarciendo el llamado *-negatives Vertragsinteresse-*. Tal criterio llevado al italiano con la fórmula *-interés contractual negativo-* o *-interés negativo-*, expresado en nuestro ordenamiento en el artículo 1338, c. c., es unánimemente aplicado por la jurisprudencia y la doctrina en la hipótesis de violación del artículo 1337, c. c. Esta aplicación es totalmente aceptada en el sentir jurídico; así, algún reconocido autor ha afirmado la existencia de *-una perfecta coincidencia entre la lesión del interés negativo y la responsabilidad precontractual-* o, en otros términos, una correspondencia unívoca y total entre interés negativo y art. 1337, c. c.". Trad. libre.

<sup>37</sup> Davide Palmieri, *La Responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 65: "es opinión tradicional que el resarcimiento del daño deba estar contenido en el límite del interés negativo (...)" tal opinión es fundada no solo sobre la autoridad del modelo Jheriniano de responsabilidad precontractual, sino también en el artículo 1337 c. c., que prevé el resarcimiento del daño al ofendido". Trad. libre.

<sup>38</sup> Corte de Casación italiana, Sección I, Sentencia del 5 de mayo de 1955, n.º 1259, citada por: Davide Palmieri, *La Responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, cit., 1999, p. 67, trad. libre.

<sup>39</sup> Corte de Casación italiana, Sección I, Sentencia del 10 de octubre de 1962, n.º 2919, trad. libre.

En Sentencia del 14 de febrero de 2000 la Corte italiana reitera la posición jurídica enunciada en el párrafo anterior, al decir que: “en materia de responsabilidad precontractual el daño resarcible es circunscrito al límite angosto del interés negativo (contrapuesto al interés positivo) (...). No puede(n) ser invocad(as) para el resarcimiento de los daños (...) las ventajas que se hubieran conseguido con la estipulación y ejecución del contrato (...)”<sup>40</sup>. Esta posición fue ratificada el 10 de junio de 2005: “el daño resarcible es únicamente el consistente en la pérdida derivada de la confianza en la conclusión del contrato y pérdida de ganancias a consecuencia de la pérdida de otras ocasiones contractuales (interés negativo)”<sup>41</sup>.

El concepto del interés negativo y el límite impuesto a la reparación del daño es extendido por la jurisprudencia al artículo 1398 del Código Civil italiano, que regula la responsabilidad del *falsus procurator*<sup>42</sup>. Quien celebra un contrato en calidad de representante sin tener poder para disponer del interés ajeno o quien teniendo el poder necesario exceda la facultad conferida, está obligado al pago del daño por lesionar la confianza depositada en la validez del contrato<sup>43</sup>.

Se puede decir que el Código Civil italiano tiene dos no mas fundamentales, interpretadas bajo la óptica de la doctrina alemana, sobre las que descansa la teoría de la responsabilidad precontractual: el artículo 1337, que sirvió como referencia e inspiración del artículo 863 del Código de Comercio colombiano; y el 1338, que no fue reproducido en nuestro Código de 1971.

El artículo 863 del Código de Comercio colombiano consagró el deber de comportarse de buena fe en la etapa precontractual, al preceptuar que las partes deben “(...) proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

En este artículo se consagró el deber de comportarse de buena fe y el deber de reparar los daños en la etapa de formación del contrato, frente a lo cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,

---

<sup>40</sup>Corte de Casación italiana, Sección III, Sentencia del 14 de febrero de 2000, n.º 1632. En otro aparte de la sentencia: “(...) El desarrollo serio de las tratativas, dirigido a la conclusión de un contrato, determina la confianza en la futura estipulación del contrato, la parte que se retire sin justa causa, violando voluntariamente la obligación de comportarse según la buena fe, debe resarcir los daños en el límite del interés negativo”. Trad. libre.

<sup>41</sup>Corte de Casación italiana, Sección III, Sentencia del 10 de junio de 2005, n.º 12313, trad. libre.

<sup>42</sup>Corte de Casación italiana, Sentencia del 29 de septiembre de 2000, n.º 12969, citada por Alberto Sagna, *Risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 13, trad. libre.

<sup>43</sup> Artículo 1398 del c. c. italiano: “quien ha celebrado un contrato como representante sin tener poder o excediendo los límites de la facultad conferida, es responsable del daño que el tercero contratante sufra por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”. Trad. libre.

siguiendo la doctrina italiana de Francesco Messineo, estableció el límite de la indemnización al interés negativo<sup>44</sup>.

El concepto de interés positivo y negativo no se encuentra en los códigos colombianos y no es un principio del derecho nacional. Por tanto, cuando se dice que los daños en la formación del contrato deben limitarse al interés negativo, esta afirmación no puede tomarse como un principio absoluto, sino como una regla indicativa, que puede tener excepciones<sup>45</sup>, como lo afirman De Mauro y Fontinguerra al aceptar que existe una tendencia a reconocer daños precontractuales por fuera del concepto de interés negativo<sup>46</sup>.

En Colombia, la jurisprudencia ha aceptado que la responsabilidad derivada de la culpa *in contrahendo* es de naturaleza extracontractual<sup>47</sup>. Para la determinación de los daños y perjuicios no se acude a las normas que regulan las relaciones contractuales, sino a las normas que regulan las relaciones extracontractuales, las cuales no establecen un límite a la indemnización de los daños y perjuicios; basta que quien ha sufrido el daño pruebe su certeza, teniendo derecho a ser indemnizado plenamente<sup>48</sup>. En efecto, el objeto de la responsabilidad civil es reparar el daño causado en su

---

<sup>44</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1989, M. P.: José Alejandro Bonivento. “Ahora bien, cuando esa ruptura brusca del procedimiento, adoptada en forma unilateral y sin causa justificada por el anunciante, se sucede antes de culminar aquél en el perfeccionamiento del contrato, mediante la adjudicación al concursante mejor calificado, es decir, mientras subsiste aún el periodo preparatorio, los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente realizados–, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama ‘...Interés negativo o de confianza...’ ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquéllos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría”. En sentido similar, otras sentencias de la Corte señalan que el interés negativo es el límite de indemnización: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 1989, M. P.: Rafael Romero Sierra. “De manera que en cuanto a la entidad y a la naturaleza de la responsabilidad consiguiente a la violación de los citados deberes, no pudiéndose sostener que haya incumplimiento del contrato, que no alcanzó a tener existencia, se considera que la responsabilidad refleja en esos casos únicamente el llamado interés negativo (...)”.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 1996, Exp. 9298, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>46</sup> Antonio de Mauro y Fabio Fontinguerra, *La Responsabilità precontractuale*, Padova, Cedam, 2002, p. 303. “Esta tendencia expansiva inclina a abrir la tutela al concepto de interés positivo, como consecuencia de la violación de buena fe precontractual (...)”. Trad. libre.

<sup>47</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de agosto de 2002, Exp. 6151, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. En el mismo sentido la jurisprudencia italiana, Corte de Casación italiana, Sentencia del 5 de mayo de 1995, n.º 1259.

<sup>48</sup> Juan Carlos Henao, *El Daño*, cit., p. 45. La jurisprudencia francesa reconoció el principio de la reparación integral desde 1877 (Cass. civ. 30 juill. 1877). Mario Rotondi y René Rodière, *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Paris, Librairies Techniques, p. 296. En el mismo sentido la doctrina, Philippe Delebecque,

integridad, como lo consagra el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, tendiente a asegurar que el lesionado no sufra un empobrecimiento sin justa causa.

La reparación integral del daño es un principio general del derecho<sup>49</sup> y quien sufre un daño en la formación del contrato debe probar la totalidad de la afectación sufrida, a fin de obtener una reparación integral. La certeza del daño va de la mano con la libertad contractual y el principio de la buena fe, en tanto en cuanto las probabilidades de obtener una utilidad con la celebración del contrato dependen de la seriedad, lealtad de las negociaciones y libertad negocial.

En el *iter* formativo del contrato encontramos dos principios que están en juego: de un lado, la autonomía privada que implica que ninguno de los candidatos a parte se pueda ver constreñido a celebrar el contrato y, de otro lado, el derecho que tienen los negociantes a que las tratativas se desarrollen conforme a la buena fe. Por lo anterior, en principio, basta probar la existencia de una negociación seria que permita concluir la celebración de un contrato, para que los gastos realizados y la pérdida de oportunidad se puedan considerar como un detrimento económico injustificado<sup>50</sup>.

Si la víctima sufrió un daño que no está dentro del marco conceptual del interés negativo, deberá probar que se le causó un perjuicio cierto, no enmarcado dentro del límite propuesto, para que sea reparado íntegramente, por cuanto en nuestro ordenamiento se repara el perjuicio personal y cierto probado por el lesionado<sup>51</sup>.

Cuando el daño consiste en una disminución del patrimonio, de ordinario, la prueba de certeza no es complicada, pero cuando se esperaba un ingreso futuro, la prueba del daño resulta más compleja. En otros términos, Henao distingue entre perjuicio consolidado y el perjuicio no consolidado. En el perjuicio consolidado “[e]l juez simplemente comprueba la realidad de lo que afirma quien demandó, teniendo en cuenta que se trata de un dato pasado, de un perjuicio que ya se exteriorizó y

---

Frédéric **Jérôme** Pansier, *Droit des Obligations, Responsabilité Civile*, Paris, Litec, 2001, p. 151. **Geneviève** Viney, *Les obligations, La responsabilité*, Paris, Librairie générale de droit, 1988, pp. 3, 80 ss.

<sup>49</sup> Loc. cit. “(...) si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la 'víctima'; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima”.

<sup>50</sup> Es muy importante señalar que la responsabilidad en la etapa precontractual supone probar que se actuó contrariando la buena fe exigible a un candidato a parte.

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de diciembre de 2007, Exp. 05001-3103-010-2002-00222-01, M. P.: Edgardo Villamil Portilla: “(...) pues más allá del debate jurídico sobre las normas que eventualmente gobiernan el caso, la controversia giró alrededor de la ausencia de prueba del perjuicio sufrido por la firma Alos Transporte Ltda., circunstancia que llevó al fracaso de las pretensiones (...)”.

consolidó.”<sup>52</sup>, mientras que en el perjuicio no consolidado “(...) el juez debe en un primer momento tomar partido respecto de la situación en sí misma, precisamente porque no es real, para luego determinar, si a ello hubiera lugar, su prolongación en el tiempo (...). La certeza dependerá entonces de las probabilidades futuras de ocurrencia del mismo (...)”<sup>53</sup>.

Cuando el perjuicio no está consolidado, la prueba que debe aportar la víctima debe ser más rigurosa para demostrar al juez que el daño futuro acaecerá, que la utilidad esperada por la víctima hubiera ingresado a su patrimonio. Sin embargo, y previo al análisis del perjuicio no consolidado, estudiaremos la determinación del daño en términos del lucro cesante y el daño emergente.

### III. Daño emergente en la formación del contrato

Los daños materiales que se generan en la formación del contrato pueden dividirse, siguiendo la clasificación de nuestro Código Civil en daño emergente y lucro cesante<sup>54</sup>. De Cupis afirma que se está en presencia del daño emergente cuando el objeto del daño es un interés actual, en cuanto éste está en el patrimonio de la víctima al momento en que el daño se ha ocasionado. En otras palabras, el interés económico que se ve mermado con ocasión de la lesión forma parte del patrimonio de la víctima<sup>55</sup>. No es, por tanto, una expectativa, toda vez que el daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 132.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 236.

<sup>54</sup> En el mismo sentido en el derecho italiano, donde la distinción entre el daño emergente y lucro cesante se deduce del artículo 1223 del Código Civil para la responsabilidad contractual y del artículo 2056 del mismo Código para la responsabilidad extracontractual.

<sup>55</sup> Cfr. Adriano de Cupis, *El daño*, cit., p. 312. En sentido similar, Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bogotá, Legis, 2007, II, p. 474: “hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima (...)”; Giovanna Visintini, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 207: “(...) la doctrina también ha aclarado, a propósito de la figura del daño emergente, que la disminución patrimonial correspondiente se produce no solo cuando la utilidad perdida estaba ya adquirida, en la material disponibilidad del sujeto damnificado, sino también cuando es objeto de un derecho a incorporar en el patrimonio. Así, el valor de la cosa debida y no entregada como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar configura un daño emergente y no un lucro cesante, porque el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho a la prestación”.

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 7 de mayo de 1968.

Ahora bien, el daño emergente generado en la formación del contrato es un interés económico perteneciente a uno de los candidatos a parte y compone su patrimonio al momento en que se causa el daño.

En la etapa de formación del contrato debemos observar el escenario en torno a los candidatos a parte. Si uno de ellos resulta lesionado en su patrimonio experimenta daños que deben ser reparados; se tendrá, en primer lugar, un daño emergente, el cual se compone, en principio, por todos los gastos realizados tendientes a la celebración del contrato futuro y lo que corresponda por las oportunidades y propuestas perdidas<sup>57</sup>. Lo anterior implica dejarlo en la situación patrimonial que hubiese tenido si el otro candidato hubiera actuado conforme a la buena fe<sup>58</sup>.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 23 de noviembre de 1989, afirma que los gastos realizados por el candidato en las negociaciones son constitutivos del daño emergente<sup>59</sup>, siempre que exista una relación de causalidad directa con las negociaciones. Posteriormente, esta misma Corte amplió el criterio señalado e incluyó en el daño emergente la corrección monetaria (con fundamento en la equidad), además de las inversiones efectuadas en las negociaciones<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. C. Massimo Bianca, *Derecho Civil El Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2007, p. 195: “en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones o de estipulación de un contrato inválido o ineficaz, el sujeto tendrá derecho al resarcimiento del daño consistente en los gastos realizados inútilmente y en la pérdida de otras ocasiones contractuales favorables. Los gastos comprenden los costos asumidos para el desarrollo de las negociaciones (viajes, redacción de proyectos, etc.) y para la estipulación del contrato (asistencia legal, acto público, impuestos, etc.). Los gastos relevantes en cuanto hace al resarcimiento del daño, también comprenden los costos asumidos para realizar o para recibir la prestación (adquisición de equipos, arriendo de locales, etc.), deducido todo aquello que pueda recuperarse mediante reutilización o venta”.

<sup>58</sup> Alberto Sagna, *Il Risarcimento del Danno*, cit., p. 116. El daño emergente comprende: “1). Los costos de sostenimiento del desarrollo de las tratativas (viajes, redacción de proyectos etc.); 2). Los gastos realizados para la estipulación del contrato (asistencia legal, gastos de escritura, impuestos etc.); 3). Gastos realizados para el cumplimiento de la prestación (adquisición de equipos, arrendamiento de local, etc.), deduciendo lo que se pueda recuperar con el arrendamiento o venta. En realidad, el tiempo puede jugar un rol determinante, si se valora el tiempo perdido y sustraído de una actividad laboral, pero con una específica relación de causalidad (...); la pérdida de oportunidad y demás daños que sea posible probar”. Trad. libre.

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1989, cit. “(...) reunidos por una relación causal adecuada el hecho definido como generador de responsabilidad, entendiéndose por el primero de aquellos conceptos –daño emergente– el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones (...)”.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 1990, cit.: “(...) la doctrina también ha aclarado, a propósito de la figura del daño emergente, que la disminución patrimonial correspondiente se produce no solo cuando la utilidad perdida estaba ya adquirida, en la material disponibilidad del sujeto damnificado, sino también cuando es objeto de un derecho a incorporar en el patrimonio. Así, el valor de la cosa debida y no entregada como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar configura un daño emergente y no un lucro cesante, porque el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho a la prestación”. En sentido similar: Corte de Casación italiana, Sección I, Sentencia del 9 de mayo de 1958, n.º

La disminución patrimonial cubierta por el concepto de daño emergente incluye la pérdida de una posibilidad concreta de conseguir un beneficio económico o la pérdida de una ocasión favorable que le representaría a la víctima un crecimiento patrimonial; por eso, al momento de presentarse el hecho dañino que configura el ilícito de naturaleza precontractual debe o debió existir en el patrimonio del lesionado la oportunidad real y cierta de un resultado o ventaja patrimonial, para que la pérdida de oportunidad sea considerada como un daño.

La pérdida del chance o de oportunidad que uno de los sujetos soporta en la formación del contrato integra el daño emergente como una entidad patrimonial que se encuentra presente en el momento en que acaece el ilícito civil<sup>61</sup>. La Corte Suprema de Justicia colombiana, tradicionalmente ha incluido la pérdida de oportunidad (de otros contratos) dentro del concepto de lucro cesante<sup>62</sup>, sin embargo, en Sentencia del 9 de noviembre de 2010, después de hacer un análisis minucioso, consideró que la supresión definitiva de una oportunidad constituye un daño emergente, a diferencia del lucro cesante o de la ganancia o provecho que deja de reportarse<sup>63</sup>.

Finalmente, el autor de este artículo considera que la pérdida de chance forma parte del daño emergente y supone la lesión que sufre un patrimonio al momento en que se produce el hecho ilícito, por haber perdido la posibilidad de obtener un posible beneficio económico, representado en la

---

1539. La lesión al patrimonio en esta etapa “(...) puede asumir relevancia, sea bajo el aspecto de daño emergente, o sea la disminución patrimonial que el mismo sujeto no hubiera sufrido, de no ser por haber confiado en la conclusión del contrato (...)”. Trad. libre.

<sup>61</sup> Corte de Casación italiana, Sentencia del 28 de enero del 2005: “en verdad, como ha estado evidenciado desde hace tiempo, sea por autorizada doctrina sea por jurisprudencia de la Corte, el chance, como concreta y definitiva ocasión favorable de conseguir un determinado bien, no es una mera expectativa de hecho, mas es una entidad patrimonial independiente, jurídica y económicamente susceptible de autonomía y valoración, donde la pérdida de la posibilidad de conseguir cualquier resultado útil, debe estar debidamente probado (Cfr. Casación 15759/01; 1134098)”. Trad. libre. En el mismo sentido, Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, Sec. Sta. de Bre., Sentencia recurso n. 100/2003: dejó sentado que la pérdida de chance es una entidad patrimonial autónoma que constituye una lesión actual al patrimonio de la víctima (daño emergente) y, por tanto, en ese mismo momento es jurídica y económicamente susceptible de valoración económica.

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. “(...) El lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectivas por haberse (...) dejado de efectuar otras negociaciones”. En sentido similar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de junio de 1990, M. P.: Pedro Lafont Pianeta. Una Sentencia de la Corte de Casación italiana de 1998, que no representa la posición general de esta corporación, afirmó que la pérdida de oportunidad “(...) constituye una hipótesis de daño patrimonial futuro (...)”, que forma parte del lucro cesante, por no ser éste una entidad patrimonial autónoma, sino tan solo una ventaja derivada de una situación subjetiva tutelada por el derecho. Corte de Casación italiana, Sentencia del 6 de febrero de 1998 n. 1286 n.º 6906, trad. libre.

<sup>63</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namén Vargas.



privación de celebrar un contrato con el candidato a parte, que se ha retirado injustificadamente, o con un tercero.

#### IV. Lucro cesante en la formación del contrato

Dentro de la etapa de formación del contrato también pueden generarse daños económicos mensurables en dinero, que constituyen un lucro cesante en los términos de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil colombiano<sup>64</sup>. Henao afirma que, cuando la lesión recae directamente sobre un bien, el lucro cesante está constituido por lo que éste deje de producir por el hecho dañino o las ganancias frustradas que se esperaban<sup>65</sup>.

El régimen jurídico del lucro cesante se predica tanto en la esfera extracontractual (precontractual) como en la contractual. En otras palabras, la utilidad esperada se puede ver frustrada por un daño generado en un encuentro fortuito, sin relación jurídica preexistente entre la víctima y el actor de la lesión o en una relación contractual.

El lucro cesante no se refiere al interés que se encontraba en la esfera del lesionado al momento del ilícito, sino al interés futuro<sup>66</sup>, por cuanto no ingresó al patrimonio de la víctima pero existía plena certeza que acrecentaría la universalidad económica y jurídica del afectado<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de noviembre de 1942, G. J., t. LVI, M. P.: Ricardo Hinestrosa Daza.

<sup>65</sup> Juan Carlos Henao, *El Daño*, cit., p.p. 212 y 223. Cuando la lesión la sufre una persona, "(...) consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral".

<sup>66</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 988 ss. Cuando una persona fallece, quienes dependían económicamente de ella pueden reclamar el lucro cesante, que se extenderá hasta la vida probable del causante o hasta que de acuerdo con las condiciones físicas o jurídicas tendría derecho el beneficiario a recibir la ayuda económica. De otro lado, tratándose de bienes materiales, es el tiempo prudencial que la persona tendría para recuperarse económicamente, utilizando una diligencia media.

<sup>67</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11725, C. P.: Ricardo Hoyos Duque: "con respecto al lucro cesante, como aquel equivalente 'a la lícita utilidad que la Constructora Bruges S.A., dejó de percibir al no contratarse con ella las obras materia de la licitación' (...)". En sentido similar, Corte de Casación Italiana, Sentencia del 22 de febrero de 1991, n.º 1908, trad. libre: "En el tema de resarcimiento del daño por lucro cesante debe resarcirse no solo en caso de absoluta certeza, sino también sobre la base o proyección de una situación existente, siempre que pueda concluirse que el daño se producirá en el futuro según una razonable y fundada previsión".

El daño relacionado con aspectos económicos, como es el rendimiento de la actividad económica que se esperaba con la celebración del contrato tiene de ordinario un límite temporal, donde es importante observar su sensata proyección y el deber que tiene la víctima de evitar su prolongación.

Tratándose de daño en la formación del contrato, se aplica la regla de razonabilidad de la extensión en el tiempo de la lesión económica, teniendo en cuenta que la utilidad futura que no ingresará al patrimonio del candidato aparte se considerará lucro cesante<sup>68</sup>. En todo caso, la expectativa debe corresponder a un interés jurídico cierto, lo que implica una valoración en torno de las probabilidades del beneficio que esperaría la víctima, por tanto, debe realizarse dentro de los límites de previsibilidad de la utilidad esperada. De tal manera que si las personas en torno de quienes se discute el daño solamente habían logrado un acercamiento casual, un almuerzo donde apenas se iba a discutir un negocio futuro, no podrá hablarse de lucro cesante, por cuanto el daño no es cierto, los límites de previsibilidad y probabilidad son inciertos.

Por el contrario, si hablamos de una oferta irrevocable, la previsibilidad de la celebración del contrato es cierta y, por ende, el daño como utilidad esperada con la celebración del contrato adquiere la calidad de cierto. Sin embargo, debe auscultarse el *quantum* del interés económico afectado, pues la revocación de la oferta irrevocable, si es que se puede revocar, no es el daño sino apenas el hecho generador de éste.

Finalmente, se puede afirmar que el daño precontractual es compatible con un contrato que no ha sido declarado nulo por el juez a pesar de que existían motivos para hacerlo; en efecto, si una de las partes celebró un negocio jurídico bilateral bajo dolo o violencia y pretende mantener el contrato obteniendo, sin embargo, una indemnización por el dolo o la violencia de que fue víctima, puede acudir a la acción de responsabilidad extracontractual para que se le repare el mayor beneficio que

---

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1989, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, cit. Es importante aclarar que esta sentencia distingue el concepto de interés negativo y positivo, y establece que no se puede reconocer el último por ser propio de los contratos válidos. "(...) El lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener por habersele impedido la especial explotación y rendimientos (incluso financieros) de la suma nominal del gasto o inversión (...) a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte (...) pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso (...)".

hubiera recibido si el contrato se hubiera celebrado sin la presencia del vicio de voluntad<sup>69</sup>. En sentido similar, quien acude a la acción de nulidad por dolo, violencia o error (cuando se viola el principio de buena fe), puede solicitar, además de las restituciones (que son por disposición de la ley), los daños y perjuicios causados, comprensivos, entre otros, de la utilidad esperada si el contrato hubiera sido válido. La certeza del daño en los dos eventos anteriores está dada por el nacimiento del contrato, el cual da la seguridad de que habría recibido una utilidad si no hubiera intervenido el dolo, la violencia o el error (siempre que además se viole el principio de la buena fe), pues el contrato aunque viciado nace a la vida jurídica.

#### V. La pérdida de oportunidad como lesión actual al patrimonio de la víctima.

El perjuicio no consolidado es un concepto que envuelve situaciones que implican daño y que no en todos los eventos pueden estar comprendidas dentro del concepto de pérdida de oportunidad<sup>70</sup>. En efecto, le corresponde al juez reconstruir situaciones que no se verificaron en la realidad pero que llevan a concluir, de acuerdo con la experiencia y un proceso racional de causalidad, que la víctima habría percibido un beneficio económico que no recibirá por la interposición del hecho dañino<sup>71</sup>.

La imposibilidad de establecer con exactitud matemática una relación causal entre el hecho dañoso y el daño futuro ha llevado al fortalecimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad<sup>72</sup>. La relación de causalidad no siempre se presenta con claridad absoluta en los procesos de responsabilidad

---

<sup>69</sup> Adriano de Cupis, *El Daño*, cit., p. 356: “el contratante que fue víctima de la violencia o del dolo, en vez de reclamar la nulidad puede exigir el resarcimiento y precisamente el resarcimiento del daño consistente en el contenido desfavorable (para él) del contrato”.

<sup>70</sup> Juan Carlos Henao, *El Daño*, cit., p. 159. “En estos casos el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que, según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino. La situación por calificar no existe, y el juez cuenta solamente con datos que son anteriores a la situación misma. El juez debe, por tanto, calificar primero los elementos que permiten saber si la hipótesis se habría de presentar normalmente, justo en razón de que no va a expresarse nunca en la realidad. El juego de probabilidades se encuentra así en el orden del día y le permite al juez llegar a la certeza de una situación que debe construir a partir de las posibilidades de que se presente”.

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 1999, Exp. 11344 C. P.: Daniel Suárez Hernández: “Como quiera que el caso concreto pone de presente una situación indemnizatoria que involucra el concepto de utilidad esperada, que se encuadra bajo la noción de lucro cesante y que la Sala entiende que por su propia naturaleza ofrece dificultades probatorias, que permitan arribar a conclusiones absolutamente ciertas, por la consideración de que se trata de valorar un daño sobre bases proyectadas a futuro, específicamente, referidas al contrato de obra pública que no fue adjudicado al demandante, circunstancia que por sí sola impide poder conocer con certeza absoluta o por lo menos relativa el *quantum* exacto del perjuicio experimentado por el demandante, reiterará el principio de valoración en equidad, ahora consagrado positivamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16 (...)”.

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 1 de octubre de 2008, M.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

frente a la adecuación del daño. En múltiples ocasiones el juez debe acudir a procesos lógicos que le permitan establecer que a partir de una situación existente o inexistente se pueda consolidar un beneficio o perjuicio futuro.

La pérdida de oportunidad es calificada como una teoría de causalidad probabilística ajena al daño eventual<sup>73</sup>. Por consiguiente, se discute el nivel de certeza del acaecimiento del perjuicio futuro, dejando el criterio absoluto del todo o nada, para dar paso al porcentaje proporcional de pérdida del chance<sup>74</sup>.

La frustración de una probabilidad o expectativa de ganancia futura supone que la víctima en la formación del contrato haya sido privada de un beneficio que hubiera ingresado a su patrimonio de no haberse presentado el hecho dañoso. La pérdida definitiva de la oportunidad se convierte así en causa del perjuicio, siempre y cuando la esperanza sea cierta<sup>75</sup>.

El cálculo del perjuicio, en tratándose de pérdida de oportunidad, supone la dificultad de cuantificar las probabilidades estadísticas de haber recibido el beneficio, luego es necesario estructurar imaginariamente qué hubiera sucedido si no ocurre el hecho generador del daño o si el candidato a parte se hubiera comportado conforme a las reglas de la buena fe. En este momento podemos decir que las labores del juez son dos: la primera, establecer la relación causal entre el hecho dañoso y el daño en la formación del contrato; la segunda, determinar la extensión del mismo –la expectativa de recibir el beneficio y por cuánto tiempo–, para lo cual de ordinario se recurre a la experiencia o a las estadísticas.

En consecuencia, cuando nos referimos a la doctrina de la pérdida de oportunidad se dice que quien razonablemente ve frustrada, por la intervención de un hecho humano o de la naturaleza, una utilidad que esperaba ingresara a su patrimonio, sufre un daño que debe ser reparado, siempre que se cumplan los supuestos de la responsabilidad: daño, nexos causal y culpa, esta última cuando el régimen correspondiente la requiera.

---

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de julio de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>74</sup> Juan Carlos Henao, *El Daño*, cit., p. 160: “si bien en términos reales no se podrá jamás probar que la oportunidad se perdió en el 100%, sí procede la indemnización en dicho porcentaje cuando el juez tiene la convicción de que la situación se habría presentado. Se tratará de una certeza jurídica que no impide el reconocimiento en el 100% de la oportunidad perdida, aunque naturalmente puede ser proporcional al porcentaje en que se perdió la misma”.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p. 159.

Esa pérdida es reconocida en todos los ámbitos del derecho de daños<sup>76</sup>, pues la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia reconocen como daño la pérdida razonable y objetiva de una oportunidad<sup>77</sup>. Por eso, nos referiremos brevemente a los casos que han sido reconocidos por la jurisprudencia, en tratándose de frustración de la expectativa razonable, con el fin de observar que los elementos son los mismos tanto en materia médica como en la formación del contrato.

El Consejo de Estado colombiano, en Sentencia del 26 de noviembre de 1999, consideró que la pérdida de oportunidad no supone certeza absoluta de que el evento futuro se realice, pero sí una posibilidad cierta y razonable de su realización<sup>78</sup>, que puede llevar al reconocimiento del ciento por ciento de detrimento causado. La conducta retardada del autor condujo a que la víctima perdiera una verdadera oportunidad, es decir, si el autor del daño hubiera actuado con diligencia y cuidado posiblemente no hubiera acaecido el daño<sup>79</sup>.

En diciembre de 2001, la Corte de Casación italiana estableció que el criterio de certeza del efecto de la conducta se puede sustituir con el nexo de causalidad entre la conducta del autor y el evento dañoso, la pérdida de oportunidad estará enmarcada dentro de la probabilidad del efecto y la idoneidad de la conducta<sup>80</sup>. La sentencia realza la necesidad de estar en presencia de una relación

---

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namén Vargas.

<sup>77</sup> Eduardo A. Zannoni, *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 47 ss. En sentido similar: Alfredo Orgaz, *El Daño Resarcible*, Buenos Aires, Libreros, 1960, pp. 94 ss; Héctor Pedro Iribarne, *De los Daños a la Persona*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp.125 ss.

<sup>78</sup> *Ibíd.* “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir”. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 27 de abril de 2011, M.P.: Mauricio Fajardo Gomez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 18 de febrero de 2010, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de abril de 1999, Exp. 10.755, C. P.: Ricardo Hoyos Duque: “en conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir y por esta razón el ISS deberá indemnizar a la demandante por los perjuicios sufridos con la muerte de su esposo”.

<sup>80</sup> Cfr. Corte de Casación italiana, Sección Tercera Civil, del 4 de marzo del 2004, n.º 4400, “Osserva preliminarmente questa Corte che, posto che, in materia di responsabilità per colpa professionale, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta del professionista e l'evento dannoso, quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli, il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo”. En sentido similar, Cfr. María Feola, *Il Danno da Perdita di Chances*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 54.

probabilística atinente a la individualización del nexo causal y a la determinación del daño, debidamente argumentada por parte del juez, pues acepta la teoría de pérdida de oportunidad pero rechaza la argumentación débil para colegir el daño, ya que si bien la pérdida de oportunidad es un criterio que permite aminorar la exigencia del nexo de causalidad, no quiere decir que el juez concluya la existencia del daño con completa ausencia de prueba<sup>81</sup>.

El Tribunal Supremo de España, en Sentencia del 10 de octubre de 1998, consideró que la pérdida del chance es la pérdida de una expectativa favorable, causada por una conducta negligente sin malicia. En la sentencia no se observa mayor argumentación respecto de las probabilidades que se han perdido, pero se puede decir que, según afirma el tribunal, en condiciones normales la conducta diligente no asegura un resultado, lo que perdió fue una expectativa razonable de un desenlace exitoso de haberse observado una conducta cuidadosa por parte del autor<sup>82</sup>.

La imposibilidad de celebrar contratos por la cancelación de una inscripción en el registro único de proponentes es considerada por el Consejo de Estado colombiano como daño por pérdida de oportunidad. En efecto, el Distrito Capital canceló, mediante resolución de diciembre de 1992, la inscripción realizada por el señor Ricardo Afanador en el Registro único de proponentes, impidiéndole participar en licitaciones públicas. Dicha resolución que fue declarada nula por el Supremo de lo

---

<sup>81</sup> *Ibid.* “Como ha estado ya reconocido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de esta Corte, el chance, o concreta y efectiva ocasión favorable de conseguir un determinado bien o resultado, no es una mera expectativa de hecho más es una entidad patrimonial independiente, jurídicamente y económicamente susceptible de una valoración autónoma, donde su pérdida es la pérdida de la posibilidad consistente en conseguir un resultado útil del cual resulte probada su existencia, configura el daño concreto y actual (*ex plurimus* Cass. 10.11.98 n. 11340, 15.3.96 n. 2167, 19.12.85 n. 6506)”. En sentido similar: Corte de Casación, Sección Laboral, del 10 de mayo de 2007, n.º 238, “*In effetti il danno derivante dalla perdita di chance non è una mera aspettativa di fatto, ma una entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione, di cui l’interessato ha l’onere di provare, sia pure in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, i presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta* (Cassazione 3999/03, 11340/98, 10748/96)”.

<sup>82</sup> Tribunal Supremo de España, Sala Primera, 10 de octubre de 1998, Exp. 8371, M. P.: Antonio Gullón Ballesteros: la ATS dio instrucciones para que el segmento amputado fuera puesto en una caja con hielo natural pero no se aseguró que así se procediera y el miembro amputado fue puesto en una caja de hielo sintético no apto para conservar miembros humanos, lo que llevó al fracaso del reimplante. Al respecto el alto tribunal consideró en la sentencia que: “(...) existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el peligro si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. En suma, pues, a la demandada doña Nuria M. G. no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de una expectativa”.

contencioso en Sentencia del 28 de noviembre de 2002, condenando a la entidad demandada al pago de los daños causados al demandante, teniendo en cuenta que el acto de la Administración Distrital “(...) ocasionó al demandante unos perjuicios materiales conocidos como 'Pérdida de la oportunidad' (...) y (...) 'percibir unas ganancias' (...)”<sup>83</sup>, por los posibles contratos celebrados si el hecho dañino no se hubiera interpuesto<sup>84</sup>.

Para determinar el daño, el juez tomó los contratos celebrados en los dos años anteriores, los sumó y le restó un cincuenta por ciento (50 %), teniendo en cuenta que “(...) la imposibilidad de que el demandante durante los dos años de inhabilidad hubiese celebrado contratos con la administración distrital por igual valor, no es del ciento por ciento (100%). Por el contrario la ley de probabilidades aplicada al caso permite presumir que se presentaría una disminución (...)”<sup>85</sup>. Con fundamento en lo anterior, el fallador estimó la reparación en el 10% del ingreso que hubiera podido obtener el demandante de no haberse presentado el hecho dañino<sup>86</sup>. Tratándose de contratos administrativos, el Consejo de Estado reconoce al proponente, al que injustamente no se le adjudicó el contrato, un daño consistente en la utilidad que le hubiera generado su celebración y ejecución<sup>87</sup>. En efecto, si la administración hubiera obrado conforme al principio de la buena fe y de manera diligente y cuidadosa en la selección del contratista, no habría causado un daño al demandante, quien fue privado ilegal e injustamente de celebrar el contrato, ejecutarlo y recibir una utilidad previamente proyectada<sup>88</sup>. Sin duda, quien participa en un proceso licitatorio tiene unas expectativas razonables que al presentar la

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040 (R-2602), C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>84</sup> *Ibíd.* Para argumentar la pérdida de oportunidad el fallo expone que el demandado, “ (...) si venía celebrando contratos con la administración distrital, en forma permanente durante los últimos cinco años anteriores a la cancelación de la inscripción en el registro único de proponentes, y por consiguiente, la medida de la administración significó que durante los años siguientes, el demandante se viera imposibilitado para continuar celebrando contratos como lo venía haciendo”.

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> *Ibíd.* El hecho dañoso fue la resolución mediante la cual se canceló la inscripción en el registro y que fue declarada nula por violar el debido proceso; el daño, la pérdida de oportunidad de celebrar contratos y no recibir una utilidad con la ejecución del mismo. Sin embargo, la extensión del perjuicio debe estar ligada con los deberes de diligencia que impone la buena fe, pues la indemnización debió ser por la pérdida de oportunidad durante el tiempo que una persona diligente y cuidadosa hubiera tardado en solicitar nuevamente su registro, como lo señaló el salvamento del voto del Tribunal: “(...) de manera que el actor tenía el derecho de solicitar a continuación se le incluyera nuevamente en el Registro Único de Proponentes (...)”.

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, Rad., 13792, C. P.: María Elena Giraldo Gómez: “(...) cuando a un sujeto se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un daño antijurídico, del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato”.

<sup>88</sup> *Ibíd.* “(...) Se tiene así que la celebración, la ejecución del contrato y la obtención de la utilidad esperada son derechos ciertos del proponente que hizo la mejor propuesta, los cuales se frustraron por un proceder ilegal y por tanto ilegítimo de la Administración: la no adjudicación del contrato al mejor proponente”.

mejor propuesta sea adjudicatario del contrato, en principio, son sólo expectativas, pero probado objetivamente que su propuesta era la mejor y que no fue calificada así, nace el derecho a ser indemnizado por la pérdida razonable de la utilidad esperada con la ejecución del contrato y consecuencia del actuar negligente de la administración.

Por lo que corresponde a la medida del daño, el Consejo de Estado no ha mantenido una posición unánime. En una primera sentencia reconoce el cien por ciento (100%) del lucro cesante representado en la utilidad esperada con la adjudicación del contrato<sup>89</sup>. Una segunda posición estimó que el daño causado al demandante debe valorarse en un cincuenta por ciento (50%) de la utilidad esperada, por no ser seguro que el proponente obtuviera toda la utilidad proyectada y porque no soportó los riesgos de la ejecución del contrato<sup>90</sup>, actualizando dicha suma desde la fecha en que la Administración debió realizar el pago.

Finalmente, en Sentencia del 27 de noviembre de 2002, el Consejo de Estado, luego de exponer la evolución jurisprudencial sobre el *quantum* de la indemnización, consideró que se debe indemnizar en el cien por cien (100%) de la utilidad esperada, teniendo en cuenta que el proponente superó todo el proceso de selección y se hizo merecedor de la adjudicación<sup>91</sup>. Así, el alto tribunal consideró que "(...) una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato y de haberlo celebrado y ejecutado"<sup>92</sup>, y dejó a criterio razonable del juez la

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 9 de diciembre de 1988, Exp., 3528, 3529 y 3544, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 1990, Exp. 11.344, C. P.: Daniel Suarez Hernández: "(...) en el equivalente al valor del tiempo no destinado en la ejecución de las obras y ante la ausencia de esfuerzos, vicisitudes y riesgos connaturales a la ejecución de un contrato de tal naturaleza que conforma el contenido del débito contractual que hubiera tenido que asumir y ejecutar de habersele adjudicado el contrato (...)"

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 27 de noviembre de 2002, Rad. 13792, C. P.: María Elena Giraldo Gómez: "(...) que si el proponente superó todas las pruebas y evaluaciones propias del proceso de selección del contratista, obtuvo el mejor puntaje y se hizo merecedor a la adjudicación del contrato, no hay razón para deducir que no habría de celebrar o ejecutar el contrato en las condiciones previstas en el pliego y en la licitación (...)" En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 29 agosto de 2007, Exp. 1605, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez: "Acerca del *quantum* de la indemnización que debe reconocerse al proponente que fue privado injustamente de la ejecución del contrato, la jurisprudencia actual de la Sala ha determinado que debe ser pleno, es decir el 100 por ciento del valor de la utilidad o lucro cesante que esperaba y tenía derecho a recibir lícitamente de haber ejecutado el contrato que no le fue adjudicado (...)"

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 27 de noviembre de 2002, Rad. 13792, C. P.: María Elena Giraldo Gómez, cit.



extensión del daño futuro. En consecuencia, el 50% de la utilidad esperada como indemnización operará solamente "(...) para los eventos en que no se demostró cuál sería la incidencia de la fuerza de trabajo en todos sus aspectos –costos directos e indirectos– en el valor del contrato, para deducir la utilidad"<sup>93</sup>. El Consejo de Estado aclaró que la fecha desde la cual se debe la indemnización será aquella en la que se debió haber percibido por el proponente y los intereses moratorios a partir de la firmeza de la sentencia.

En otro evento, el Consejo de Estado reconoce un veinte por ciento (20%) a un proponente que fue privado de la oportunidad de ser seleccionado por haber sido declarado desierto el concurso. El alto tribunal reconoció al demandante una indemnización por pérdida de oportunidad al haberse privado a los demandantes de que su propuesta económica fuese considerada, dada la condición de favorabilidad que revestía debido a la calificación técnica obtenida, se privó a los demandantes de una oportunidad que igualmente es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico y se comprometió, en consecuencia, la responsabilidad de la Administración<sup>94</sup>.

A pesar de que los ejemplos citados ilustran los porcentajes de indemnizaciones atribuidas, en este momento es importante recordar que no se puede confundir la regulación y la naturaleza del contrato privado y del contrato administrativo; en aquél, en su formación, campea la autonomía privada, la libertad de contratar o no contratar *versus* el deber de comportarse de buena fe. En la formación del contrato administrativo, en cambio, la autonomía de la administración pública es limitada, luego, el comportamiento contrario a la buena fe y al principio de legalidad hacen evidente el daño por la pérdida de oportunidad o la no adjudicación del contrato, en tanto que en derecho privado no lo es, por cuanto se venera la libertad negocial. Aquí se pretende dejar en evidencia que lo que se indemniza es el daño, y que éste depende de su certeza, la cual en derecho administrativo resulta más evidente que en derecho privado. En otras palabras, en la formación del contrato privado, al no existir un procedimiento estrictamente regulado, llevar al juez a la convicción de que se causó un perjuicio (no consolidado) a partir de una situación inexistente, exige un grado mayor de exigencia probatoria.

---

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de junio del 2002, Exp. 10.963. C. P.: Ricardo Hoyos Duque: "(...) la llamada 'pérdida de una oportunidad' causa daño a quien se privó de ella y basta considerar algunas situaciones para comprender que la oportunidad o el chance posee un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro".

En derecho privado se encuentran autores y pronunciamientos judiciales que, siguiendo las enseñanzas de Jhering, afirman que indemnizar la utilidad del contrato no celebrado o declarado nulo no es posible, porque sería como reconocer que el contrato nació a la vida jurídica y fue válido, sin embargo, cuando se dice que no se recibió la utilidad esperada, se piensa más allá –en el daño y su posible determinación– con independencia de si el contrato nació o no a la vida jurídica o fue o no declarado nulo, ya que lo que se debe probar, se reitera, es el daño y la certeza del mismo.

**VI. Pérdida de oportunidad como lesión actual al patrimonio de la víctima en la formación del contrato.**

La pérdida del chance es un supuesto de daño, conformado a partir de una situación que nunca se consolidó o se consolidó en un contrato nulo, y el hecho dañino es la conducta injustificada del otro candidato a parte. La pérdida de una ventaja patrimonial basada sobre probabilidades que, según la experiencia, se hubiera recibido si los candidatos a parte hubieran actuado con diligencia, cuidado y apego al principio de buena fe.

La pérdida del chance es una de las manifestaciones del daño que se causa a la víctima. Dicha pérdida se da ya sea porque una situación que debía consolidarse, no se consolida, o porque el contrato que se concluye resulta nulo. Por su parte, el hecho dañino es la conducta originadora de la lesión que llevó a la pérdida de una ventaja patrimonial.

Frente a la nulidad del contrato, como al retiro injustificado de las negociaciones precontractuales, se ha reconocido la teoría de la pérdida de oportunidad de la víctima o persona que se ve afectada. Sin duda, en este caso la víctima debe probar que el otro candidato a parte actuó contrariando el principio de la buena fe, lo que le impidió obtener un beneficio económico que razonablemente esperaba.

El retiro injustificado de las negociaciones, la conducta no conforme a la buena fe y la nulidad del contrato, pueden llegar a ser fuentes de daños para uno de los candidatos a parte o para una de las partes, según haya nacido o no el contrato a la vida jurídica. Los daños causados en esta etapa pueden, en principio, ser probados de una manera sencilla, en cuanto su identificación no requiera de una prueba compleja y el proceso valorativo sea simple. Sin embargo, la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño no siempre es evidente. En estos eventos, será necesario

acudir a un proceso intelectual de mayor complejidad pues ya que la situación de donde nace el perjuicio no se puede constatar en la realidad y, por tanto, el perjuicio no está consolidado, es necesario establecer una relación de causalidad probable.

En la pérdida de otras oportunidades, ya sea por el retiro injustificado de la negociación o por la declaración de nulidad del contrato, la víctima del daño debe probar que existían las condiciones para celebrar el contrato con un tercero, ya sea porque realizaba negociaciones paralelas, sin violar el principio de lealtad, o porque durante las negociaciones una tercera persona le envió una oferta irrevocable. La primera hipótesis supone que se llevaban negociaciones serias con dos personas distintas, pero que las dos conocían que quien ofreciera las mejores condiciones se quedaría con el negocio, ya que, de lo contrario, el candidato a parte no estaría obrando con lealtad en la etapa de formación del contrato, y no podría afirmarse que perdió una oportunidad de celebrar un contrato violando la lealtad y pundonor que debe observarse en esta etapa.

En la hipótesis de pérdida de otras oportunidades se puede estar en presencia de una oferta irrevocable, la cual da certeza de que con la aceptación el contrato nacería a la vida jurídica. Si se tratara de una oferta simple, el juez debe realizar una valoración más rigurosa con el fin de establecer la seriedad de la misma y poder concluir que, en efecto, se perdió una oportunidad de celebrar un contrato y recibir una utilidad con la celebración del mismo.

El probar la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato con un tercero supone que quien sufre el daño acredite en el proceso que existieron condiciones suficientes para poder colegir que se perdió la posibilidad razonable de celebrar un contrato válido con un tercero.

Como se ha manifestado en acápites anteriores, si el contrato nace a la vida jurídica, es decir, si el ordenamiento jurídico reconoce que ha nacido un vínculo contractual, las partes adquieren certeza razonable que la utilidad esperada con la celebración del contrato ingresará a su patrimonio; no será una eventualidad en tanto el nacimiento del contrato supone que las partes, como efectos iniciales del mismo, quedan vinculadas a observar el contenido económico del acuerdo, lo que implica certeza del beneficio futuro, pues una vez celebrado el contrato quedan claras las condiciones del mismo. Declarada la nulidad por el juez, los efectos iniciales del contrato se rompen, la vinculación jurídica entre las partes pierde sus efectos y, por consiguiente, quien esperaba que su patrimonio recibiera un acrecentamiento económico por cuenta del contrato no lo recibirá, es decir, verá frustrada la

oportunidad de recibir un beneficio económico. En este evento se debe probar cuál era el beneficio que se recibiría si el contrato hubiera sido válido y se hubiera ejecutado en condiciones normales; es decir, declarada la nulidad se debe llevar a las partes a una situación jurídica idéntica, como si el contrato no se hubiera celebrado, pero a la vez, debe repararse –dentro del contexto de la responsabilidad extracontractual– el daño causado, integrado por la expectativa legítima de utilidad, que es un verdadero daño y como tal debe ser reparado.

En últimas, el daño futuro, cuando se habla de perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente, supone que hipotéticamente acaecería un suceso que llevaría consigo un beneficio o utilidad a la víctima o, por el contrario, de no haber acaecido el suceso, el curso normal de las cosas llevaría a la víctima a tener un beneficio o acrecentamiento de su patrimonio. Si el miembro amputado se hubiera transportado en hielo natural, probablemente la operación de reimplante habría sido exitosa<sup>95</sup>; de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente seguramente no habría muerto<sup>96</sup>; de haberse observado el debido proceso en la cancelación del registro del proponente, el demandante hubiera podido contratar con la Administración<sup>97</sup>; si se hubiera publicado el decreto en debida forma, el demandante habría podido librarse de cargas fiscales<sup>98</sup>; si no se hubiera expropiado parte de la finca, el demandante “(...) habría obtenido una ganancia lícita de ochocientos pesos en su negocio (...)”<sup>99</sup>; en general, si la conducta del demandado hubiera sido diligente, cuidadosa y conforme al principio de la buena fe, el daño no se habría causado y la víctima estaría indemne.

En términos que nos interesan en este trabajo, debemos preguntarnos qué hubiera sucedido si el candidato a parte se hubiera comportado de acuerdo con la buena fe, y qué probabilidades de celebración del contrato existirían. En primer lugar, el demandante debe probar que en circunstancias y negociaciones similares ha concluido contratos de esa naturaleza. Solo entonces puede pedir al juez que lo indemnice con un porcentaje de probabilidad de celebración del contrato, proyectado en la utilidad esperada con la conclusión de ese negocio. De igual manera, el demandante debe probar que de no haberse interpuesto la conducta contraria a la buena fe del demandado, el contrato habría sido válido y que, por ende, el beneficio económico de ese negocio hubiese acrecentado su patrimonio.

---

<sup>95</sup> Tribunal Supremo de España, Sala Primera, 10 de octubre de 1998, Exp. 8371, M. P.: Antonio Gullón Ballesteros, cit.

<sup>96</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de abril de 1999, Exp. 10.755, M. P.: Ricardo Hoyos Duque, cit.

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040, cit.

<sup>98</sup> Juan Carlos Henao, *El Daño*, cit., p.167.

<sup>99</sup> Consejo de Estado, 18 de junio de 1941, No 302-304, C. P.: G. Gaitán.

En consecuencia, la labor radica en elaborar hipótesis referentes a qué hubiera sucedido si, en la mayoría de los casos, la conducta del demandado hubiera sido otra o no hubiere estado presente. Hipótesis que argumentadas razonablemente pueden llevar a concluir que el daño es imputable a la conducta contraria a la diligencia, cuidado, lealtad y pundonor del demandado. Si hipotéticamente, el demandado se hubiera comportado en la formación del contrato conforme lo informa el principio de la buena fe, el curso normal de los hechos sería la celebración de un contrato válido y la obtención del beneficio económico esperado; luego se puede afirmar que la conducta torticera de uno de los candidatos a parte fue la causa del daño.

Sin duda, un principio general del derecho es la buena fe, la cual impone deberes en la etapa de formación del contrato, de tal suerte que quien obra contrariándola puede causar una lesión al patrimonio del otro candidato a parte. Quien obrando de buena fe, razonablemente, confió en la celebración de un contrato y en un beneficio económico debe ser reparado cuando su esperanza segura se ve frustrada por el comportamiento torticero de la otra persona.

Si quien tiene la confianza de que percibirá un beneficio económico no lo recibe, por la interposición de la conducta “antinegocial” del otro candidato a parte, debe ser reparado íntegramente con el beneficio económico esperado. El daño nace cuando de acuerdo con el marco de circunstancias se podía concluir que con seguridad y certeza, dadas por la confianza y seriedad de las negociaciones, un candidato a parte esperaba, razonablemente, una utilidad con la celebración del contrato, que se vio frustrada por una causa inmediata constituida por el retiro provocado o atribuido al otro candidato, que actuó contrariando el principio de la buena fe.

Como reflexión final, podemos decir que en la etapa de formación del contrato se protegen dos derechos: el primero es la libertad negocial, es decir, la libertad que tiene cada uno de los candidatos de celebrar o no el contrato; en el segundo, se tutela la confianza en la posible celebración del contrato y su validez. Sin embargo, estos derechos se encuentran limitados por el principio de la buena fe que deben observar los candidatos a parte en todo momento, por consiguiente, quien en violación a este principio causa un daño en el patrimonio del otro, al generar una certeza objetiva de la utilidad esperada con la celebración del contrato, no puede excusar su conducta y la extensión del daño causado en su derecho a la libertad negocial, pues el llamado límite de la indemnización al interés negativo tiene como fundamento esta libertad, la cual, podemos decir, tenía una relevancia

política y jurídica basada en el famoso dogma de la voluntad, que hoy día deja su base individualista para dar paso a una visión dogmática colectiva.

## **Conclusión**

El límite de la indemnización impuesto por doctrina y jurisprudencia dentro del concepto tradicional de interés negativo, no es absoluto sino relativo y apenas constituye un derrotero indicador de los daños que de ordinario se causan en la etapa de formación del contrato. Por lo anterior, corresponde al demandante auscultar la totalidad del daño que se le ha causado y probar la certeza del mismo, así como la relación de causalidad entre el hecho dañino y la afectación de su patrimonio.

## BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C. MASSIMO. *Derecho civil, El contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2007.

BIANCA, C. MASSIMO. *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, Giuffrè Editores, 1ª ed., 5, 1994.

CHINDEMI, DOMENICO. *Il Danno da perdita di chance*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

CHIRONI, G.P. *La Culpa en el derecho civil moderno*, Madrid, Reus, 1928.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB), Barcelona, Bosch, trad. Carlos Melon Infante.

PALMIERI, DAVIDE. *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 1999.

DE CUPIS, ADRIANO. *El Daño, Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, trad. Ángel Martínez Sarrion.

DELEBECQUE, PHILIPPE y PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, *Droit des obligations, responsabilité civile*, Paris, Litec, 2001.

DE MAURO, ANTONIO Y FABIO FORTINGUERRA, *La Responsabilità precontractuale*, Padova, Cedam, 2002.

ESTEVILL, LUIS PASCUAL. *Hacia un concepto actual de la responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, 1998.

FEOLA, MARIA. *Il Danno da perdita di chances*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

FERRO-LUZZI, FEDERICO. *L'imputazione Precontrattuale*, Italia, Casa Editrice Dott, 1999.

GROSSO, GIUSEPPE. *Las Obligaciones contenido y requisitos de la prestación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. Fernando Hinestrosa, 1966.

HENAO, JUAN CARLOS. *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004,

HINESTROSA, FERNANDO. *Derecho Civil, Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964.

HOLGER SUTSCHET, HORST EHMANN. *La Reforma del BGB, Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. Claudia López Díaz y Ute Salach de Sánchez, 2006.



IHERING, RUDOLF VON. *Della Culpa In Contrahendo, Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, Jovene Editore, trad. Federico Procchi, 2005.

IRIBARNE, HECTOR PEDRO, *De los Daños a la persona*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

MONATERI, PIER GIUSEPPE. *La Responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Napoli, UTET, 1998.

ORGAZ, ALFREDO. *El Daño Resarcible*, Buenos Aires, Libreros, 1960.

ROTONDI MARIO y RODIERE RENÉ, *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, Paris, Librairies Techniques.

SAGNA, ALBERTO. *Il Risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2004.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de responsabilidad civil*, Bogotá, 2, Legis, 2007.

TUHR, A. VON. *Resarcimiento de daños*, Compilador José N. Duque Gómez, *Del Daño*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 1, 2001.

USUA GONZÁLEZ, CLARA I. *La culpa in contrahendo, Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao, Universidad del País Vasco.

VINEY GENEVIÈVE, *Les obligations, La responsabilité*, Paris, Librairie générale de droit, 1988.

ZANNONI, EDUARDO A. *El Daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1982.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de noviembre de 1942, G. J., t. LVI, M. P.: Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de junio de 1949, G. J., t. LXV n.º 2073-2074, M. P.: Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 de mayo de 1968.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de mayo de 1968, M. P.: Fernando Hinestrosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 1989, M. P.: Rafael Romero Sierra.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de noviembre de 1989, M. P.: José Alejandro Bonivento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de junio de 1990, M. P.: Pedro Lafon Pianeta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de julio de 1998, M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de agosto de 2002, Exp. 6151, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala del Casación Civil, 19 de diciembre de 2006, Exp. 1998-10363-01, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de diciembre de 2007, Exp. 05001-3103-010-2002-00222-01, M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

Consejo de Estado, Sentencia del 9 de diciembre de 1988. Exp., 3528,3529 y3544, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 1990, Exp. 11.344, C. P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 1996, Exp. 9282, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 1999, Exp. 11344 C. P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 11725, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de junio de 2002, Exp. 10.963. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, Rad., 13792, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040 (R-2602), C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 29 agosto de 2007, Exp. 1605, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Corte di Cassazione Italiana, Sezione I, Sentenza 5 maggio 1955, n.º 1259.

Corte di Cassazione Italiana, sezione I, Sentenza 9 maggio 1958, n.º 1539.

Corte di Cassazione Italiana, Sezione I, Sentenza 10 ottobre 1962, n.º 2919.

Corte di Cassazione Italiana, Sezione 1, Sentenza 18 ottobre 1980, n.º 5610.

Corte di Cassazione Italiana, Sentenza 22 febbraio 1991, n.º 1908.

Corte di Cassazione Italiana, Sezione III, Sentenza 14 febbraio 2000, n.º 1632.

Corte di Cassazione Italiana, 29 settembre 2000, n.º 12969.

Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 4 marzo 2004, n.º 4400.

Corte di Cassazione Italiana, Sentenza 28 gennaio 2005.

Corte di Cassazione Italiana, Sezione III, Sentenza 10 giugno 2005, n.º 12313.

Corte de Cassazione, Sentenza 12 luglio 2006, n.º 15760.

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 10 gennaio 2007, n.º 238.

Tribunal Administrativo Regional de Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, Sentenza su ricorso n.º 100/2003.

Tribunal Supremo de España, Sala Primera, 10 de octubre de 1998, Exp. n.º 8371, M. P. Antonio Gullón Ballesteros.