APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

NATHALIE GUTIÉRREZ MORALES

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTÁ

2021

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

NATHALIE GUTIÉRREZ MORALES

Tesis de Maestría

Director:

PhD. Hugo Andrés Arenas Mendoza

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTÁ

2021

A mi esposo Ramón, luz y apoyo inagotable en todas las horas.

A mis padres y a mi hermana, ejemplo de constancia y disciplina.

Resumen

El estudio y la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad o de la doctrina de la *chance* ha pasado por amplias discusiones y debates que han girado especialmente alrededor de la prueba del nexo causal. El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a tales discusiones. Por el contrario, doctrinantes y jueces han elaborado sendos análisis sobre si dicha doctrina debe considerarse como un mecanismo de facilitación causal o como un daño autónomo, posición esta última acogida por el Consejo de Estado, el cual ha aplicado esta teoría, entre otros, en asuntos de responsabilidad precontractual Estado y en aquellos que, pese a ser propios de la responsabilidad contractual, se ha discutido la legalidad de decisiones de la Administración que afectan las posibilidades de las víctimas de celebrar nuevos contratos con el Estado.

Ante la variedad de posturas respecto de la *chance* es necesario analizar si, en los dos tipos de casos referidos, la aplicación que de esta doctrina ha hecho el Consejo de Estado ha sido uniforme o si, por el contrario, se requiere definir algunos criterios que permitan mejorar la aplicación de la doctrina de la chance a fin de materializar los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Palabras clave: *Pérdida de la oportunidad, responsabilidad extracontractual del Estado, lucro cesante, adjudicación indebida de contratos, declaratoria de caducidad, derecho administrativo.*

Abstract

The study and application of the loss of chance has gone through extensive discussions that have revolved around the causal link evidence. The Colombian legal system has been no stranger to such discussions. On the contrary, author and judges have each developed analyses on whether this doctrine should be considered as a mechanism to facilitate the causal link evidence or as a particular type of damage. This last position is the accepted by the Colombian Council of State who has applied this theory, among others, in matters of pre-contractual State liability and in matters that, despite being typical of contractual liability, the dispute has been around the legality of decisions of the Administration that affect the possibilities of victims to enter into new contracts with the State.

Given the variety of positions regarding the chance, it is necessary to analyze whether, in the two types of cases referred to, the application of this theory by the Colombian Council of State has been uniform. Or if, on the contrary, it is necessary to define some criteria that allow to improve the application of the doctrine of chance in order to materialize the principles of equality and legal certainty.

Key words: *Loss of chance,* pre-contractual State liability*, loss of profits, improper award of contracts, declaration of revocation, loss of profits, administrative law.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 17

Justificación 20

Problema de investigación 22

Hipótesis 22

Objetivo general 22

Objetivos específicos 23

Metodología de la investigación 24

Estructura general del documento de investigación 28

CAPÍTULO I. ¿DOS, TRES, CUATRO? ¿CUÁNTOS Y CUÁLES SON LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO? 31

INTRODUCCIÓN 31

1. DISCUSIONES SOBRE CUÁLES SON LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO 32

1.1. Teoría dualista: daño e imputación. 33

1.2. La reparación como elemento estructural de la responsabilidad extracontractual del Estado, adicional al daño y la imputación. 35

1.3. El trípode clásico: daño, actuación de la Administración y nexo causal. 38

1.4. Posiciones del Consejo de Estado colombiano. 42

1.4.1. Posturas previas del Consejo de Estado. 43

1.4.2. Postura actual del Consejo de Estado. 46

CONCLUSIONES 47

CAPÍTULO II. DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO 50

INTRODUCCIÓN 50

1. EL DAÑO 51

1.1. Elementos constitutivos del daño 54

1.1.1. Cierto 54

1.1.2. Personal 55

1.1.3. Directo 57

1.1.4. Injusto - Antijurídico 58

2. LA IMPUTACIÓN 60

2.1. Imputación como análisis de dos niveles. 61

2.1.1. Imputación fáctica 62

2.1.2. Imputación jurídica 64

2.2. La actuación de la Administración como objeto del estudio de la imputación. 67

3. EL NEXO CAUSAL 69

CONCLUSIONES 70

CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO 72

INTRODUCCIÓN 72

1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO 74

1.1. Principio de legalidad. 76

1.2. Principio de buena fe. 78

1.3. Principio de confianza legítima. 80

1.4. *Culpa in contrahendo* 84

2. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 89

2.1. La pérdida de la oportunidad como elemento de causalidad. 93

2.2. La pérdida de la oportunidad como daño autónomo. 98

CONCLUSIONES 108

CAPÍTULO IV. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 111

INTRODUCCIÓN 111

1. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD SEGÚN LA DOCTRINA 112

1.1. Falta de certeza -incertidumbre- o aleatoriedad del resultado esperado. 112

1.2. Certeza de la pérdida definitiva de la oportunidad. 114

1.3. Seriedad de la oportunidad. 117

1.4. Situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado. 122

1.5. Nexo causal entre la conducta de la administración y la pérdida de la oportunidad. 123

2. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO 127

2.1. Falta de certeza -incertidumbre- o aleatoriedad del resultado esperado. 128

2.2. Certeza de la pérdida de la oportunidad. 130

2.3. Situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado. 132

2.4. Pérdida definitiva de la oportunidad. 135

CONCLUSIONES 136

CAPÍTULO V. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN 139

INTRODUCCIÓN 139

1. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 141

1.1. Probabilidad inferior al 100% de acceder a la adjudicación o de celebrar contratos

estatales. 143

1.1.1. Concurso de méritos declarado desierto pese a empate técnico. 145

1.1.2. Cancelación indebida del registro de proponentes..... 147

1.1.3. Incorrecta calificación de la oferta. 149

1.1.4. Pérdida de oportunidad de participar en sorteo de desempate de adjudicación... 152

1.2. Probabilidad del 100% de acceder a la adjudicación y celebrar contratos estatales. 155

1.2.1. Indemnización igual al 100% de la utilidad esperada por concepto de lucro cesante. 156

1.2.1.1. Declaratoria desierta de licitación pese a la existencia una propuesta hábil. 161

1.2.1.2. Adjudicación a proponente en segundo lugar de la evaluación. 164

1.2.1.3. Indebida adjudicación por error al evaluar una propuesta alternativa. 166

1.2.1.4. No adjudicación de licitación por error en los valores base de cálculo del puntaje. 168

1.2.1.5. No adjudicación por no cumplir un puntaje mínimo. 169

1.2.1.6. Entidad corrige de oficio una propuesta. 171

1.2.1.7. Declaratoria desierta de proceso de selección pese al cumplimiento de requisitos habilitantes. 173

1.2.2. Indemnización igual al 100% de la utilidad esperada por concepto de pérdida de la oportunidad. 175

1.2.2.1. Restablecimiento de derecho por nulidad de la declaratoria desierta. 177

1.2.2.2. Multa indebidamente impuesta en un contrato estatal por la cual se reduce el puntaje en un proceso de selección..... 178

1.2.2.3. Carga probatoria en demanda de nulidad contra el acto de adjudicación e Indemnización procedente por pérdida de la oportunidad. 181

1.2.2.4. Rechazo de propuesta sin solicitar subsanación de los requisitos. 183

1.2.2.5. No adjudicación por inducción a error a los proponentes. 184

CONCLUSIONES 186

CAPÍTULO VI. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS PARA APLICAR LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES..... 188

INTRODUCCIÓN 188

1. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS PARA APLICAR LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES..... 189

1.1. Reparación de la oportunidad perdida por adjudicación indebida de un proceso de selección por concepto de daño emergente, lucro cesante, pérdida de oportunidad. 191

1.1.1. Indemnización por exclusión de una propuesta de la calificación. 193

1.2. Reparación de la oportunidad perdida según las probabilidades de acceder a la utilidad esperada. 196

1.2.1. Revocatoria de adjudicación en contra del ganador de la evaluación. 199

1.2.2. Lucro cesante vs pérdida de la oportunidad por crisis del sector objeto del contrato. 201

1.2.3. Pérdida de la oportunidad por incorrecta calificación de la oferta. 205

1.2.4. No ejecución de contrato por no cumplir los requisitos de perfeccionamiento..... 206

1.3. Reparación de la oportunidad perdida por declaratoria desierta de un proceso de selección por concepto de daño emergente..... 209

1.3.1. Indebida declaratoria desierta y condena en abstracto por falta de pruebas del monto del perjuicio..... 210

CONCLUSIONES..... 211

CAPÍTULO VII. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL..... 214

INTRODUCCIÓN..... 214

1. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL..... 215

1.1. Indemnización por concepto de lucro cesante. 218

1.1.1. Declaratoria de caducidad extemporánea. 220

1.1.2. Pérdida de la oportunidad por declaratoria de caducidad fuera del plazo de ejecución. 222

1.2. Indemnización por concepto de pérdida de la oportunidad. 224

1.2.1. Declaratoria de caducidad sin observancia del debido proceso. 226

1.2.2. Pérdida de la oportunidad por inhabilidad para contratar. 228

1.2.3. Terminación de contrato y afectación de la capacidad residual (k) de contratación....

..... 230

CONCLUSIONES 233

CAPÍTULO VIII. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL 235

INTRODUCCIÓN 235

1. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS PARA APLICAR LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL. 236

1.1. Indemnización por el 100% de la utilidad calculada del contrato caducado y los demás celebrados con la demandada por el tiempo de la inhabilidad. 240

1.1.1. Indemnización según las ganancias que la demandante habría podido obtener. .. 242

1.2. No condenar por ausencia de la demostración de la seriedad de las posibilidades de celebrar contratos durante el término de la inhabilidad. 248

1.2.1. Prueba del perjuicio por pérdida de oportunidad de contratar como consecuencia de una indebida declaratoria de caducidad. 250

1.2.2. Prueba de la pérdida de la oportunidad por inhabilidad para contratar. 251

1.3. Indemnización equivalente a las probabilidades de obtener las utilidades esperadas durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad. 253

1.3.1. Parámetros para la determinación del monto de la utilidad dejada de recibir durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad para contratar. 257

1.3.2. Cálculo del perjuicio por pérdida de la oportunidad de contratar y devengar

utilidades durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad para contratar. 261

1.3.3. Criterios para determinar la indemnización ante falta de prueba de la frecuencia de la contratación. 263

1.4. Indemnización equivalente al 100% del valor total del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad. 265

1.4.1. Declaratoria de caducidad sin dar a conocer al contratista los elementos en su contra. 266

1.5. Indemnización equivalente al 100% del promedio de las utilidades operacionales de los cinco años anteriores a la caducidad excluyendo las pérdidas, por cada año de inhabilidad..... 267

1.5.1. Indemnización calculada aplicando la metodología para valorar las ganancias que la demandante habría podido obtener..... 270

CONCLUSIONES 274

CAPÍTULO IX. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA 277

INTRODUCCIÓN 277

1. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL 278

1.1. Respecto de la verificación de las condiciones de existencia del daño..... 279

1.2. Respecto del concepto del perjuicio. 287

1.3. Respecto de la medida del perjuicio. 294

1.3.1. Sobre el monto de indemnización determinado en las posturas mayoritarias. 297

1.3.2. Sobre el monto de indemnización determinado mediante las posturas alternativas. 303

2. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL..... 306

2.1. Respecto de la verificación de las condiciones de existencia del daño..... 307

2.2. Respecto del concepto del perjuicio. 310

2.3. Respecto de la medida del perjuicio. 314

CONCLUSIONES 321

CONCLUSIONES 324

ANEXO 1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL SEGÚN LA POSICIÓN DE DIVERSOS DOCTRINANTES Y DEL CONSEJO DE ESTADO 333

ANEXO 2 ELEMENTOS DEL DAÑO SEGÚN LA POSICIÓN DE DIVERSOS DOCTRINANTES... 334

ANEXO 3 MAPA DE SENTENCIAS EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES 335

ANEXO 4 MAPA DE SENTENCIAS EN ASUNTOS CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL..... 336

ANEXO 5 LISTADO DE SENTENCIAS REVISADAS EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES CON NICHO CITACIONAL 337

ANEXO 6 LISTADO DE SENTENCIAS REVISADAS EN ASUNTOS CONTRACTUALES CON IMPACTO EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL CON NICHO CITACIONAL 345

BIBLIOGRAFÍA 350

JURISPRUDENCIA 356

NORMATIVIDAD 363

INTRODUCCIÓN

La existencia del Estado social de derecho implica la garantía para los administrados del respeto de sus derechos y de las situaciones que podrían consolidarlos, dentro de un relativo grado de certeza, incluso cuando persista una incertidumbre en su realización.

Ante el carácter complejo de muchas de las situaciones en las que los particulares resultan afectados por cuenta de decisiones arbitrarias de la Administración, los conceptos clásicos de la teoría de la responsabilidad extracontractual parecen quedarse cortos[1]. Debido a ello, se ha requerido el desarrollo doctrinal y jurisprudencial a través de la construcción de una categoría jurídica[2] que permita proteger los intereses de quienes consideran que habrían podido obtener un beneficio o evitar una pérdida, de haberse dado en su favor una determinación del aparato estatal que hubiere, al menos, abierto la puerta para ello.

El estudio de la teoría de la pérdida de oportunidad o de la doctrina de la *chance* ha tenido amplias discusiones y debates con el propósito de dotar de sentido un concepto que, para autores como François Chabas[3] al igual que para el Consejo de Estado colombiano[4], sirve para reparar el daño que se genera cuando se frustran las posibilidades que se tenían de lograr un resultado esperado, mientras que para otros doctrinantes como Luis Medina Alcoz[5] o Jacques Boré[6], sirve para permitir la indemnización en casos donde no está

---

[1] LAZARSKI, Pierre-Antoine. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. 1a ed. Deutschland : Éditions universitaires européennes, 2012. p. 17.

[2] MINET, Alice. La perte de chance en droit administratif., ed. Paris II (Panthéon-Assas). 1a. Ed. Issy-les-Moulineauxs : LGDJ, Lextenso Éditions, 2014. p. 29.

[3] CHABAS, François. La pérdida de una oportunidad ("chance") en el derecho francés de la responsabilidad civil. En : Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Núm. 33 (2013). p. 18.

[4] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[5] MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Madrid : Thomson-Civitas, 2007. p. 413-414. Luis Medina Alcoz, La responsabilidad proporcional como

presente de manera clara el nexo causal, al no poder probarse que el resultado esperado habría tenido lugar, de no haber ocurrido el hecho de la Administración.

Las principales discusiones de la doctrina de la pérdida de la oportunidad se hallan respecto de la prueba del nexo causal. Como lo plantea Alice Minet[7] en su tesis doctoral sobre la teoría de la *chance,* todos los casos en los que esta doctrina es utilizada contienen un problema único relativo a la causalidad entre la pérdida de la ventaja y el hecho generador. La imposibilidad que tiene quien se considera perjudicado por una actuación de la Administración contraria a derecho de demostrar que, en ausencia de tal arbitrariedad, habría podido obtener finalmente el resultado positivo o negativo que pretendía, implica un reto en materia probatoria a efectos del reconocimiento del deber de reparar por parte del Estado.

En los casos de oportunidades perdidas el afectado no tiene cómo demostrar que hubiera alcanzado su propósito en ausencia de la actuación que evaporó la posibilidad que servía como medio para lograrlo. Como se verá, en estos casos hay intrínseco un elemento de incertidumbre que impide saber cuál habría sido el resultado final si no hubiera ocurrido el hecho dañino.

Esta situación se muestra con mayor facilidad en los casos de responsabilidad médica[8]. Al efecto, basta pensar en el caso de un paciente que es diagnosticado tardíamente con una enfermedad que tenía tratamiento, pero que no es eficaz a la hora en que se produjo finalmente el dictamen médico. Si bien hay elementos propios de la estadística que permiten establecer un orden de magnitud de cuál habría sido el resultado del tratamiento, de haberse dado oportunamente, no es posible determinar cuál habría sido

---

respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán), Revista Responsabilidad Civil y del Estado, Núm. 30 (2012). p. 22.

[6] Citado por MINET, La perte de chance en droit administratif. *Op. cit.,* p. 126. MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de oportunidad. En : Revista española de la función consultiva. Núm. 16 (2011). Disponible en https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/318257. p. 107.

[7] MINET. La perte de chance en droit administratif. *Op. cit.,* p. 119.

[8] LAZARSKI. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. *Op. cit.,* p. 78.

verdaderamente el desenlace de la situación médica del afectado con la demora en el diagnóstico, en tanto el resultado habría estado influenciado por factores que escapan al tratamiento mismo, entre los cuales se encuentra la reacción del cuerpo del paciente a la medicación, que no siempre es igual en todas las personas. En consecuencia, lo que le queda al enfermo no tratado oportunamente o a sus familiares sobrevivientes es la duda de qué habría pasado si hubiera tenido acceso al tratamiento oportuno, con la relativa certeza de que este habría podido llevar a una mejoría.

De manera un poco menos evidente que en los casos de responsabilidad médica, la teoría de la pérdida de la oportunidad encuentra un importante ámbito de aplicación en casos relacionados con las tratativas para la celebración de negocios jurídicos. Quienes intervienen en las etapas de formación de contratos no tienen nada más que una expectativa sobre la realización de un acuerdo que puede o no concluir en la consolidación de derechos y obligaciones. No obstante, en virtud del principio de buena fe[9] y legalidad[10], se puede exigir que, incluso en etapas de formación de la voluntad, se respeten situaciones que podrían dar lugar al nacimiento de derechos en cabeza de quienes participaron en tales instancias.

Gracias a la existencia de normas que regulan de manera detallada la formación de la voluntad estatal y la celebración de contratos del Estado con los particulares, estos últimos encuentran mucho más protegida su participación en este tipo de procesos. Como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad, a la Administración no le es sencillo abstenerse de contratar a quien cumple con las condiciones exigidas para ello por la ley, reglamentos o pliegos de condiciones y, por el contrario, deberá sujetarse a las reglas objetivas establecidas en dichas normas[11].

---

[9] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. 1a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 585.

[10] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez. 4a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 40.

[11] CONSEJO DE ESTADO. 24 de septiembre de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.760.

Por lo anterior, quien demuestre que acreditó los requisitos exigidos por la entidad pública para celebrar un determinado contrato debería ser quien se convierta finalmente en contratista del Estado y, cuando ello no ocurre, surge el derecho a reclamar por la frustración de tal posibilidad. Así mismo, si como consecuencia de una decisión contraria a derecho de la Administración, se ve truncada la opción de celebrar contratos en el futuro con el Estado o de ejecutar un acuerdo estatal debidamente perfeccionado, la víctima podrá reclamar por la imposibilidad de acceder a los beneficios que esperaba obtener a través de dichos acuerdos, aún cuando no tiene como probar en un grado de certeza inequívoco que, de haber accedido al contrato, habría podido efectivamente obtener una utilidad económica.

Dado que la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido utilizada por el Consejo de Estado colombiano para resolver asuntos de responsabilidad precontractual y casos de responsabilidad contractual relacionados con la imposibilidad de celebrar nuevos contratos estatales, como consecuencia de decisiones arbitrarias de la Administración, en este trabajo de investigación se estudiará si, en este tipo de asuntos, ha habido una aplicación de la teoría de la *chance* que se pueda considerar uniforme o si, por el contrario, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo del país ha vacilado a la hora de aplicar esta doctrina a fin de determinar si es necesario hacer ajustes que permitan garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Justificación

La construcción y desarrollo de la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sido objeto de profundas discusiones y debates en la doctrina nacional y extranjera, así como al interior del Consejo de Estado colombiano, quien ha empleado esta teoría para resolver no solo asuntos de responsabilidad médica sino otro tipo de litigios, entre los que se destacan los relacionados con responsabilidad precontractual y contractual del Estado.

A pesar de la relevancia que ha adquirido la teoría de la pérdida de la oportunidad en el sistema jurídico colombiano para resolver casos de responsabilidad precontractual y contractual de la Administración, los estudios que en el país se han realizado sobre esta doctrina se han centrado en asuntos relacionados con la naturaleza y fundamentación de la teoría, así como en su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médica, pero hasta ahora no se ha realizado un estudio en el que se analice a profundidad su utilización por parte del Consejo de Estado colombiano en eventos relacionados con la contratación pública, ni se ha revisado si la jurisprudencia ha sido consistente o si ha ido evolucionando en su aplicación y, de ser así, en qué forma se ha dado tal progreso.

El abordaje de la jurisprudencia de la teoría de la pérdida de la oportunidad, en el marco que aquí se propone, se justifica en la necesidad de hacer una revisión analítica y crítica a la aplicación que de la misma ha hecho el Consejo de Estado colombiano, que permita ofrecer propuestas de mejora en aquellos aspectos que se identifiquen pueden ser sujeto de perfeccionamiento, con el fin de que la aplicación de la doctrina de la *chance* continúe una senda de progreso y evolución en nuestro ordenamiento jurídico de manera que, por su medio, se continúen protegiendo los intereses de quienes resulten afectados por decisiones arbitrarias de la Administración.

Adicionalmente, un estudio juicioso de la jurisprudencia en la que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha empleado la doctrina de la *chance* para fundamentar la solución de casos de responsabilidad precontractual y contractual, como el que se pretende hacer en esta investigación, puede servir a los operadores jurídicos como fuente secundaria de información para conocer cuáles son las posturas del Consejo de Estado al respecto y aproximarse a la teoría de manera más práctica.

Problema de investigación

Teniendo en cuenta lo señalado previamente, el problema de investigación de esta tesis será el siguiente:

¿Ha sido uniforme la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad por parte del Consejo de Estado colombiano en los casos de responsabilidad precontractual del Estado y en aquellos que, pese a ser propios de la responsabilidad contractual, se discute la responsabilidad de la Administración por la adopción de decisiones que afectan las posibilidades de la víctima de celebrar nuevos contratos con el Estado, o, por el contrario, se requiere definir algunos criterios que permitan mejorar la aplicación de la doctrina de la *chance* a fin de materializar los principios de igualdad y seguridad jurídica?

Hipótesis

Con el objetivo de responder el problema de investigación aquí señalado, se plantea la siguiente hipótesis:

Es necesario que el Consejo de Estado colombiano determine y ajuste algunos criterios de aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad tanto para los casos de responsabilidad precontractual como para los asuntos de responsabilidad contractual en los que se afecten las posibilidades de celebrar nuevos acuerdos con la Administración, de forma que se pueda aplicar dicha doctrina de manera más uniforme y, con ello, garantizar la materialización de principios de igualdad y seguridad jurídica.

Objetivo general

A fin de resolver el problema de investigación y de fundamentar la hipótesis enunciada, el objetivo general de este trabajo será el siguiente:

Analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano donde se hayan resuelto casos de responsabilidad precontractual de la Administración, así como de responsabilidad contractual en los que se afecten las posibilidades de las víctimas de celebrar contratos estatales, en los que esta Corporación haya hecho referencia expresa a la doctrina de la pérdida de la oportunidad, con el propósito de establecer si, en la medida de lo posible atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, la aplicación de dicha teoría ha sido uniforme y, en caso de que no haya sido así, si es conveniente establecer criterios que permitan mejorar el empleo de la teoría de la *chance* en nuestro ordenamiento jurídico.

Objetivos específicos

Con el propósito de desarrollar el objetivo general trazado y como ejes estructurantes de esta investigación se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Establecer, de la mano de doctrina nacional y extranjera y de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, cuáles son los elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado y cuál es su alcance, a fin de allanar el camino para la comprensión de las implicaciones que tiene la consideración de la teoría de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo o como un mecanismo de facilitación del nexo causal.

- Revisar y analizar el fundamento teórico y la naturaleza de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad precontractual de la Administración, con miras a comprender el alcance de la consideración de dicha doctrina como un daño autónomo o como un mecanismo que sirve para facilitar la prueba de la relación de causalidad.

- Identificar cuáles son y en qué consisten los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado necesarios para que se dé aplicación a la teoría de la pérdida de oportunidad en responsabilidad extracontractual del Estado.

- Identificar y caracterizar los criterios mayormente aceptados en la jurisprudencia del Consejo de Estado en las Sentencias en que hizo referencia a la doctrina de la *chance,* en los asuntos de responsabilidad precontractual y de responsabilidad contractual con impacto en el ámbito precontractual, así como la existencia y sustento de las posturas alternativas de aplicación que sean halladas, especialmente en lo relacionado con el concepto y el monto de la reparación ordenada.

- Determinar los aspectos que puedan ser susceptibles de mejora, revisión o desarrollo en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en la tipología de asuntos objeto del análisis jurisprudencial.

- Proponer criterios y elementos que permitan mejorar la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en los casos de responsabilidad precontractual y contractual con impacto en el ámbito precontractual.

Metodología de la investigación

El desarrollo de este trabajo de investigación se llevó a cabo siguiendo un método mixto, por el cual se utilizó una metodología cualitativa junto a una cuantitativa.

La metodología cualitativa se adelantará mediante el estudio y análisis de los elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado y del fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad y sus requisitos de aplicación, para lo cual se recurrió tanto a la doctrina nacional y extranjera como a la conceptualización que al respecto ha dado el Consejo de Estado colombiano en la parte considerativa de las Sentencias que ha

proferido haciendo referencia expresa a la teoría de la pérdida de la oportunidad en los casos objeto de esta investigación.

Para efectos de desarrollar el método de investigación cualitativo, en los capítulos uno al cuarto de este trabajo se encuentra el marco teórico de la investigación, el cual se desarrolla mediante un proceso deductivo de análisis partiendo del estudio de una materia general, esto es un análisis sobre cuántos y cuáles son los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado para, posteriormente, y según las reflexiones a las que allí se lleguen, seguir con la conceptualización de los elementos que, para efectos de este trabajo, serán considerados como propios de dicho tipo de responsabilidad y, en una siguiente etapa del mismo marco teórico, se analizarán los fundamentos del tipo específico de responsabilidad extracontractual que será objeto de estudio en este trabajo, esto es, la responsabilidad precontractual y la teoría de la pérdida de la oportunidad aplicada en este tipo de responsabilidad, para culminar el estudio teórico con la identificación y conceptualización de los requisitos de aplicación de la doctrina de la *chance,* a la luz de lo señalado tanto por autores nacionales y extranjeros como por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

Adicionalmente, en el estudio que se hará de las Sentencias del máximo Tribunal Contencioso Administrativo se analizará cómo esta Corporación aplicó dichos fundamentos teóricos a la solución de los casos, para lo cual se buscará establecer cuáles fueron los criterios mayormente aceptados y las posturas alternativas que se apartaron de ellos.

El estudio bajo la metodología cuantitativa se realizará a través de la recopilación y sistematización de las Sentencias del Consejo de Estado en las que se hizo referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad para resolver los casos de responsabilidad precontractual, así como de responsabilidad contractual en los que el efecto final de la situación jurídica y de hecho de los actores significa que no pueden volver a participar en

asuntos precontractuales por lo que ven truncada la posibilidad de recibir un beneficio gracias a la ejecución de contratos estatales.

El desarrollo del método cuantitativo se encuentra en los capítulos quinto al octavo en los que se presentan los extractos de la jurisprudencia analizada siguiendo un orden que atiende dos variables, la primera si el caso resuelto corresponde a asuntos propios de responsabilidad precontractual o si se trata de casos responsabilidad contractual con efectos en el ámbito precontractual. La segunda variable, responde a si la decisión adoptada por el Consejo de Estado hace parte de la que se logre identificar como posición mayoritaria para cada uno de estos tipos de responsabilidad o si se trata de una postura alternativa. Para efectos de identificar estas dos variables, se tomarán en consideración cuántas sentencias corresponden a casos de uno u otro tipo de responsabilidad y, dentro de cada grupo, en cuántas decisiones se siguió una u otra postura para efectos de determinar cómo se ha dado la aplicación de la doctrina de la *chance* tanto respecto del concepto de la reparación como del valor de la indemnización ordenada a favor de los demandantes.

Adicionalmente, como parte del desarrollo de la metodología cuantitativa, y en aras de cumplir con uno de los propósitos que justifican la realización de esta investigación, las Sentencias analizadas se presentan de forma sistematizada en dos mapas conceptuales en los anexos 3 y 4 de este documento en los que, siguiendo las dos variables indicadas en el párrafo precedente, se evidencian de forma gráfica cuáles fueron los criterios aplicados por el Consejo de Estado en los casos estudiados.

Con el mismo propósito, y siguiendo las dos variables descritas, en los anexos 5 y 6 de este documento, se presentan los datos de identificación de las Sentencias estudiadas incluyendo las Providencias que hacen parte del nicho citacional de cada una de ellas, herramienta que sirve para reconocer las Sentencias hito en la materia de estudio.

El desarrollo combinado de los métodos cualitativo y cuantitativo permite la identificación de las principales posturas y criterios alrededor del tema objeto de estudio así como la determinación de aquellos aspectos que podrían ser objeto de revisión o mejora, razón por la cual el resultado final de este trabajo, obrante en el capítulo final y consistente en una aproximación crítica sobre lo aplicado por el Consejo de Estado y una propuesta de mejora, es el producto de la aplicación conjunta de estas dos metodologías de investigación.

Respecto de las fuentes utilizadas para la realización de este trabajo, se acudió a libros y artículos de Derecho Administrativo y especializados en responsabilidad extracontractual del Estado y en la teoría de la pérdida de la oportunidad, incluyendo principalmente autores colombianos, españoles y franceses. Así mismo, se estudiaron más de 60 Sentencias en las que el Consejo de Estado resolvió casos relacionados con responsabilidad precontractual del Estado y contractual con impacto en el ámbito precontractual, de las cuales finalmente se seleccionaron 36 Providencias teniendo como criterio de escogencia el hecho de que el Alto Tribunal hubiere mencionado la doctrina de la pérdida de la oportunidad al menos una vez.

Si bien en los casos resueltos en las Sentencias excluidas del análisis podría darse aplicación a la doctrina de la *chance* por tratarse de asuntos con fundamentos de hecho similares a los de las Providencias analizadas en este estudio, principalmente en litigios por indebida adjudicación de procesos de contratación públicos, es necesario señalar que el análisis se restringió a aquellas en las que el Consejo de Estado hizo referencia expresa a la teoría de la pérdida de la oportunidad con el ánimo de revisar en ellas cuáles fueron los criterios de decisión utilizados, pues es claro que en aquellas en las que no se hizo referencia no se utilizó esta teoría como fundamento de la reparación, pese a que hubiere podido servir para ello.

La revisión de las Sentencias se hizo en el período comprendido entre los años 1992 a 2021, teniendo en consideración, en el primer extremo, la expedición de la Constitución Política de 1991, en la que se estableció el régimen general de responsabilidad estatal en Colombia y, en el último, la intención de que el análisis contenido en este trabajo de investigación incluya las decisiones más recientemente proferidas por el Consejo de Estado colombiano antes de la presentación final del documento a los Jurados.

Estructura general del documento de investigación

La estructura de este documento pretende reflejar una aproximación deductiva al problema de investigación, teniendo en consideración la metodología planteada para su desarrollo.

En consecuencia, la estructura propuesta parte de la base de que comprender de manera integral la doctrina de la pérdida de la oportunidad implica entender su naturaleza y conocer cuáles son los requisitos para su aplicación. Sin embargo, tal análisis no puede hacerse sin antes tener claros cuáles son los requisitos generales que deben acreditarse para que sea declarada la responsabilidad extracontractual del Estado, así como los fundamentos de la responsabilidad precontractual en la que se dirimen los asuntos relacionados con la imposibilidad de celebrar contratos con la Administración.

Teniendo en cuenta que los autores que han analizado la naturaleza de las oportunidades perdidas ubican esta teoría entre el daño y el nexo causal, y que estos dos son generalmente considerados como elementos propios de la responsabilidad civil[12], en el primer capítulo de este trabajo se hará un estudio de cuántos y cuáles son los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado a la luz de las consideraciones de los doctrinantes expertos en el tema y de lo requerido en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

[12] TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2a. ed. Bogotá D. C. : Temis, 2000. p. 187.

Con fundamento en lo que se establezca en el capítulo inicial de este trabajo, en el segundo se estudiará el contenido de los elementos que sean considerados a efectos de esta investigación como requisitos para la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En el tercer capítulo, se estudiarán las bases teóricas que sirven de sustento a la aplicación de la doctrina de la *chance* en la responsabilidad precontractual de la Administración y, con fundamento en lo dicho por tratadistas nacionales y extranjeros y por el Consejo de Estado colombiano, se analizará la noción de la pérdida de la oportunidad, a fin de determinar si se considera que estamos ante un daño autónomo o si definitivamente se trata de un mecanismo que sirve para facilitar la prueba del nexo causal.

Una vez se tenga clara la noción de la pérdida de la oportunidad, y especialmente lo relacionado con la consideración sobre daño o nexo causal respecto de esta teoría, en el capítulo cuarto se analizarán cuáles son los requisitos que se deben acreditar para su aplicación y en qué consisten.

A partir del quinto y hasta el octavo capítulo se realizará el estudio detallado de la jurisprudencia en la que se ha aplicado la doctrina de la *chance*. En estos, se estudiarán únicamente las Sentencias en las que haya habido mención expresa por parte del Consejo de Estado a teoría de las oportunidades perdidas.

Teniendo en cuenta que esta doctrina se ha aplicado tanto en asuntos precontractuales como contractuales con impacto en el ámbito de la preparación de contratos con el Estado, el estudio de la jurisprudencia abarcará ambos tipos de casos. En primer lugar, se revisará la aplicación en los asuntos estrictamente precontractuales, para lo cual en el capítulo cinco se revisarán las Sentencias que se identificaron como parte de la postura mayoritaria y, en el sexto, se incluirán aquellas Providencias en las que aplicaron posturas jurisprudenciales alternativas.

Siguiendo el mismo orden, en los dos capítulos siguientes se estudiarán las Sentencias en las que se resolvieron casos que, siendo propios de la responsabilidad contractual, tienen efectos en el ámbito precontractual, en los cuales se aplicó la teoría de la oportunidad pérdida. En consecuencia, en el capítulo séptimo se analizarán las providencias que contienen la postura mayoritaria y, en el octavo, las que aplicaron posiciones alternativas.

En el capítulo final, se presentarán las observaciones sobre aquellos aspectos en los que se identifiquen la existencia de oportunidades de desarrollo de la doctrina en su aplicación jurisprudencial de acuerdo con lo analizado en los capítulos precedentes. Así mismo, se incluirán propuestas de mejora que respondan a tales observaciones, a fin de que este trabajo sirva como herramienta para el progreso de la teoría de la *chance*.

Por último, teniendo en consideración lo intrincado de la revisión de la jurisprudencia efectuada, al final de este trabajo se incluyen como anexos dos mapas conceptuales que muestran de manera gráfica las diversas posturas jurisprudenciales analizadas y dos tablas con la especificación de los nichos citacionales de cada Sentencia, con el propósito de que este documento sirva como referencia para futuros estudios sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad que permitan seguir desarrollando esta teoría.

CAPÍTULO I.

¿DOS, TRES, CUATRO? ¿CUÁNTOS Y CUÁLES SON LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO?

INTRODUCCIÓN

Las discusiones acerca de la definición de la naturaleza de la pérdida de oportunidad se desarrollan alrededor de la consideración de esta como propia de uno de los elementos que, en principio, se cree, son de la esencia de la responsabilidad extracontractual: el daño y el nexo causal[13]. La utilización de la expresión en principio no es gratuita. Como se verá, no todos los autores, ni el Consejo de Estado colombiano, consideran el nexo causal como un elemento esencial de este tipo de responsabilidad[14].

Por lo anterior, previo al análisis de la teoría de la pérdida de oportunidad, objeto principal de este trabajo, es necesario revisar cuáles son los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado a la luz de las diversas posiciones de reconocidos doctrinantes y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con el propósito de establecer cuáles serán los que se reconocerán como tales a lo largo del presente estudio, así como de determinar si las discusiones acerca de la naturaleza de la teoría versan o no sobre aspectos que se consideran propios de la existencia de la responsabilidad.

Como se verá, la determinación de los elementos que se deben analizar en el juicio de responsabilidad ha sido objeto de amplios estudios y discusiones y la jurisprudencia del

---

[13] Ibid., p. 187.

[14] ZAPATA GARCÍA, Pedro Antonio. Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa. 1a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 165.

Consejo de Estado ha cambiado sus posturas acerca de cuántos y cuáles son dichos elementos[15]. Contrario a lo que podría parecer en un principio, este debate está lejos de ser meramente teórico y resulta determinante para el éxito de las reclamaciones y, por ende, para las víctimas[16], en la medida en que esta definición permite identificar los aspectos que se deben probar en sede judicial y, en consecuencia, de ello terminará dependiendo el cumplimiento de la función reparadora del régimen de responsabilidad estatal.

En este capítulo se expondrán algunas de las principales posiciones sobre cuántos y cuáles son los elementos estructurantes de la responsabilidad extracontractual del Estado, identificando los puntos de convergencia y divergencia entre los distintos tratadistas cuya posición se analiza.

Las distintas posturas se presentarán en orden ascendente según el número de elementos considerados como estructurales y, en los casos en que este sea igual, se mostrará una posición antes que otra dependiendo de si entre ellas coinciden o no en algún elemento.

1. DISCUSIONES SOBRE CUÁLES SON LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Si bien es cierto que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene su origen en la responsabilidad civil, la determinación de los elementos que la configuran no siempre ha coincidido con la doctrina civilista. Jueces y doctrinantes han dado sendas discusiones

[15] PATIÑO DOMÍNGUEZ, Héctor Eduardo. El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En : La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. ed. Andrés Fernando Henao, Juan Carlos & Ospina Garzón, 1a. ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 168.

[16] ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. En : Vniversitas 69, Núm. 0 SE- (2020). p. 2 y 12. Disponible en https://doi.org/https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.eree.

acerca de cuáles son los elementos que la configuran, al punto que se puede señalar que existen, al menos, cuatro posiciones diversas sobre este mismo tema:

Quienes consideran que son solo dos los elementos de la responsabilidad: el daño antijurídico y la imputación, comprendiendo en esta última un análisis de dos niveles: uno fáctico y otro jurídico.

Cercano al primer grupo, por hacer la misma interpretación del elemento imputación, pero atendiendo en este caso la finalidad reparadora de la responsabilidad estatal, se encuentran quienes incluyen un tercer elemento: la reparación.

Aquellos que se apartan de la consideración de la imputación como un estudio de dos etapas y señalan que el juicio de responsabilidad requiere un análisis autónomo e independiente del nexo causal como un elemento con entidad propia distinto de la imputación y que, además del daño, incluyen como tercer elemento la actuación de la Administración.

Una última postura corresponde a la posición del Consejo de Estado por la cual señalaba que en el juicio de responsabilidad concurría el análisis de cuatro elementos[17]. No obstante, la consideración de cuáles eran dichos elementos no fue homogénea. En una Sentencia se tuvieron como estructurantes el daño antijurídico, la actuación de la Administración la causalidad y la imputación y, en otra, se excluyó dicha actuación y, en su lugar, se tuvo como elemento el hecho dañoso.

1.1. Teoría dualista: daño e imputación.

Esta postura es la defendida por el exconsejero de Estado Enrique Gil Botero quien afirma que el constituyente estableció solo dos elementos esenciales para determinar la

[17] PATIÑO DOMÍNGUEZ. "El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad". p. 168.

responsabilidad del Estado: (i) el daño antijurídico y (ii) la imputación del mismo a una autoridad[18].

De acuerdo con Gil, el primer aspecto a estudiar en el juicio de responsabilidad debe ser la existencia del daño y si este puede o no calificarse como antijurídico por frustrar expectativas aseguradas por el derecho, pues de no verificarse su existencia y su antijuridicidad, cualquier análisis posterior sería inútil[19].

Por último, siguiendo a Gil, la imputación jurídica corresponde al proceso por el cual se atribuye un título jurídico, o de imputación, distinto de la mera causalidad, mientras que la imputación fáctica corresponde al proceso de atribución del daño a una autoridad por el cual se acredita que esta se encuentra vinculada al servicio público. Al respecto, señala:

> Cuando se da el proceso de atribución jurídico respecto a un daño antijurídico, se está en presencia de la *imputatio iuris* ("La condición y la consecuencia no se relacionan entre sí según el principio de causalidad, sino según el principio de imputación"); lo que significa que la condición, para nuestro caso el daño antijurídico, se relaciona con la consecuencia (deber indemnizatorio), según el principio de la imputación y no el de la causalidad. La *imputatio facti* u objetiva es la atribución del daño a una autoridad pública determinada; esa imputación significa que se acredite que dicho agente se encuentra vinculado al servicio o que forme parte de él y entrarían en juego los nexos con el servicio los criterios de funcionamiento normal o anormal, etc., lo cual implica que los daños causados por el Estado solo pueden darse a través de sus agentes: (…)[20].

[18] GIL BOTERO, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado. 8a. ed. Bogotá D. C. : Tirant lo Blanch, 2020. p. 176.

[19] Ibid., p. 178.

[20] Ibid., p. 174.

1.2. La reparación como elemento estructural de la responsabilidad extracontractual del Estado, adicional al daño y la imputación.

En este grupo de doctrinantes se encuentran los profesores Juan Carlos Henao y Jaime Orlando Santofimio quienes coinciden con la tesis dualista en la concepción del daño antijurídico y la imputación -fáctica y jurídica- como elementos estructuradores de la responsabilidad extracontractual y, especialmente, concuerdan con Enrique Gil en la concepción de la imputación como un elemento compuesto que incluye el análisis de lo que, para otros, puede ser considerada la reflexión sobre el nexo causal.

Así, por ejemplo, Jaime Orlando Santofimio señala que no se trata de excluir la causalidad del análisis de responsabilidad, sino que esta sirve de fundamento de la imputación fáctica. De acuerdo con este autor "(…) la causalidad sigue siendo el elemento que exige al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en ella misma, y no en simples conjeturas, o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar que desencadenaron la producción del daño antijurídico"[21].

No obstante, tanto Santofimio como Henao se distancian en la posición que califica como necesarios solo dos elementos en el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado y califican la reparación como un tercer elemento necesario para su estructuración por tener una entidad propia cuya presencia es necesaria para que pueda hablarse de este tipo de responsabilidad.

Esta posición se aparta de la tesis dualista, por cuanto en ella se considera la reparación más como un principio general en materia de responsabilidad, orientador, por el cual se

[21] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 107.

pretende que el daño se cubra plenamente[22], pero no como un elemento estructural para evaluar la existencia de la responsabilidad.

Al respecto, Santofimio en el Tratado de Derecho Administrativo, manifiesta:

> En segundo lugar, es preciso examinar los elementos de la responsabilidad, donde reviste especial interés la consideración del daño antijurídico, y no de cualquier daño, debiendo tener en cuenta las esferas material (o fenoménica) y jurídica, y *especialmente* la valoración de tres momentos para establecer la concreción de la antijuridicidad del daño: peligro, amenaza y daño. (…). Una vez determinado el daño antijurídico se ha de considerar el segundo elemento, esto es, el juicio de imputación, que en sus dos ámbitos permite dilucidar diferentes problemáticas, y afirmar la aplicación de los criterios de motivación (que no son rígidos) según cada caso en concreto. Y, finalmente, se debe tener en cuenta como tercer elemento la reparación del daño antijurídico imputable a la administración pública, partiendo de la idea no solo de una compensación económica, sino de la reparación en función de los derechos vulnerados, y del carácter colectivo o socializador que puede alcanzar[23].

De conformidad con lo que señala Henao[24], en el proceso de determinación de responsabilidad se requiere, tanto establecer la existencia del daño como encontrar al responsable y, además, determinar el deber de reparar, en tanto el hecho de que el daño sufrido deba ser reparado es inherente a la responsabilidad y es en este último elemento donde está, en palabras del mismo autor, el *quid* del proceso de responsabilidad.

En relación con los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, Henao indica que "(…) en el proceso de responsabilidad se mueven tres elementos distintos: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar. Para que la responsabilidad pueda

---

[22] GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado., 7a. ed. Bogotá D. C. : Temis, 2017. p. 167.

[23] GAMBOA, Santofimio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 95 y 96.

[24] HENAO, Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. 1a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 30.

ser civilmente declarada tienen que estar presentes los tres extremos, pero para que exista el daño basta con que este se dé"[25].

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, toda vez que, de acuerdo con estos autores, sin reparación no tendría objeto alguno el litigio de responsabilidad. Por esta razón, siguiendo esta postura, podría decirse que la reparación se considera un elemento estructural en la medida en que, si no hubiese una reparación integral a la víctima del daño antijurídico causado por acción u omisión estatal, no tendría sentido alguno siquiera iniciar una acción judicial para que fuera declarada la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Cabe aclarar que, cuando se habla de reparación se está haciendo referencia al concepto de reparación integral, que incluye, pero no se limita a, la indemnización económica por el daño causado en tanto procura dejar indemne a la víctima, por lo que exige el análisis tanto de los perjuicios económicos causados como de los daños que corresponden a la esfera interna del individuo. En consecuencia, a la hora de reparar ya solo no se buscará compensar la pérdida en términos económicos sino restablecer los derechos, libertades e intereses vulnerados con ocasión del daño antijurídico imputado a la Administración[26].

En cuanto al concepto de daño, es preciso destacar que Juan Carlos Henao difiere de la concepción del Consejo de Estado por la cual se establece que es necesario que sea cierto, personal y directo. Al respecto, Henao señala que las condiciones del daño son solo dos: personal y cierto[27], en tanto afirma que el carácter de directo corresponde analizarse en la relación de causalidad[28].

---

[25] HENAO. *Op. cit.,* p. 30.

[26] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 169.

[27] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 87.

[28] ZAPATA GARCÍA. Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa. *Op. cit.,* p. 181.

1.3. El trípode clásico: daño, actuación de la Administración y nexo causal.

Esta postura, defendida por autores como Ramiro Saavedra Becerra[29], Jaime Vidal Perdomo[30], Libardo Rodríguez Rodríguez[31], y Hugo Andrés Arenas Mendoza[32], considera que son tres los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado: la existencia de un daño o perjuicio[33], la actuación de la Administración (imputación), y el nexo causal entre la actuación pública y el daño.

Como señala Zapata García, la responsabilidad en derecho civil suele tener un análisis tripartito[34]. Citando a Tamayo Jaramillo, destaca que "tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual exigen una conducta del demandado […] es necesario que haya un daño y que ese daño sea causado por la conducta del garante"[35].

Así entonces, siguiendo a Tamayo, la responsabilidad extracontractual en derecho civil requiere (i) que haya una conducta del demandado, que según el régimen de responsabilidad en algunas oportunidades deberá ser culposa, (ii) que haya un daño y (iii) que ese daño sea causado por la conducta del demandado, es decir un nexo causal entre el primer y el segundo elemento.

---

[29] SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. De la responsabilidad patrimonial del Estado. 21 ed. Bogotá D. C. : Grupo Editorial Ibáñez, 2018. p. 244 y 1845.

[30] VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Derecho administrativo. Bogotá D. C. : Legis Editores S.A., 2016. p. 509.

[31] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 20a. ed. Bogotá D. C. : Temis, 2017. p. 307.

[32] ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad subjetiva. 2a. ed. Bogotá D. C. : Legis Editores S.A., 2018. p. 129, 189, 222 y 263.

[33] Saavedra utiliza como sinónimas las expresiones daño y perjuicio y se distancia también en este punto de Henao para quien la diferencia resulta útil. Al respecto ver SAAVEDRA BECERRA, De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo II, *Op. cit.,* p. 1846; TAMAYO JARAMILLO, Javier et al. Nuevas reflexiones sobre el daño, 1a. ed. (Bogotá D. C.: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado -IARCE y Legis Editores S.A., 2017). p. 9 -20 y HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 76.

[34] ZAPATA GARCÍA, Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa. *Op. cit.,* p. 163.

[35] TAMAYO JARAMILLO, Tratado de responsabilidad civil. *Op. cit.,* p. 187.

En consecuencia, los tres elementos requeridos para que se configure la responsabilidad extracontractual del derecho civil se identifican con los tres criterios para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado señalados por los doctrinantes administrativos que hacen parte de este grupo de análisis: daño, actuación de la Administración y el nexo causal entre estos dos.

De acuerdo con Hugo Arenas, defensor de esta postura, se deben mantener los tres elementos de la responsabilidad con fundamento en las siguientes razones: (i) esta fórmula es la más acorde con la historia de la responsabilidad extracontractual en el derecho colombiano en cuyo desarrollo se han mantenido los tres elementos, (ii) la Corte Constitucional defiende esta posición tal como se puede verificar en la Sentencia C-892 de 2001, (iii) dado que la responsabilidad estatal es una figura que viene del derecho civil, donde se mantiene esta división, debería mantenerse en sede administrativa, (iv) en España e Italia se mantiene la relación de causalidad como elemento obligatorio de la responsabilidad del Estado y (v) al apartarse de las nociones clásicas civilistas los operadores jurídicos enfrentan dificultades prácticas al someterse a tesis muy distintas de las estudiadas[36].

El reconocimiento de la actuación de la Administración como elemento propio de la responsabilidad extracontractual del Estado, entendida como acción u omisión de un agente estatal que le sea imputable[37], pone a esta posición más cerca de la tesis civilista que reconoce la conducta del demandado como un elemento propio y necesario del juicio de responsabilidad, por lo que aquí se le llama a esta postura el trípode clásico, en un reconocimiento a la identificación de los elementos clásicos de la responsabilidad civil.

Al separarse de la visión dualista del Consejo de Estado, los doctrinantes de esta tesis coinciden en que el nexo causal es un elemento que debe ser estudiado de forma

[36] ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad objetiva. 2a. ed. Bogotá D. C. : Legis Editores S.A., 2017. p. 152 – 154 y ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. p. 221 – 223.

[37] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. *Op. cit.,* p. 307.

autónoma en el juicio de responsabilidad. Con esto, se apartan del análisis de imputación de dos niveles -fáctico y jurídico- considerado como necesario por quienes creen que la verificación de la imputación debe incluir tanto la revisión de las causas del daño en el plano físico como la verificación de la atribución jurídica de la responsabilidad.

Respecto de la postura dualista actualmente defendida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Hugo Arenas advierte que la jurisprudencia nacional en materia de responsabilidad administrativa ha mantenido históricamente los tres elementos de la responsabilidad estatal[38] al comprobar que nueve de los magistrados que integraban en 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado hicieron referencia a la relación de causalidad como elemento esencial en las providencias de las que fueron ponentes, en las cuales se consideró, expresa o tácitamente, que la exoneración de responsabilidad puede darse por rompimiento del nexo causal[39].

De forma general, este grupo de doctrinantes entiende el nexo causal como la conexión entre el daño producido y la actuación de la Administración. Es decir que, como señala Libardo Rodríguez, el daño debe ser efecto o resultado de la actuación imputable al Estado[40]. La importancia del análisis de este elemento radica en la verificación de los casos complejos en los que la conducta no es inmediatamente generadora del daño[41], por lo que se hace necesario hacer un análisis más profundo sobre si hubo o no contribución de otras causas a la lesión y, si hubo, en qué consistió.

En relación con la diferencia entre el nexo de causalidad y la imputación, Ramiro Saavedra señala que estos tienen una naturaleza distinta, aunque ambos contribuyen a comprometer la responsabilidad de una persona. Al respecto, advierte:

---

[38] ARENAS MENDOZA. "¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad".*Op. cit.,* p. 8.

[39] ARENAS MENDOZA. *Op. cit.,* p. 12.

[40] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. *Op. cit.,* p. 312.

[41] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad objetiva. *Op. cit.,* p. 236.

> El nexo de imputación y el de causalidad son con frecuencia confundidos, porque a veces la persona cuya responsabilidad está comprometida es el autor del hecho dañoso. Además, el mecanismo de imputación reviste igualmente una dimensión causal, por lo que Gilles Darcy señala 'la imputación causal de los actos cometidos'. Sin embargo, imputación y causalidad no pueden confundirse, porque 'el nexo de causalidad es el resultado de una cadena causal mientras que el nexo de imputabilidad resulta únicamente de las normas que amarran un hecho a un responsable'. Los nexos de causalidad y de imputación contribuyen ambos a comprometer la responsabilidad de una persona determinada tienen una naturaleza distinta[42].

De lo anterior surge que, a diferencia de los dos primeros grupos analizados, los doctrinantes del trípode clásico consideran que el análisis del nexo causal debe ir separado de la imputación y, en consecuencia, se apartan completamente de la posibilidad de revisar, dentro del análisis de la imputación, la relación entre la conexión entre el daño y la actuación de la Administración.

En cuanto al elemento daño, al igual que los demás doctrinantes aquí analizados, los defensores de este trípode denominado clásico coinciden en que no todo daño es indemnizable y que lo será solamente aquel que cumpla algunas condiciones fundamentales para ello. No obstante, es en este punto en el que los autores del grupo de este acápite difieren, en tanto no todos califican como necesarios los mismos elementos para la calificación del daño como indemnizable.

Sobre este punto, Hugo Arenas, señala que para que se pueda afirmar que se está ante un daño indemnizable este debe ser cierto, personal, e injusto[43], entendiendo esta última característica como una antijuridicidad, referida a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar el daño por no existir un título jurídico que lo obligue a ello[44].

---

[42] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1199.

[43] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 133.

[44] ARENAS MENDOZA. *Op. cit.,* p. 140 y 143.

Por su parte, Jaime Vidal, considera que, además de cierto, personal y antijurídico, para que el daño sea indemnizable se requiere que sea directo y anormal[45], posición esta que es parcialmente coincidente con la de Libardo Rodríguez, quien difiere solo en dos puntos, pues no refiere a la necesidad de acreditar que el daño sea directo y añade un último requisito consistente en que el daño se debe referir a una situación jurídicamente protegida, en el entendido que es lógico que quien está en una situación ilegal corre los riesgos que ella produce[46].

Acerca de las condiciones del daño, Ramiro Saavedra considera que, para que sea indemnizable, debe ser personal, directo y cierto. Sobre el hecho de que sea directo o inmediato ese autor resalta que los daños causados a la víctima inicial se reconocen indemnizables ya que solo respecto de ella existe con claridad el nexo de causalidad[47], lo que pone de presente la importancia que para este autor tiene dicho elemento de la responsabilidad. En cuanto a la antijuridicidad, Saavedra es crítico y señala que, a diferencia de lo que ocurre en España[48], en el ordenamiento colombiano el deber jurídico de soportar el daño no está limitado a una disposición legal en sentido formal y se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance no ha sido desarrollado por el legislador, por lo que conserva un carácter indefinido[49].

1.4. Posiciones del Consejo de Estado colombiano.

El Consejo de Estado colombiano no ha tenido una posición única sobre los elementos de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Si bien actualmente hay una aparente claridad sobre cuáles son considerados como requisitos para que proceda la

[45] PERDOMO Y BETANCUR. Derecho administrativo. *Op. cit.,* p. 510.

[46] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. *Op. cit.,* p. 309.

[47] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1869.

[48] Ibid., p. 1850.

[49] Ibid., p. 1852-1853.

reparación por este tipo de responsabilidad, esta postura no ha sido la que siempre ha mantenido la Corporación y, por el contrario, ha modificado sus consideraciones sobre cuáles son los que se consideran los aspectos que las víctimas deben probar para efectos de obtener la reparación por responsabilidad extracontractual del Estado.

A continuación, se revisarán las posturas del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, partiendo de la posición anterior, por la que se llegó a establecer que en el juicio de responsabilidad debían estudiarse cuatro aspectos; aunque, como se verá, se presentaron diferencias sobre cuáles eran dichos elementos y, finalmente, se estudiará la posición jurisprudencial actualmente vigente, por la cual se considera que son solo dos los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

1.4.1. Posturas previas del Consejo de Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado no siempre consideró que los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado eran solo dos como ocurre actualmente. Por el contrario, tal como lo reconoce Enrique Gil[50] y como lo señala Héctor Eduardo Patiño, incluso después de la expedición de la Constitución del 91, la Corporación ha señalado en algunas oportunidades que en el juicio de responsabilidad se deben analizar cuatro elementos[51], aunque, como se pasa a mostrar, ha habido divergencias sobre cuáles son.

En sentencia del 8 de mayo de 1995, el Consejo de Estado consideró que los elementos que se deben analizar en el juicio de responsabilidad eran la actuación de la Administración; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación. Al respecto, el Alto Tribunal señaló:

---

[50] BOTERO Gil. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 132.

[51] Esta postura se acerca a la de algunos doctrinantes españoles citados por Pedro Zapata García (2019) entre los que se encuentran Álvarez Olalla y Mariano Yzquierdo, quienes consideran igualmente cuatro elementos: acción u omisión, daño, relación de causalidad y factor de atribución; aunque Olalla se refiere en este último punto expresamente a criterio de imputación subjetivo entendiendo que en el régimen objetivo la culpa no es objeto de análisis por no requerirse.

> La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.
>
> La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.
>
> Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, "los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C.., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.
>
> Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las *personas* jurídicas de derecho público, es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación[52].

En Sentencia del 31 de mayo de 2007[53], el Consejo de Estado, al hacer la valoración probatoria y analizar el caso en concreto puesto a su consideración, señaló que los elementos de la responsabilidad son igualmente cuatro, pero no calificó la actuación de la Administración como un elemento, sino que, en su lugar, incluyó el concepto de hecho dañoso. Al respecto, indico: "La Sala, abordará el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se manifestó

[52] CONSEJO DE ESTADO. 8 de mayo de 1995. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 8118.

[53] El Magistrado ponente de esta sentencia fue justamente Enrique Gil quien, fiel a su postura, aclaró el voto señalando que estaba en desacuerdo con las consideraciones sobre los elementos de la responsabilidad dadas en la Sentencia e indicó que con éstas el Consejo de Estado desconoció los postulados del artículo 90 constitucional que, en su concepto, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad el daño antijurídico y la imputación de éste a una autoridad.

anteriormente, a través de la siguiente estructura conceptual: 1º) daño antijurídico, 2º) hecho dañoso, 3º) causalidad, y 4º) imputación"[54].

No obstante, pese a tener como fundamento los cuatro elementos, en el análisis de imputación efectuado por la Sala se revisó tanto lo relacionado con la causa del daño como el título de imputación que eventualmente correspondería aplicar al caso en concreto. Es decir que, en últimas, se hizo un análisis de imputación de dos niveles, aunque se hizo una revisión expresa del nexo causal. Al respecto, en la misma Providencia el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

> Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la Sala encuentra que el elemento de imputación fáctica necesario para radicar en cabeza de la Administración pública responsabilidad, no se encuentra demostrado, sin que para ello influya el régimen de imputación jurídica aplicable al supuesto de hecho, esto es, bien subjetivo (falla) u objetivo (riesgo excepcional, daño especial, etc.); lo anterior, como quiera que tanto en los regímenes objetivos como subjetivos es requisito sine qua non que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la Administración; la diferencia entre uno u otro régimen - subjetivo y objetivo) estriba, simplemente, en que en el segundo (objetivo) no juega el papel culpabilístico con que haya actuado la Administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una falla del servicio (culpa), para configurar responsabilidad.
>
> (…)
>
> Resulta claro, por consiguiente, que en el asunto sub judice, no es posible atribuir responsabilidad a las entidades demandadas, en la medida que no fue acreditado por los demandantes el nexo entre el daño y la actividad de la Administración, circunstancia que torna imperativo confirmar la decisión apelada, como quiera que se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales trazados sobre la materia[55].

[54] CONSEJO DE ESTADO. 31 de mayo de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.898.

[55] CONSEJO DE ESTADO. 31 de mayo de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.898.

De las dos Sentencias precitadas es claro que la posición acerca de los elementos de la responsabilidad del Estado no ha sido homogénea y, por el contrario, se llegaron a considerar hasta cuatro elementos distintos, sin lograr consenso acerca de cuáles deberían ser los analizados en el juicio de responsabilidad, con lo cual se demuestra que incluso al interior del máximo Tribunal de la jurisdicción administrativa han habido desacuerdos sustanciales acerca de este aspecto fundamental de la responsabilidad patrimonial del Estado.

1.4.2. Postura actual del Consejo de Estado.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Consejo de Estado actualmente considera que son dos los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado: daño antijurídico e imputación. Pese a que, como lo señala Hugo Arenas, no existe Sentencia de unificación sobre este punto[56], la Sección Tercera de dicha Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que "el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado"[57].

Para el Consejo de Estado colombiano, el primer aspecto a estudiar en el juicio de responsabilidad debe ser la existencia del daño. Al respecto, ha indicado:

> El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad Estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, "sin daño no hay responsabilidad" y

[56] ARENAS MENDOZA. "¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad". *Op. cit.,* p. 2.

[57] CONSEJO DE ESTADO. 11 de diciembre de 2019. C.P. Nicolás Yepes Corrales. Exp. 49.447.

> solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de su imputación al Estado[58].

De acuerdo con lo señalado por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, una vez acreditada la ocurrencia de un daño antijurídico procede evaluar si este es atribuible a la entidad demandada, es decir, si le es imputable. Para estos efectos, debe hacerse un estudio de dos niveles: uno fáctico -*imputatio facti*-, por el cual se determina quién es el autor del daño, y otro jurídico -*imputatio iuris*- en el que se analiza el deber normativo de reparar[59], por lo que se considera que, dentro de este último, se realiza el estudio de los títulos de imputación que se aplicarán dependiendo de las circunstancias del caso concreto[60].

El Consejo de Estado colombiano ha dicho que "la imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto"[61].

De lo expuesto, se puede afirmar que, al hacer el estudio de dos niveles sobre la imputación, el Consejo de Estado termina por estudiar tres aspectos de la responsabilidad en lo que, considera, serían solo dos elementos.

CONCLUSIONES

Lo que el análisis efectuado demuestra es que no ha habido acuerdo sobre cuántos y cuáles son los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. A la fecha,

[58] CONSEJO DE ESTADO. 3 de octubre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 51.701.
[59] CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 29.541.
[60] PATIÑO DOMÍNGUEZ. "El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad". *Op. cit.,* p. 178.
[61] CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.386.

incluso luego de tan serias y sendas discusiones, persiste el desacuerdo sobre este asunto entre una buena parte de la doctrina, así como entre esta y el Consejo de Estado.

Ni siquiera el Consejo de Estado ha estado siempre de acuerdo con la postura que hoy defiende según la cual son dos los elementos de la responsabilidad. En oportunidades previas ha llegado ha sostener que son cuatro e, incluso, en dos ocasiones ha modificado la consideración sobre cuáles son tales cuatro elementos.

A pesar de las diferencias, el daño es el elemento constante en todas las posturas analizadas. Del mismo modo, aunque con muchas más discrepancias respecto de su contenido, la imputación aparece como un elemento en todos los grupos identificados, pese a que quienes defienden la postura clásica difieren en su nominación y prefieren precisar el estudio de este elemento en lo que denominan como actuación de la administración.

Por el contrario, el nexo causal es un elemento que, al ser subsumido en el análisis de imputación fáctica, solo es reconocido en dos de las cuatro posiciones identificadas. Por su parte, elementos como la reparación y el hecho dañoso, entendido como distinto del daño, solo son considerados por dos de los grupos estudiados como aspectos independientes[62].

El análisis de fondo de los elementos de la responsabilidad propuestos tanto por quienes defienden la posición dualista como por quienes propugnan por mantener la visión clásica civilista permite ver que esta discusión resulta, en la práctica, meramente nominativa.

Quienes hoy señalan que el estudio de la responsabilidad solo abarca dos elementos terminan por estudiar en realidad tres, en tanto el estudio del nexo causal se sigue realizando en sede de lo que se denomina el análisis de imputación fáctica o jurídica.

[62] Para una mayor comprensión, en el Anexo 1 de este trabo se muestra la distribución de los elementos según las posturas analizadas en este capítulo.

Estas discusiones resultan relevantes no solo desde el punto de vista meramente teórico sino también práctico. La principal razón de ser de la responsabilidad extracontractual del Estado es la reparación a las víctimas de las acciones lesivas de la Administración. En consecuencia, para que puedan acceder al derecho a ser reparadas integralmente, se debe velar por que los operadores jurídicos, conozcan plenamente y sin subterfugios los elementos que deben probarse en los procesos judiciales.

No obstante, para efectos de definir si se acoge o no dicha postura es necesario revisar el contenido de los elementos que la componen, tarea que se ejecutará en el siguiente capítulo.

Por último, pese a su carácter general, la definición de cuáles son los elementos de la responsabilidad resulta relevante para este estudio en tanto permite establecer si las discusiones acerca de la naturaleza de la teoría de la pérdida de la oportunidad se enmarcan o no sobre aspectos que hacen parte de lo que se considera como de la esencia de la responsabilidad extracontractual y, de ser así, cuáles serían las implicaciones de acoger una u otra postura de acuerdo con el contenido de cada elemento.

Respecto de lo anterior, es dable apenas anticipar que, como para varios de los autores estudiados e incluso para el Consejo de Estado en alguna etapa de la jurisprudencia, el nexo causal sería un elemento cuya acreditación es necesaria para establecer la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, en principio, se podría colegir que tales discusiones efectivamente se dan en torno a aspectos propios de la existencia de dicha responsabilidad. Sin embargo para confirmar esta conclusión, es necesario analizar el contenido de cada elemento a fin de establecer si en efecto, el nexo causal es o no un elemento propio de la esencia de la responsabilidad.

CAPÍTULO II.

DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

Como se vio en el capítulo anterior, la determinación de los elementos que debe analizar el juez en el juicio de responsabilidad no ha sido pacífica. En los últimos treinta años, por lo menos cuatro posturas distintas alrededor de este mismo asunto han estado en consideración de jueces y doctrinantes.

En sede judicial[63], ha terminado por imponerse la posición según la cual el análisis de la responsabilidad gira alrededor de dos aspectos: el daño y la imputación, aunque este este último se divide en un estudio de dos niveles: fáctico y jurídico[64]. Permanece entonces la cuestión sobre si, al hacer tal división, se terminan estudiando finalmente tres y no solo dos elementos y si, en consecuencia, no resulta simplemente más práctico acoger la postura clásica que estudia por separado el nexo causal de la imputación.

Por esta razón, y para efectos de determinar cuáles serán los elementos que se consideran como esenciales para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, a fin de determinar si las discusiones sobre la naturaleza de la pérdida de la oportunidad giran o no en torno a aspectos relacionados con la existencia de la responsabilidad, es necesario analizar el alcance de los tres elementos en los que coinciden un mayor número

---

[63] CONSEJO DE ESTADO. 3 de octubre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 51.701.

[64] CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.386.

de doctrinantes y la jurisprudencia del Consejo de Estado, pese a las diferencias vistas en el capítulo anterior.

En consecuencia, la revisión que se hará en esta parte del estudio incluirá únicamente aquellos elementos que se presentan de manera constante en el centro de las discusiones: el daño, la imputación y el nexo causal[65].

Con este objetivo, a la luz de las consideraciones de doctrinantes y jurisprudencia estudiadas en el capítulo anterior, se presentarán las definiciones y características del daño, la imputación y el nexo causal, a fin de determinar cuáles de ellos se consideran configurativos de la responsabilidad extracontractual del Estado y las razones que así lo justifican, con el fin de determinar si las discusiones acerca de la naturaleza de la pérdida de la oportunidad versan o no sobre elementos fundantes de la responsabilidad extracontractual y con ello lograr una comprensión más amplia de la teoría objeto de esta investigación.

1. EL DAÑO

Javier Tamayo Jaramillo señala que no existe en derecho colombiano una definición normativa del término daño[66]. Sin embargo, este mismo autor conceptúa que "daño civil indemnizable es el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, derivada de la lesión a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial (económico) o extrapatrimonial (no económico). Ese daño es indemnizable

[65] En particular, no se incluye un análisis adicional sobre la reparación como elemento estructurante de la responsabilidad por cuanto, una vez efectuado el estudio del fundamento de esta posición, se considera que este, más que una condición de existencia de la responsabilidad del Estado, es una consecuencia de la misma, pero no un requisito para su declaratoria.

[66] TAMAYO JARAMILLO et al. Nuevas reflexiones sobre el daño. *Op. cit.,* p. 140.

cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima[67]" y agrega "desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial hay daño"[68].

Por ser considerado como fundamental y necesario para que se pueda predicar la existencia misma de la responsabilidad de la Administración, el daño es el elemento de la responsabilidad extracontractual que es identificado como estructurante de esta de manera común por todos los autores[69] estudiados y la jurisprudencia[70].

Se puede afirmar que doctrinantes y jueces colombianos coinciden en que el daño es la aminoración sufrida por la víctima, pero para que sea resarcible debe ser calificado, esto es "antijurídico", entendido este como el que la víctima no estaba en deber de soportar[71], porque no tiene fundamento en una norma jurídica[72], y que atenta contra un interés jurídicamente protegido, gracias a lo cual quien lo padece adquiere un derecho de indemnización y el Estado, concomitantemente, una obligación de reparación.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha señalado:

> El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio alteran non raedera, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el

[67] TAMAYO JARAMILLO et al. *Op. cit.,* p. 1.

[68] TAMAYO JARAMILLO et al. *Op. cit.,* p. 5.

[69] ZAPATA GARCÍA. Fundamentos, Límites y Convergencias de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Una Lectura Unificada de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual Administrativa. *Op. cit.,* p. 163.

[70] Al respecto ver Anexo 1.

[71] GIL BOTERO. Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 83.

[72] SANTOFIMIO GAMBOA, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 99.

> desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa[73].

De acuerdo con Santofimio[74], el daño objeto de la reparación solo será aquel sobre el que se demuestre la característica de ser antijurídico, posición con la que concuerda Enrique Gil quien señala que el daño se torna jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración como daño antijurídico resarcible, es decir, cuando frustra expectativas aseguradas por el derecho[75].

Sobre la calificación de antijuridicidad que debe acreditarse del daño para que sea resarcible, Hugo Arenas destaca que esta no se refiere a la ilegalidad de la acción[76]. Es decir, no se exige que el daño producido responda a la violación de una prohibición expresa en las normas vigentes o a una omisión de una obligación igualmente expresa, sino que esta característica supera la estrechez normativa y responde a criterios mucho más amplios, puesto que, como señala Javier Tamayo, puede que el bien afectado no esté consagrado expresamente en la Constitución ni en la ley, pero, dado que no están prohibidos, el ordenamiento jurídico está igualmente llamado a su protección[77].

En consecuencia, la antijuridicidad se erige como un desarrollo material y tangible del concepto de justicia en cuanto no se restringe a la literalidad de las normas, sino que busca la protección de aquellos bienes que, aún sin siquiera ser nominados en aquellas, se consideran aceptados dentro del ordenamiento jurídico y permite que, ante la injustificada lesión a dichos bienes por parte de quien está constitucionalmente llamado a protegerlos, surja el deber de reparar.

---

[73] CONSEJO DE ESTADO. 11 de diciembre de 2019. C.P. Nicolás Yepes Corrales. Exp. 49447.

[74] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 97-99.

[75] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 134-135.

[76] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 140.

[77] TAMAYO JARAMILLO et al., Nuevas reflexiones sobre el daño. *Op. cit.,* p. 5.

El desarrollo de la teoría de la pérdida de oportunidad revela de manera notable la mencionada aplicación del concepto de justicia en tanto mediante esta doctrina, en últimas, se termina protegiendo la expectativa de quien, habiendo sido privado indebidamente de un beneficio o de una ventaja, adquiere por ello el derecho a ser indemnizado. Se trata de la reparación por una situación inexistente, pero de la que se puede reputar la certeza de que habría existido, de no haber habido interferencia que así lo impidiera. Es decir, se repara a quien, injustamente, fue privado de la posibilidad de acceder a una situación que le era favorable y por lo cual sufrió, en efecto, un daño.

1.1. Elementos constitutivos del daño

Para que el daño antijurídico sea indemnizable se requiere, que en él concurran varios requisitos que, dependiendo del autor, serán que el daño sea personal y cierto[78], como lo señala Juan Carlos Henao[79]; o bien personal, cierto y directo, según Ramiro Saavedra[80], Jaime Orlando Santofimio[81] y a Enrique Gil[82]; o personal, cierto e injusto, de acuerdo con Hugo Arenas[83].

1.1.1. Cierto

La certeza sobre la existencia de la lesión se erige como el primer elemento que debe cumplir el daño[84], dado que lo mínimo es tener la seguridad de que el daño en efecto ocurrió y, por tanto, es este el primer punto en el que debe detenerse el juez, pues no

[78] Al respecto ver Anexo 2.

[79] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 87.

[80] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1869.

[81] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 97.

[82] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 52.

[83] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 133.

[84] Ibid*.,* p. 133.

tendría sentido alguno realizar análisis adicionales si se comprueba de entrada que no hubo lesión alguna.

En consecuencia, para que sea indemnizable, no puede tratarse de un daño meramente eventual o hipotético, cuya realización es incierta[85], sino que se requiere que sea real y específico[86], aunque hay consenso en que es posible indemnizar el daño futuro [87], siempre que se pruebe la certeza del perjuicio[88].

Distinto al daño eventual es el daño por pérdida de oportunidad que, como se verá más adelante, es constitutivo de un perjuicio cierto si se trata de una probabilidad seria[89] que no se pudo concretar pero que, de haberse dado, habría generado un beneficio o evitado un perjuicio, condición esta en la que se ahondará en el siguiente capítulo cuando se estudien los requisitos de aplicación de la doctrina de la *chance*.

1.1.2. Personal

La exigencia de acreditar el requisito de que el daño sea personal responde a la necesidad de establecer a quién se le causó el daño para efectos de determinar si le corresponde el derecho a ser indemnizado[90]. Se refiere entonces a la legitimación para reclamar la indemnización por haber sido perjudicado con el hecho dañino[91], en tanto se reconoce que con este pueden haber afectados adicionales a la víctima inmediata de la lesión, como pueden ser sus familiares o quienes, por cualquier razón, recibían de esta un beneficio

[85] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1870.

[86] Ibid*.,* p. 1878.

[87] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 135.

[88] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 98.

[89] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1870.

[90] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 137.

[91] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 142.

pecuniario o moral[92] y que, como consecuencia del daño infringido a otro, terminan igualmente sufriendo consecuencias adversas por su ocurrencia.

Como señala Hugo Arenas, dado que el perjuicio puede extenderse a las personas que rodean a la víctima, la individualización del daño es un principio con un amplio grado de indeterminación, en tanto ofrece la posibilidad de reconocer indemnización a una o a varias personas, por lo que es necesario acudir a algunos criterios para establecer quienes podrían ser titular de este derecho como son que el perjuicio consista en un sacrificio excesivo o especial que recaiga sobre ciertas personas y que el número de afectados no sea de tal magnitud que corresponda con la totalidad de un sector[93].

Dado que este requisito se ha entendido como parte de la legitimación para demandar, este no puede analizarse de manera objetiva, por cuanto no es suficiente con que la persona que reclama el derecho a indemnización alegue ser víctima de una aminoración, sino que, como lo señala Juan Carlos Henao, el juez deberá analizar si el título que sustenta la adjudicación de una indemnización corresponde a una actividad lícita, puesto no se puede derivar legalidad de la ilegalidad[94]. Al respecto, Henao insiste en lo siguiente:

> Así las cosas, se observa que el carácter personal del daño supone que este puede ser sufrido por toda persona, a la que no puede impedírsele la posibilidad de demandar y de obtener indemnización el sólo hecho de que el juez considere que su situación es reprochable. El único límite lo constituiría, se repite, la prohibición de daños a bienes o pérdida de ingresos que tengan por origen recursos ilegales del demandante. (…)[95].

[92] Con fundamento en este criterio, podría considerarse como titular del derecho de reparación al profesional que pierde una oportunidad laboral cuando demuestre que haría parte del equipo de trabajo de un proponente en un proceso de licitación pública injustamente adjudicado a otro.

[93] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 137 y 138.

[94] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 95-97.

[95] Ibid*.,* p. 101.

En consecuencia, en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, corresponde al juez analizar si la posibilidad de obtener un beneficio habría tenido origen en la utilización de medios ilícitos o fraudulentos[96]. De ser así, no podría darse la reparación por cuanto ello sería no solo premiar una actuación ilegítima sino, además, derivar una indemnización de una situación que podría no haberse concretado de haberse descubierto el uso del medio ilegal lo que igualmente rompe con la certeza sobre la oportunidad perdida.

1.1.3. Directo

El carácter directo del daño refiere a que este se da como resultado efectivo del hecho de la Administración[97]. Al respecto, Ramiro Saavedra señala que "(…) Para que el daño tenga el carácter de directo, debe cumplir con una serie de condicionamientos en relación con el nexo causal frente al hecho generador. De lo contrario, un daño que no cumpla dichos condicionamientos, es decir, que no sea la consecuencia necesaria de la actuación u omisión administrativa, no podrá ser indemnizado"[98].

Por su parte, Enrique Gil indica que "esta condición no alude propiamente una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, toda vez que si el daño no se ha producido, o no es referible al autor, no existe conexión entre este y el resultado"[99].

Así las cosas, la condición según la cual se exige que el daño sea directo, hace referencia a un problema de causalidad y no implica realmente un análisis de un elemento constitutivo

[96] En consecuencia, no tendría sustento que acceda a la reparación quien alegue ser titular del derecho a reparación por no haber sido adjudicatario de un contrato estatal pese a haber presentado la mejor propuesta a la luz de lo dispuesto en el pliego de condiciones respectivo, si la entidad demandada demuestra en el proceso de reparación que alguno de los requisitos fue acreditado de manera fraudulenta, por ejemplo, por haber allegado documentos falsos con la propuesta, pese a que dicha situación no hubiese sido expuesta durante el proceso de selección correspondiente.

[97] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1883.

[98] Ibid*.,* 1884.

[99] GIL BOTERO. Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado. p. 95.

del daño. Dado que los autores que lo defienden como un elemento de la lesión reconocen que se trata más de una condición de imputación que de un requisito de existencia del daño, sería preferible analizar esta característica cuando se revise la relación de causalidad y no al inicio, cuando el juez estudia que efectivamente el daño haya existido y quien lo alega lo haya sufrido, pues, como señalaba el Dr. Hinestrosa, citado por Juan Carlos Henao: *"*Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil*"*[100].

Henao excluye expresamente esta característica del estudio del daño al estimar que, en realidad, plantea un problema de imputación y se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. En concepto de Henao, en el análisis del daño no se debe estudiar si determinado hecho dañino atribuible a una persona causó una lesión, sino solo si los perjuicios que se invocan provienen del daño causado[101].

1.1.4. Injusto - Antijurídico

En el caso colombiano, aún con críticas[102], hay un relativo consenso entre los doctrinantes en que el daño reparable será aquel que revista la característica de ser antijurídico[103] y en las condiciones que se requieren para que una lesión sea considerada antijurídica. Así, por ejemplo, Jaime Orlando Santofimio define el daño antijurídico como: "(…) aquel que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma

[100] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Op. cit., p. 37.

[101] Ibid*.,* p. 87.

[102] Al efecto, ver SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1852 a 1854.

[103] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 97.

jurídica, o puede que se irrogue a pesar de no existir una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo"[104].

Para Enrique Gil, el concepto de antijuridicidad, da un carácter objetivo al daño y más práctico que acudir al concepto de justicia y asegura que lo antijurídico:

> (…) No apunta al desvalor de la conducta, sino más bien al deber de si quien lo sufre debe soportarlo o no. Y no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque, de lo contrario, el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone. (…)[105].

En el mismo sentido, el Consejo de Estado afirma que el daño reparable será aquel que cumpla con la condición de ser antijurídico y, como los autores precitados, señala que para verificar tal exigencia deberán acreditarse los requisitos de ser personal, cierto y directo. Al respecto ha señalado:

> Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud. (…) Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo[106].

De acuerdo con Hugo Arenas, para establecer si un daño es o no antijurídico es necesario determinar las circunstancias concretas en las que una persona estaría obligada a soportar

---

[104] Ibid., p. 99.

[105] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 40.

[106] CONSEJO DE ESTADO. 1 de abril de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 55.079.

los daños causados por el Estado, por lo que esta condición no refiere a la ilegalidad de la acción sino a la situación de quién es afectado[107].

Ahora bien, Hugo Arenas coincide de fondo en la noción de antijuridicidad en los términos expuestos por los demás autores y del Consejo de Estado, este autor se distancia de los demás en cuanto le otorga a la calificación de antijuridicidad la categoría de ser un requisito de existencia del daño, al igual que considera que se exige que sea cierto y personal. Según Arenas "(…) el concepto de daño es mucho más genérico (se podría definir como un simple menoscabo patrimonial); mientras, para hablar de lesión o daño antijurídico indemnizable, es necesario que en el daño concurran tres requisitos: la certeza, que sea personal y que sea injusto"[108].

El otorgamiento de esta categoría resulta práctico a la hora de hacer el análisis del daño indemnizable, por cuanto no se da por sentado que la lesión objeto del estudio es *per se* antijurídica, sino que, al señalarlo como un elemento de existencia, termina por imponerse al operador jurídico como un paso más del análisis que debe hacer de cada caso en concreto, con lo que se asegura la revisión de si, en efecto, quien alega ser sujeto del derecho de reparación, lo es, por haber sufrido una lesión estaba o no obligada a soportar.

2. LA IMPUTACIÓN

Como se vio en el acápite anterior, se puede afirmar que hay consenso entre doctrinantes y el Consejo de Estado en que para que exista responsabilidad extrapatrimonial del Estado se requiere establecer que el daño antijurídico es imputable a una autoridad. No obstante, las divergencias aparecen a la hora de establecer el contenido del análisis de imputación.

[107] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 140-141.
[108] Ibid.*,* p. 133.

De una parte, se encuentra la concepción del Consejo de Estado y tratadistas como Enrique Gil, Jaime Orlando Santofimio y Juan Carlos Henao, para quienes el estudio de la imputación, entendida como atribución de la lesión[109], implica un análisis de dos niveles y, de otra, están quienes consideran que la imputación debe revisarse de manera independiente al nexo causal. A continuación, se presentan las características de estos dos tipos de análisis.

2.1. Imputación como análisis de dos niveles.

De acuerdo con esta posición, la imputación exige analizar dos aspectos: el fáctico -objetivo- y el jurídico -subjetivo-. Al respecto, el Consejo de Estado, en Sentencia del 13 de julio de 1993, señaló:

> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la *imputatio iuris*' además de la '*imputatio facti*'[110].

Mediante este análisis de dos niveles se intenta agrupar en una sola categoría el examen de a quién y cómo es atribuible la responsabilidad. Por esta razón, el estudio así propuesto por el Consejo de Estado implica, inicialmente, analizar si, en efecto, le es imputable al Estado la responsabilidad por la lesión y de ser así, en segundo término, revisar bajo qué título debe responder.

---

[109] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 135.

[110] CONSEJO DE ESTADO. 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 8.163.

2.1.1. Imputación fáctica

El Consejo de Estado[111] señala que, en la *imputatio facti*, se analiza si el daño está o no vinculado con una acción u omisión de la administración pública o si el mismo no le es atribuible, porque no tuvo injerencia en su producción (por ej. por haber sido causado por alguien que no hace parte de la organización estatal) o porque, pese a que así fuere, operó alguna de las causales eximentes de responsabilidad. Como se concluye de la siguiente cita, es dable afirmar que, en últimas, la imputación fáctica corresponde al análisis de causalidad, por cuanto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo refiere expresamente que este supone el estudio de la atribución material:

> Así las cosas, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– por consiguiente, es en la imputación fáctica o material, en donde se debe analizar y definir si el daño está vinculado en el plano factico con una acción u omisión de la administración publica, o si a contrario sensu, el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la misma o porque operó una de las llamadas causales eximentes de responsabilidad, puesto que lo que éstas desencadenan que se enerve la posibilidad de endilgar las consecuencias de un determinado daño[112].

Respecto de la noción de la imputación fáctica, Jaime Orlando Santofimio señala: "El ámbito fáctico se refiere al análisis que desde la perspectiva de la causalidad cabe hacer dentro del juicio de imputación, procurando determinar el alcance de la relación de

[111] CONSEJO DE ESTADO. 21 de agosto de dos 2.020. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Exp. 2.972.

[112] CONSEJO DE ESTADO. 23 de mayo de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.592.

causalidad, las eximentes que pueden operar, y la concurrencia que puede afectar ese momento de estudio de la imputación"[113].

Cabe resaltar que Santofimio reconoce expresamente la relación de causalidad como un elemento del estudio de la imputación fáctica:

> El nexo de causalidad es un concepto naturalístico que sirve de soporte necesario a la configuración de la imputación del daño antijurídico, lo que supone, prima facie, un juicio inicial de atribución fáctica (imputatio facti u objetiva), con el que se determina el origen de un específico resultado (…).
>
> 147. Se trata de un elemento en el que se trata de establecer bajo qué presupuestos causalistas dicho nexo se puede afirmar, o, de no quedar plenamente establecido, si no hay lugar a la responsabilidad por ausencia de imputación (...)[114].

Por su parte, sobre la imputación fáctica, Enrique Gil afirma:

> La imputatio facti u objetiva es la atribución del daño a una autoridad púbica determinada; esa imputación significa que se acredite que dicho agente se encuentra vinculado al servicio o que forme parte de él y entrarían en juego los nexos con el servicio, los criterios de funcionamiento normal o anormal, etc., lo cual implica que los daños causados por el Estado solo pueden darse a través de sus agentes: (…)[115].

Adicionalmente, Enrique Gil, citando un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de septiembre de 2016, sobre la causalidad y la imputación señala:

---

[113] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 105.

[114] Ibid*.,* p. 125-126.

[115] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 131.

> (…), la causalidad adecuada (…) debe ser entendida en términos de causa jurídica o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural (…).
>
> (…)
>
> La imputación a la que aquí se alude es el juicio sobre la cuestión de cómo atribuir un hecho a un sujeto (imputatio facti o de primer nivel), tal como se ha concebido en la dogmática civil con profundo arraigo en la tradición privatista, que la entiende como una operación constitutiva de la relación jurídica entre un agente y un resultado. La imputatio facti permite afirmar que un sujeto es artífice de una acción (apreciación de sentido de un hecho, pero nada dice acerca de la corrección o incorrección de dicha acción según se adecue o no a un deber objetivo de cuidado o de prudencia (…)[116].

El análisis de la denominada imputación fáctica implica entonces la revisión de cómo ocurrieron los hechos que desencadenaron la lesión para determinar si esta fue efectivamente causada por uno de los agentes de la Administración y si en su producción no interfirieron hechos eximentes de responsabilidad que liberen al Estado de la obligación de responder por el daño así causado. Esto, sumado al reconocimiento expreso que ha hecho el Consejo de Estado de que en este punto se estudia la atribuibilidad material del daño permiten concluir que, cuando se hace el análisis de imputación fáctica, en últimas, se está haciendo un estudio de la relación de causalidad, aunque solo en algunas Sentencias del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se reconozca expresamente que la no acreditación del nexo causal tuvo como consecuencia la negación de la pretensión resarcitoria[117].

2.1.2. Imputación jurídica

De acuerdo con el Consejo de Estado, verificada la imputación fáctica, corresponde efectuar el análisis de la denominada imputación jurídica o subjetiva, por la cual se busca

[116] Ibid., p. 141.

[117] ARENAS MENDOZA. "¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad". p. 9-11.

establecer el fundamento del deber de reparar[118], esto es, definir bajo qué título de imputación puede endilgarse al Estado la responsabilidad en la producción del daño sufrido por la víctima. Sobre este punto, en 2012, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de manera general, señaló:

> No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el articulo 90 de la Constitución Política[119].

En un pronunciamiento posterior, el Consejo de Estado, precisó que en la imputación jurídica se debe determinar:

> (…) i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.
>
> (…)
>
> La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.
>
> En segundo lugar, sí *(sic)* no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del

[118] PATIÑO DOMÍNGUEZ. "El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad". *Op. cit.,* p. 177.

[119] CONSEJO DE ESTADO. 23 de mayo de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.592.

> caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional[120].

Respecto de la imputación jurídica en relación con la causalidad, Enrique Gil señala:

> Cuando se da el proceso de atribución jurídica respecto a un daño antijurídico, se está en presencia de la imputatio iuris ('La condición y la consecuencia no se relacionan entre sí según el principio de causalidad, sino según el principio de imputación'); lo que significa que la condición, para nuestro caso el daño antijurídico, se relaciona con la consecuencia (deber indemnizatorio), según el principio de la imputación y no el de la causalidad[121].

Así las cosas, se tiene que, mientras en la imputación fáctica se estudia la relación entre el daño, su autor y la eventual aplicación de eximentes de responsabilidad, en el análisis de la imputación jurídica se verifica bajo que título será imputada la lesión al Estado, esto es si corresponde al régimen subjetivo por tratarse de una falla en el servicio objetivo o si se está ante una situación de responsabilidad objetiva, a título de daño especial o de riesgo excepcional.

Revisado el contenido del análisis de dos niveles de imputación efectuado por el Consejo de Estado se observa que, aunque estos corresponden a dos aspectos de la atribución de la responsabilidad: el quién es sujeto de la atribución y el cómo le es atribuible el deber de reparar, esta reducción a un solo elemento de dos aspectos tan disímiles del análisis como son el estudio de la causalidad y los títulos de imputación puede conducir a que los operadores jurídicos desconozcan la importancia de cada uno de estos condicionantes de

[120] CONSEJO DE ESTADO. 13 de junio de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 26.800.

[121] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 131.

la responsabilidad y, con ello, se afecten los derechos de las víctimas[122], razón de ser fundamental del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.

2.2. La actuación de la Administración como objeto del estudio de la imputación.

Apartándose de la posición del Consejo de Estado, los tratadistas Ramiro Saavedra, Hugo Arenas, Libardo Rodríguez, Jaime Vidal y Diego Younes, quienes apoyan lo que en este trabajo se ha denominado el trípode clásico de los elementos de la responsabilidad, consideran que el análisis de la imputación debe ser independiente del estudio del nexo causal y, en consecuencia, estiman necesario hacer el estudio de la imputación de la actividad de la Administración separado del análisis de la conexión entre esta y el daño.

Sobre este elemento Libardo Rodríguez señala:

> Actuación de la administración. Para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora. (…), lógicamente, no todos los daños producidos por esos mecanismos de actuación de la administración dan lugar a responsabilidad. La solución del derecho francés ha consistido en que para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere en principio, que la actuación pueda calificarse en alguna forma de irregular[123].

Por su parte, Hugo Arenas define la imputación como "la atribución jurídica de un daño, causado con culpa o sin culpa, a un agente estatal o a un particular que desempeña una función administrativa"[124]. En este mismo sentido, Diego Younes señala que, para que "proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad

---

[122] Al respecto ver ARENAS MENDOZA. "¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad". *Op. cit.,* p. 224.

[123] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. *Op. cit.,* p. 308.

[124] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad objetiva. *Op. cit.,* p. 224.

entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo"[125].

De acuerdo con Ramiro Saavedra, "(…) no es suficiente en el proceso de obtener la reparación demostrar solo el perjuicio sufrido por la víctima, sino que es necesario establecer que ese perjuicio es imputable a una persona pública o, eventualmente, a una persona privada que obra por cuenta de aquella o que está investida de funciones administrativas"[126], y añade: "(…) la actuación de la Administración constituye uno de los elementos necesarios para atribuirle responsabilidad, es decir, para imputarle el daño según el nexo causal existente entre tal actuación y el daño"[127].

El estudio de la causalidad implica igualmente el estudio de la ruptura del nexo causal, esto es cuando se hace imposible establecer dicha conexión por la interferencia de una causa extraña o exterior por cuya intervención puede atenuarse o incluso suprimirse la responsabilidad del Estado, razón por la cual corresponde a la entidad demandada demostrar la ocurrencia de dicha causa que le es ajena[128].

En conclusión, quienes defienden la necesidad de estudiar la imputación de forma independiente a la relación de causalidad, sustentan esta postura en el hecho de que se debe analizar si el daño sufrido por la víctima es producto de una actuación de la Administración a través de uno de sus agentes, momento en el cual será pertinente determinar bajo que régimen se califica dicha responsabilidad, esto es si es objetiva a título de daño especial o riesgo excepcional o si se está ante una responsabilidad subjetiva porque se ha probado la culpa del agente de la Administración, caso en el cual procedería la imputación a título de falla del servicio.

---

[125] YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. 10a. ed. Bogotá D. C. : Editorial Temis, 2016. p. 334.

[126] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 250.

[127] Ibid.*,* p. 279.

[128] Ibid.*,* p. 1266.

3. EL NEXO CAUSAL

De acuerdo con la postura del Consejo de Estado y de tratadistas como Enrique Gil y Jaime Orlando Santofimio, el análisis de la causalidad se debe realizar dentro del estudio general de la imputación en el aparte de la imputación fáctica. Se apartan de esta posición los doctrinantes Ramiro Saavedra, Hugo Arenas, Libardo Rodríguez, Jaime Vidal y Diego Younes, quienes, manteniendo la estructura clásica de los elementos de la responsabilidad proveniente del derecho civil, consideran que el estudio del nexo causal requiere un análisis independiente de la imputación de la actuación de la Administración.

Este grupo de doctrinantes entiende el nexo causal como la conexión entre el daño producido y la actividad de la Administración[129]; es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de la actuación imputable al Estado[130] y, más aún, señalan que este elemento responde a una *"necesidad lógica"*[131] que permite determinar el titular de la obligación.

Sobre el nexo causal, Hugo Arenas señala:

> (…) el tercer elemento fundamental para que exista la responsabilidad de la Administración pública, que es la relación de causalidad entre la lesión y la culpa atribuible al Estado, es decir, que el daño se produzca como consecuencia o resultado de la acción u omisión del Estado (incluso todos aquellos que puedan generar la responsabilidad pública). Es una relación causa-efecto que busca responder a las preguntas '¿de no haber sido por…?' o '¿de no haber mediado…?[132].

[129] PERDOMO Y BETANCUR. Derecho administrativo. *Op. cit.,* p. 510.

[130] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. *Op. cit.,* p. 312.

[131] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1211.

[132] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 263.

Por su parte, Libardo Rodríguez afirma que para que exista la relación de causalidad "el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño"[133].

De acuerdo con los autores aquí citados, la verificación de la existencia del nexo que conecte el daño con la actuación que resulta imputable a la administración daño antijurídico, se considera necesaria para establecer si el daño alegado por la víctima efectivamente fue producido por la actuación de la administración y, por lo tanto, debe comprobarse con independencia del régimen de responsabilidad aplicable[134].

CONCLUSIONES

Las grandes discusiones que se han dado sobre cuántos y cuáles elementos configuran la responsabilidad del Estado, han tenido en común la consideración del daño como el aspecto primordial y básico del estudio que permita establecer si la Administración es responsable de lo que alega la víctima. Autores y jueces coinciden en que sin la existencia del daño calificado, esto es, antijurídico, no tiene razón de ser realizar análisis posteriores que permitan establecer la presencia de los demás elementos que se consideran necesarios para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado.

A pesar de dicho acuerdo, persisten las diferencias en cuando al contenido del elemento daño, relacionado con los elementos que lo constituyen aunque hay coincidencia en que, como mínimo, el daño debe ser personal y cierto. Por otra parte, aunque la mayoría de los autores analizados no identifican la antijuridicidad del daño como un elemento de este, parece haber un acuerdo tácito en que se deberá demostrar que el daño sufrido fue antijurídico para que de él surja el deber de reparar.

---

[133] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. *Op. cit.,* p. 533.

[134] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad objetiva. *Op. cit.,* p. 236.

Respecto de la imputación, el análisis de dos niveles efectuado actualmente por el Consejo de Estado corresponde a dos aspectos de la atribución de la responsabilidad, quién es sujeto de la atribución y cómo le es atribuible el deber de reparar.

Al revisar el contenido del análisis de la denominada imputación fáctica se encuentra que allí tiene lugar una revisión material de cómo ocurrieron los hechos que originaron el daño, a efectos de establecer si este fue causado o no por uno de los agentes de la Administración. Adicionalmente, en este punto del estudio de la responsabilidad se analiza si en la producción del daño no se presentaron hechos que puedan ser considerados como eximentes de responsabilidad por los cuales se libere a la Administración de la obligación de reparar.

Del contenido de la *imputatio facti* se tiene que, cuando se dice que se está haciendo el análisis de un elemento de la imputación, en la práctica, se está haciendo un estudio de la relación de causalidad. Por lo tanto, reducir a un solo elemento dos aspectos tan complejos en sí mismos como son la causalidad y los títulos de imputación puede conducir a que los operadores jurídicos desconozcan la importancia de cada uno de ellos con lo que se pueden ver afectados los derechos de las víctimas, razón de ser del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.

En consecuencia, siguiendo la estructura clásica de la responsabilidad, para efectos de este trabajo se considerará que para que se pueda declarar la existencia de la responsabilidad de la Administración será necesaria la acreditación de los tres elementos daño, nexo causal e imputación; independiente de que, de acuerdo con la línea jurisprudencial vigente, el estudio de éstos dos últimos se haga de manera aparentemente unificada, lo que lleva a concluir igualmente que las discusiones que se dan acerca de la naturaleza de la pérdida de la oportunidad si se pueden considerar como directamente relacionadas con la esencia de la responsabilidad precontractual.

CAPÍTULO III. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

La naturaleza de la teoría de pérdida de oportunidad o de la *chance* ha sido objeto de amplios debates sin que hasta ahora pueda decirse que hay un acuerdo sobre la misma. A pesar de ello, ha sido admitida tanto por académicos como por jueces, especialmente en casos de responsabilidad médica[135], por lo que en este trabajo se estudiará su aplicación en el ámbito de la responsabilidad precontractual del Estado y en aquellos asuntos que, pese a ser propios de responsabilidad contractual, sus efectos tienen impacto negativo en las posibilidades de celebrar nuevos acuerdos con la Administración.

El establecimiento de toda relación contractual del Estado requiere la realización de actividades previas a la suscripción y perfeccionamiento del contrato, que suponen gestiones, trabajos y gastos[136]. Desde el punto de vista de la parte que busca adquirir la calidad de contratista, dichas actividades pueden ir desde la presentación de una oferta, la adquisición de seguros, horas de personal especializado, actividades y gastos que suelen correr por cuenta de quien, dado su interés, asume el riesgo del fracaso[137]. Desde la orilla de quien pretende contratar el bien o servicio, las gestiones de preparación del contrato incluyen la definición de temas como el objeto, las condiciones de ejecución, el precio del bien o servicio a adquirir, la escogencia del contratista hasta el cumplimiento de requisitos formales exigidos en la legislación.

---

[135] LAZARSKI. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. *Op. cit.,* p. 78.

[136] Borda, Alejandro. La buena fe en la etapa precontractual. En : Vniversitas 63, Núm. 129 (2014). p. 19. Disponible en https://doi.org/https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe.

[137] Ibid*.,* p. 19.

En el ámbito contractual, las obligaciones entre las partes solo surgen a partir del momento en que el contrato nace a la vida jurídica. No obstante, a las partes involucradas en la actividad previa a la suscripción de un acuerdo le asisten derechos y obligaciones, cuya vulneración o incumplimiento puede acarrear consecuencias jurídicas.

La responsabilidad que surge en la etapa previa a la suscripción del acuerdo contractual ha sido objeto de importantes estudios en el derecho civil, comercial y administrativo. Por ello, se ha llegado a la conclusión que, incluso ante la inexistencia de contrato, quien infrinja un daño está llamado a repararlo. Para justificar este deber, algunos ordenamientos jurídicos utilizan la doctrina de la culpa *in contrahendo* o, en general, el régimen de responsabilidad extracontractual[138].

Así mismo, la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato y, consecuentemente, de obtener la utilidad esperada gracias a la ejecución de este, ha sido objeto de rigurosos análisis a fin de establecer si quien resulta afectado por una acción u omisión en la etapa de formación del acuerdo y, como consecuencia de ello, no puede alcanzar el beneficio esperado, tiene derecho a obtenerlo, aun cuando este sea incierto.

En este capítulo se hará una revisión general sobre el fundamento de la responsabilidad precontractual y, posteriormente, una aproximación sobre la noción y la naturaleza de la teoría de la pérdida de la oportunidad con el objetivo de comprender las diversas posturas sobre esta doctrina y, con ello, establecer cuál será el criterio respecto de la naturaleza de la chance que se utilizará cuando se aborde el estudio de casos que se hará en este mismo trabajo.

[138] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 165.

1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO

Como lo señala Ramiro Saavedra, la responsabilidad patrimonial del Estado se suele justificar como expresión de la garantía constitucional de la propiedad privada, consagrada en el artículo 58 de nuestra Constitución; pero, a su vez, es una consecuencia de la formulación de los fines del Estado, de los principios de la función administrativa y de los deberes impuestos a los servidores públicos, con cuyo fundamento la Carta Magna del 91 reconoció, por primera vez en la historia constitucional colombiana, el principio general de responsabilidad del Estado[139], incluido en el artículo 90 superior[140].

La inclusión de la cláusula de responsabilidad estatal en la Constitución de 1991 refleja la consolidación del modelo de Estado social de derecho[141] y, de acuerdo con Santofimio, representa el mecanismo de cierre del sistema de protección y garantía patrimoniales de los ciudadanos frente a la acción del poder público en cualquiera de sus manifestaciones[142].

La Corte Constitucional ha señalado que el Estado de derecho se funda sobre dos grandes axiomas: el principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado; en consecuencia, la preservación de los derechos, garantías y libertades públicas se logra sometiendo la actuación de las autoridades estatales al imperio de la ley y obligándolas a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que causen a los particulares en ejercicio de sus poderes[143].

---

[139] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Op. cit.,* p. 193.

[140] COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste". Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

[141] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. Op. cit., p. 21.

[142] Ibid*.,* p. 23.

[143] CORTE CONSTITUCIONAL. 29 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-428/02.

La sujeción de la actividad estatal a los principios de legalidad y buena fe, y la correspondiente responsabilidad extracontractual que puede surgir por la vulneración de estos, incluye los daños antijurídicos que se causaren durante la etapa que antecede a la suscripción de un contrato. Esta circunstancia ha sido reconocida por el Consejo de Estado, que sobre el particular ha señalado:

> En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad.
>
> En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio.
>
> De manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo y nace para el sujeto afectado el derecho a obtener la reparación del daño que ha sufrido.
>
> Ligado a la buena fe que se deben las partes en la formación de la voluntad para la celebración del contrato está el principio de legalidad, según el cual las partes deben encauzar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley.
>
> Con fundamento en este principio la administración en la gestación de sus contratos debe respetar la ley en su sentido formal y material, como también todas las fuentes del ordenamiento jurídico, en particular las especiales del derecho administrativo, sus reglamentos y los pliegos de condiciones y quienes tengan interés en formalizar compromisos con ella deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación[144].

[144] CONSEJO DE ESTADO. 7 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13.405.

1.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad exige la necesaria conformidad de los actos emanados por funcionarios de la Administración con lo dispuesto la Constitución y las leyes. Como señala Santofimio, este principio "se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público, sin sujeción a la cual los actos por ellos proferidos se considerarían ilegales y por consiguiente carentes de validez"[145].

La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 6º la regla general del principio de legalidad aplicable a ciudadanos y servidores públicos, de acuerdo con la cual los primeros solo responden por infringir lo dispuesto en la Constitución y la ley, mientras que los segundos deberán hacerlo por esto mismo y, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones[146]. Por esta razón, se considera que el principio de legalidad encuentra dos proyecciones: una, hacia la administración cuyos actos están circunscritos a lo dispuesto en el régimen constitucional y legal[147] y, la segunda, hacia los administrados, con un predominio de la autonomía de la voluntad, con limitaciones, por excepción de los derechos y del ámbito de la actuación de las personas en procura del interés general y la convivencia[148].

En materia de contratación pública, se señala que la autonomía de la voluntad rige como principio rector por el cual las entidades tienen competencia para determinar el tipo de

---

[145] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez. *Op. cit.,* p. 40.

[146] COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. "Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

[147] AMAZO PARRADO. Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. En : Estudios Socio-Jurídicos 9, Núm. 2 (2007). p. 189. Disponible en https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345.

[148] Ibid., p. 190.

contratos que van a celebrar, así como para incluir estipulaciones en los contratos[149]. No obstante, para que dicha voluntad se pueda configurar deberán seguirse una serie de reglas y procedimientos establecidos en la normatividad aplicable[150] a los cuales deberán sujetarse los funcionarios públicos y que terminan por limitarla.

En consecuencia, si bien el Estado tiene libertad para decidir qué contratar y bajo qué condiciones no tiene el mismo margen de configuración que tiene un particular, ni siquiera cuando actúa bajo las normas del régimen privado de contratación. Por ejemplo, para la selección de contratistas, los funcionarios que representan a la Administración en el proceso de escogencia deberán sujetarse estrictamente a las disposiciones contenidas en la ley y a las reglas objetivas[151] que para el efecto se hayan definido en el respectivo pliego de condiciones y no podrán cambiarlas injustificada ni extemporáneamente[152]. En consecuencia, en virtud del principio de legalidad, la Administración está obligada, a definir el procedimiento de selección de acuerdo a derecho[153], incluso por encima de la propia voluntad personal de los funcionarios que pueden quedar insatisfechos con el

[149] BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. 2a ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 111.

[150] Entre otras, el Estatuto General de Contratación, contenido en las Leyes 80 de 1883 y 1150 de 2007, especialmente lo dispuesto en sus artículos 2, 3, 5, 6, 8 y 9 y sus decretos reglamentarios.

[151] "(…) la objetividad en la selección de los contratistas del Estado, implica: i) que la escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés; ii) que la propuesta más favorable se debe determinar por la ponderación de los diversos factores, previamente establecidos por la Administración, tales como: cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros; iii) que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de evaluación se debe establecer de manera precisa, detallada y concreta en el pliego de condiciones, para determinar el valor que corresponde a cada uno de ellos y, iv) que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores". CONSEJO DE ESTADO. 24 de septiembre de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.760.

[152] "No es posible aceptar que los pliegos se modifiquen a criterio de la entidad después de abierta la licitación; la ley ordena elaborarlos con anticipación en forma clara, justa, completa, que no induzca al error y que conllevan a la selección objetiva de la mejor propuesta; para reforzar lo anterior se tiene que el artículo 26, numeral 3 de la Ley 80 establece la responsabilidad de las entidades y los servidores públicos cuando los pliegos hayan sido elaborados en forma incompleta; si eran completos, mal pueden ser modificados a capricho". CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2012. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 21.571.

[153] TORRES-ACOSTA, Luisa. El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal. En : Revista Digital de Derecho Administrativo 1, Núm. 15 (2016). p. 270. Disponible en https://doi.org/10.18601/21452946.n15.12.

desenlace de un proceso de selección, sin que por ello estén autorizados para modificar el resultado según su parecer.

1.2. Principio de buena fe

En virtud del principio constitucional de la buena fe, se exige que tanto las actuaciones de los particulares como las de las autoridades públicas se ciñan bajo consideraciones de mutuo respeto y confianza[154]. En la actividad del Estado, este principio constituye un límite para el ejercicio de las competencias por parte de la Administración toda vez que, tanto sus potestades discrecionales como regladas, deben sujetarse a los mandatos de este principio a fin de evitar la afectación de la confianza de los particulares[155].

En relación con la aplicación de la buena fe en la preparación de los contratos, Santofimio considera que "cabe afirmar una serie de deberes, cuya vulneración o incumplimiento por una de las partes contractuales puede derivar en una la (*sic*) responsabilidad precontractual, es decir en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial"[156].

En el caso colombiano, el principio de buena fe está consagrado en la Constitución Política, cuyo artículo 83 expresamente exige que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (…)". Adicionalmente, el Código de Comercio incluye en los artículos 863[157] y 871[158] dos

---

[154] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez. *Op. cit.,* p. 81.

[155] VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. 1a ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 54 -55.

[156] SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. *Op. cit.,* p. 585.

[157] COLOMBIA. Código de Comercio colombiano. Decreto 410 (27 de marzo de 1971). *"Artículo 863. Principio de buena fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la*

disposiciones en las que reivindica el deber de actuar de buena fe en la etapa de formación de los contratos; normas estas que, aunque propias del derecho privado, le son aplicables a las entidades públicas cuando actúan en libre competencia, en condiciones de igualdad con los particulares[159].

Respecto del comportamiento que debe desplegarse en los asuntos precontractuales, la buena fe es la base de la confianza que debe inspirar recíprocamente la conducta de los contratantes[160] especialmente cuando en estos participa la Administración. Sobre este particular, Felipe de Vivero señala:

> La buena fe que se deben los contratantes en términos de mantener la confianza y la lealtad que se espera en toda relación negocial no se excepciona cuando las relaciones se establecen con la administración pública, toda vez que ésta tiene un compromiso mayor de comportarse con lealtad en todas sus actuaciones por la supremacía jurídica que ostenta, en su calidad de gestora del interés público, que en nuestro ordenamiento jurídico es un mandato constitucional sin distingos (art. 83 C.P.) y legal de acuerdo con los arts. 1603 del C. Civil y 28 de la Ley 80 de 1993 (...) Sin embargo, no puede perderse de vista que si bien la administración pública está sometida al principio general de la buena fe

equidad natural". Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr026.html#860

[158] COLOMBIA. Código de Comercio colombiano. Decreto 410 (27 de marzo de 1971). *"Artículo 871. Buena fe en el periodo precontractual. Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".* Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr026.html#860]

[159] "La omisión de la entidad tuvo ocurrencia en una etapa en la que los sujetos negociales debían obrar "de conformidad con los postulados de la buena fe , la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación, como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato". Ello, con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio. (…) De los hechos y de la normativa aplicable al caso se desprende que el actuar desplegado por la EAAB constituyó un incumplimiento del deber de lealtad y de buena fe precontractual. El hecho de haber incluido reglas confusas en las 'Condiciones y Términos' de la invitación, que generaban una expectativa equívoca en los proponentes, y con base en las cuales seleccionó a un contratista, es clara muestra de la vulneración al deber de lealtad negocial, de la falta de diligencia y cuidado durante esta etapa." CONSEJO DE ESTADO. 3 de septiembre de 2020. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. 42.003.

[160] MONSALVE CABALLERO, Vladimir. El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: visión desde el derecho europeo. En : Vniversitas, Núm. 119 (2009). p. 258. Disponible en https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14494/11693.

> al igual que las personas que con ella se relacionan, el principio de legalidad que no excluye la aplicación de aquél, puede delimitarla[161].

Como lo enseña Vladimir Monsalve, entre las consecuencias del deber de obrar de buena fe se encuentra la exigencia de un comportamiento coherente, por lo que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada en una determinada conducta futura tiene el deber de no defraudarla y, en consecuencia, se torna inadmisible cualquier actuación incompatible con dicha creencia[162].

Teniendo en consideración que el principio de confianza legítima ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un principio en sí mismo y que este sirve igualmente de fundamento a la responsabilidad por hechos originados en las tratativas preliminares a la celebración de contratos, a continuación, se analizará dicho concepto de forma independiente al principio de la buena fe.

1.3. Principio de confianza legítima

Como parte del desarrollo jurisprudencial del principio de buena fe, la Corte Constitucional ha reconocido la confianza legitima como un principio superior[163], pese a que no se encuentra consagrado expresamente en la Carta Magna. Al respecto, en Sentencia proferida en febrero de 2004, manifestó:

---

[161] DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. En : Revista de Derecho público. Universidad de los Andes. 17 (2004). p. 135. Disponible en https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub145.pdf.

[162] MONSALVE CABALLERO. "El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: visión desde el derecho europeo." *Op. cit.,* p. 267.

[163] CORTE CONSTITUCIONAL. 19 de febrero de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-131/04. CORTE CONSTITUCIONAL. 16 de julio de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. T-472/09. CORTE CONSTITUCIONAL. 4 de julio de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. T-424/17. CORTE CONSTITUCIONAL. 22 de noviembre de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. T-453/18.

> En suma, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático[164].

Como bien señala María José Viana, el reconocimiento de la confianza legítima como un principio constitucional "lo erige como un límite a la actuación de la Administración"[165] que, en consecuencia, sirve como garantía para los ciudadanos que establecen relaciones con esta.

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, mediante el principio de confianza legítima no se trata de amparar los derechos adquiridos, sino las expectativas válidas que los particulares puedan tener por las actuaciones de la Administración. En consecuencia, mediante la confianza legítima se protegen situaciones que se encuentran a medio camino entre los conceptos de derechos adquiridos y las meras expectativas[166]. Respecto de la diferencia entre estas últimas y las expectativas legítimas Gabriel Valbuena ha señalado:

> Los conceptos de "meras expectativas" y "expectativas legitimas" representan ideas totalmente distintas. Mientras las primeras corresponden a aquellas esperanzas o creencias que gravitan en el fuero intimo del administrado rodeadas de una gran incertidumbre por haber nacido en el imaginario de quienes abrigan la ilusión de alcanzar su realización, las segundas se instituyen a partir de unos hechos inequívocos, objetivos y concluyentes, a partir de los cuales resulta completamente razonable adivinar que su concreción va a producirse de manera

[164] CORTE CONSTITUCIONAL. 19 de febrero de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-131/04.

[165] VIANA CLEVES. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. *Op. cit.,* p. 168.

[166] DE VIVERO ARCINIEGAS. "La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal". *Op. cit.,* p. 123.

> inexorable. Dichas expectativas no tienen en consecuencia nada de quimérico ni de delirante, al estar muy próximas al dominio de los derechos y desde luego muchísimo más distantes de las meras expectativas. Se trata en suma de derechos imperfectos que, o bien se encuentran en proceso de consolidación y perfeccionamiento, o al menos permiten presagiar que la modificación del statu quo no va a darse en forma repentina y fulminante[167].

Así las cosas, es dable afirmar que mediante el principio de confianza legítima se protegen las expectativas, que podrían llamarse realistas, sobre la consolidación de un derecho en cabeza de un particular que tenía elementos que le permitían considerar su logro como un hecho, cuando son truncadas por una actuación de la Administración que resulta contraria a su usual proceder.

Lo anterior implica, como lo reconoce Gabriel Valbuena, que la teoría de la *chance* ha servido precisamente para indemnizar el truncamiento de expectativas justificadas por el hecho de un tercero, razón por la que este autor afirma que "cuando existe una probabilidad cierta y razonable de que se concreten las expectativas legitimas, su frustración encierra la pérdida de una oportunidad que debe indemnizarse, siempre que el daño causado pueda calificarse de antijurídico" [168].

El Consejo de Estado colombiano ha establecido la existencia de responsabilidad del Estado por la frustración de las expectativas legítimas mediante la reparación por el perjuicio por pérdida de oportunidad y ha considerado que este "constituye una pérdida de ganancia probable –dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar

[167] VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima: esbozos de una temática en construcción. En :La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo., ed. Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Garzón Ospina, 1a. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 712 – 713.

[168] Ibid., p. 731.

una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no"[169].

Como lo advierte Tatiana Guechá, en el derecho francés el desconocimiento de las expectativas legítimas no es reconocido como generador de responsabilidad del Estado en la misma forma que en el caso colombiano[170]. Sin embargo, en la medida en que dichas expectativas implican un interés o un derecho futuro sí pueden ser reparadas cuando exista certidumbre sobre su producción[171]. Al respecto, la autora señala:

> Por tanto, esta es la razón por la que, en la mayoría de los casos, cuando las expectativas legítimas se frustran, el daño que se producirá en el futuro es indemnizado ya que una expectativa responde a los intereses en proceso de consolidación, de manera que lo que se cuestiona es la pérdida de la posibilidad de obtener un beneficio o de consolidar un derecho en el patrimonio de una persona por la acción del Estado. Este es el caso, por ejemplo, cuando a una persona se le prohíbe ilegalmente participar en un concurso administrativo.
>
> Sin embargo, cabe aclarar que, si bien las esperanzas se basan principalmente en daños futuros, en algunos casos el juez administrativo no reconoce la pérdida de la oportunidad, sino los costos incurridos por la víctima[172].

De acuerdo con lo analizado por Guechá, aunque en el ordenamiento francés no existe un principio transversal como el de la confianza legítima, como sí existe en el régimen colombiano, sí se ofrecen garantías a los intereses de los particulares que no son derechos adquiridos[173], tanto mediante la responsabilidad por falta, por promesas incumplidas por

---

[169] CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967. CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 24.559.

[170] GÜECHA TORRES, Jessica Tatiana. Les Espérances Légitimes : une étude comparée des systèmes juridiques français et colombien. (Paris II Panthéon - Assas, 2020.). p. 95.

[171] Ibid., p. 96.

[172] Ibid., p. 97.

[173] Ibid., p. 102.

la Administración, entre otros, como en la responsabilidad sin falta, por ejemplo, hechos derivados del legislador.

Así las cosas, a pesar de las diferencias, tanto en el régimen jurídico colombiano como en el francés, la teoría de la pérdida de la oportunidad sirve como un mecanismo para la protección de la confianza que resulta quebrantada como consecuencia de una actuación de la Administración contraria a lo que debería ser su proceder.

Por último, es necesario agregar que, dado que a la Administración le corresponde la obligación de respetar y mantener en el Estado de derecho, cuando un particular está en proceso de establecer una relación contractual con esta espera y confía en que habrá un riguroso cumplimiento de los principios de legalidad y buena fe, creencia que le genera una expectativa legítima de que podrá hacerse contratista de la Administración y acceder a una utilidad económica, mediante la ejecución cumplida de las obligaciones que adquiera, si cumple él igualmente con lo exigido en las normas y lo solicitado por la entidad respectiva para la contratación. El rompimiento de esta confianza así legitimada en el deber de las instituciones de respetar la Constitución y la Ley y de no venir contra sus propios actos hace que surja el deber de reparar, incluso a pesar de que no se haya alcanzado a establecer una relación contractual.

1.4. *Culpa in contrahendo*

La responsabilidad precontractual necesariamente implica la inexistencia de un contrato, una ausencia de un vínculo obligatorio previo entre las partes, bien porque aún no se había superado la fase de negociaciones o bien porque no se cumplieron los requisitos de

perfeccionamiento del acuerdo[174], lo que da lugar a que se pueda reputar su nulidad o inexistencia.

La aplicación de la responsabilidad como consecuencia de la ausencia de vínculo contractual tuvo su origen en Alemania bajo el concepto de *culpa in contrahendo* desarrollado en 1861 por Rudolf von Ihering, que correspondía con la hipótesis de un contrato que devenía nulo por vicios en el período de formación e imputables a una de las partes[175]. De acuerdo con esta teoría, "los daños deben ser recuperables contra la parte cuya conducta reprochable durante las negociaciones de un contrato provocó su invalidez o impidió su perfección"[176].

Ihering distinguió los intereses contractuales en positivo y negativo: el primero, en el que se parte de un contrato válido, que interesa conservar y ejecutar y, por cuyo fundamento, quien no pueda hacerlo, y por ello resulte lesionado, podría solicitar la ejecución o una indemnización equivalente al beneficio económico que recibiría con la realización normal del acuerdo; el segundo, el interés negativo, tiene como fundamento la nulidad del acuerdo que lesiona la confianza que tenían las partes en la validez del mismo y tendría como consecuencia la pérdida de una utilidad, por lo que el resarcimiento se limita, según sea el caso, a la restitución de la cosa entregada, al mayor valor de la cosa respecto del precio de venta, los gastos realizados en la celebración del contrato y la pérdida de otras oportunidades[177].

---

[174] SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones. En : Revista chilena de derecho 40, Núm. 1 (2013). Disponible en https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000100012. p. 318.

[175] MANZANARES SECADES, Alberto. La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. En : Anuario de Derecho Civil 38, Núm. 4 (1985) 979–1010. p. 985. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46648.

[176] KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. En : Harvard Law Review 77, Núm. 3 (1964). p. 401. Disponible en https://doi.org/10.2307/1339028.

[177] MENDIETA, Jaime. Culpa in contrahendo. Historia, evolución y estado actual de la cuestión. En : Revista E-Mercatoria 10, Núm. 2 (2011). p. 45. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048.

Si bien Ihering enmarcaba el concepto de *culpa in contrahendo* en la responsabilidad contractual[178], su teoría superó las fronteras alemanas de la ley de contratos[179] y su postulado inicial evolucionó al punto que ya no se restringe a los problemas de nulidad de los acuerdos en la forma inicialmente planteada por el autor.

En la actualidad, la culpa *in contrahendo* aplica, en general, para las situaciones relacionadas con lo que se conoce como *tratativas preliminares*, esto es los actos, tratos o conversaciones preliminares a la celebración del contrato, que están ligados por unas reglas con miras a asegurar una protección contra la mala fe. Así lo reconoce el Consejo de Estado colombiano, que, además de usar constantemente de manera sinónima la expresión acuñada por Ihering a la de responsabilidad precontractual[180], ha señalado:

> Los tratos preliminares no son indiferentes o intrascendentes para el derecho, no solo porque formado el contrato lo integran y orientan su interpretación (1618 y siguientes del CC), sino porque quienes se encuentran en su fase de formación deben observar las reglas de conducta inspiradas en los deberes de lealtad y corrección en el tráfico jurídico. Durante el desarrollo de esos actos, tratos o conversaciones las partes están obligadas por unas reglas jurídicas que tiene como fin asegurar protección contra la mala fe, la ligereza de su contraparte o el abuso de su libertad para concluir o no el contrato. Esa reglas (*sic*) suponen que una interrupción intempestiva o una ruptura abrupta y sin justificación alguna de las negociaciones previas al contrato pueden genera (*sic*) una responsabilidad extracontractual por culpa in contrahendo, que da derecho a

[178] MANZANARES SECADES. "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo". *Op. cit.,* p. 986 y 987, SAN MARTÍN NEIRA. "Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones". *Op. cit.,* p. 320 y BORDA. "La buena fe en la etapa precontractual". *Op. cit.,* p. 51.

[179] KESSLER y FINE. "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study". p. 401.

[180] Ejemplo de ello son las sentencias: Exp. 31.297 del 26 de noviembre de 2014 en la que se indica expresamente "responsabilidad precontractual (culpa *in contrahendo)*"; Exp. 20.764 del 26 de junio de 2015 y Exp. 59530 del 5 de julio de 2018, en las que se lee "en el ámbito de la culpa *in contrahendo,* o de la responsabilidad precontractual"; Exp. 44.713 del 3 de julio de 2020, en la cual se utiliza la expresión "responsabilidad –precontractual o *in contrahendo*"; y el auto del 11 de mayo de 2020 del Exp. 58.562, en el que se hace referencia a la *"*responsabilidad por culpa *in contrahendo"* aludiendo a la responsabilidad extracontractual derivada de actos previos a la suscripción de un contrato. No obstante, llama la atención la Sentencia Exp. 21.324 del 12 de junio 2014 en la cual se destacó que "desde la óptica moderna del derecho de daños se ha dejado de lado la noción de culpa *in contrahendo* para hablar más propiamente del daño *in contrahendo"*, expresión ésta última que ya había sido utilizada antes en la sentencia Exp. 13.405 del 7 de junio de 2001, en la cual se indica "responsabilidad precontractual o por daño *in contrahendo*".

> una indemnización por el daño consecuencia de la frustración del negocio jurídico por la violación del "principio y deber" de actuar de buena fe[181].

La ampliación de la teoría de la *culpa in contrahendo* a las tratativas preliminares permite proteger los intereses patrimoniales que surgen durante la preparación de un acuerdo contractual, cuya afectación puede causar tantos perjuicios como el incumplimiento del contrato[182], tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado[183] y la doctrina colombiana[184]. Por esta razón, se considera necesario y justificado amparar a quien llevó a cabo las negociaciones de manera seria y diligente, confiando en que la otra parte actuaba de la misma forma.

El reconocimiento de la necesidad de reparar los daños que se causen en la etapa precontractual llevó a la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en los casos en los que se frustra la posibilidad de obtener una ganancia, mediante la ejecución de un contrato estatal.

Sobre la aplicación de la pérdida de la *chance* en la responsabilidad precontractual, la profesora Brenda Salas señaló:

---

[181] CONSEJO DE ESTADO. 28 de febrero de 2020. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. 31.628.

[182] No obstante, debe tenerse presente que en Francia, que junto con Inglaterra fue cuna de la teoría de la pérdida de la oportunidad, y cuyos tratadistas servirán de guía en este trabajo, la doctrina se rehúsa a aceptar la teoría de la culpa in contrahendo. Se considera que la frustración de una negociación no es en sí misma reprochable sino simplemente la manifestación de la libertad contractual, que permite a cada quien decidir si desea o no contratar, aunque se reconoce que la no celebración de un contrato puede causar daños a una de las partes, que buscará una indemnización. Para estos casos, la jurisprudencia francesa utiliza el régimen de responsabilidad extracontractual de responsabilidad precontractual. SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en droit français. En : Revue internationale de droit comparé 42, Núm. 2 (1990). p. 547 -548. Disponible en https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1979.

[183] "(…) *la confianza y por ende la indemnización de perjuicios que se causen a la otra parte por la frustración del negocio jurídico tenido en mente y al cual inequívocamente se referían las partes debe ser protegida por la vía del derecho de daños aún en la etapa de los denominados tratos preliminares. Así las cosas y teniendo presente que la entidad demandada entró en tratos preliminares con miras a la celebración de un negocio jurídico, no puede predicarse que se sustraiga de aquellos deberes de corrección y lealtad exigibles de todos aquellos que participan del tráfico jurídico en ejercicio de la autonomía privada*". CONSEJO DE ESTADO. 29 de enero de 1998. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.099.

[184] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. p. 165.

> Respecto de aquellos eventos, en los que la oportunidad estaba destinada a existir, varias situaciones pueden ser tenidas en cuenta. A título de ejemplo podemos señalar hipótesis como los esponsales, en los que una persona se ha comprometido en matrimonio con otra y sucede un accidente y finaliza esa oportunidad. Otro ejemplo se presenta cuando se han iniciado negociaciones en vista de concluir un contrato, el cual no puede ser concluido debido a que un tercero por maniobras fraudulentas se apropió del negocio.
>
> Este perjuicio admitido por la jurisprudencia francesa es transversal a todas las ramas del derecho en el campo de la responsabilidad civil contractual y delictual. En el período contractual el perjuicio se ha analizado en las diferentes fases: la responsabilidad precontractual, contractual y poscontractual. Así, este perjuicio ha cobrado gran importancia en el área precontractual, es decir, en el período de formación del contrato en donde las partes deben comportarse lealmente y de buena fe. En ese sentido, si una de las partes decide romper abusiva y brutalmente las negociaciones previas, comprometerá su responsabilidad delictual. En efecto, al descomponer el perjuicio precontractual podemos identificar a la pérdida sufrida y la ganancia faltante (lucro cesante). El primero evoca todas "las pérdidas provocadas por la ruptura de negociaciones, se asimilan a los gastos comprometidos", el segundo hace referencia a la ganancia faltante, la posibilidad para la víctima de tener provecho del contrato proyectado[185].

Así mismo, Juan Carlos Henao expone:

> (…), los demandantes pueden quejarse de haber perdido la oportunidad de obtener un contrato. En efecto, cuando una sociedad sufre un perjuicio por el hecho de haber sido excluida de todas las licitaciones públicas organizadas en una región, el juez toma en cuenta 'los beneficios que habría podido obtener con los contratos que habría podido ganar', pues en estos casos el acto administrativo ilegal la excluyó de la posibilidad de obtener adjudicaciones de contratos. (…) Es también el evento en el cual el 'contratista' es asaltado en su buena fe en la etapa precontractual, porque la 'confianza y por ende la indemnización de perjuicios que se causen a la otra parte por la frustración del negocio jurídico tenido en mente y al cual inequívocamente se referían las partes debe ser protegida por la

[185] SALAS PASUY, Brenda. La pérdida de oportunidad y la propiedad intelectual: Una mirada desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa. En : Revista la Propiedad Inmaterial, Núm. 15 (2011). p. 194 - 195. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3005.

vía del derecho de daños aún en la etapa de los denominados tratos preliminares[186].

La protección de las oportunidades perdidas en la etapa precontractual pretende reparar el daño causado a quien aspiraba a obtener una utilidad a través de la ejecución de un contrato y ve cercenada dicha posibilidad como consecuencia de un actuar contrario al principio *neminem laedere* de parte de quien, se esperaba, fuera el contratante del bien o servicio ofrecido.

Como se verá a continuación, la doctrina de la pérdida de la oportunidad se ha incorporado en la jurisprudencia de diversos ordenamientos jurídicos, tanto en el derecho privado como en el público, aunque con matices sobre su naturaleza y efectos resarcitorios.

2. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La doctrina de la pérdida de la oportunidad, "*perte de chance"* o *"loss of chance"*, tuvo origen en el derecho francés y en los países del *common law* a finales del siglo XIX e inicios del XX[187]. Su aplicación se fue extendiendo progresivamente a Canadá, Italia, países latinoamericanos, es utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso se encuentra en directivas comunitarias en materia de procedimientos de contratación[188].

La progresiva acogida de la doctrina de la pérdida de la *chance* en diferentes ordenamientos jurídicos se puede explicar por el sentido de justicia intrínseco a esta teoría como sustento del deber de reparar. A través de esta doctrina se intentan resolver

[186] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 164-165.

[187] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Op. cit.,* p. 130.

[188] MEDINA ALCOZ. "La teoría de la pérdida de oportunidad". *Op. cit.,* p. 104.

aquellos casos en los que aparece de forma más o menos evidente que, como consecuencia de un hecho dañino se produjo un resultado indeseado e injustificado, aun cuando no se pueda demostrar de forma igualmente evidente que por dicha actuación no se logró la ventaja esperada.

Como resalta Luis Medina Alcoz, la solución que resulta de su aplicación corresponde con la preferida por la conciencia jurídica y social en cuanto expresión de una sensibilidad justicial y encaja con lo que, en el sentir general, es concebido como justo, en la medida que se trata de casos que no encuentran una solución resarcitoria bajo el modelo tradicional de causalidad[189].

Aunque no existe una definición única sobre lo que se considera justo, el régimen de responsabilidad encuentra su fundamento en el concepto aristotélico de justicia correctiva, por el cual se exige que quien causa un daño debe repararlo[190]. En esta medida, si con la limitación de la posibilidad de acceder a un beneficio o evitar un perjuicio se causa una lesión a una persona, esta debe ser objeto de reparación. No hacerlo sería opuesto al fundamento de la responsabilidad y, por lo tanto, sería considerado injusto por quien sufrió la frustración.

Esta doctrina es un desarrollo de los principios de legalidad e igualdad que constituyen un fundamento del deber de reparar el truncamiento de las oportunidades, especialmente en el ámbito de la responsabilidad precontractual administrativa. De acuerdo con la profesora francesa Maryse Deguergue, "(…) la esperanza de obtener una ventaja futura está fundada no solamente sobre la igualdad en el derecho a competir con otros, que estén igualmente interesados en la misma ventaja, sino también sobre la igualdad de

[189] MEDINA ALCOZ. "La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán)". *Op. cit.,* p. 48 y 49.

[190] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* 61-63.

oportunidades de conseguirla, en tanto las reglas de derecho son idénticas para todos los aspirantes y que ellos están ubicados en las mismas condiciones para competir"[191].

Así las cosas, si todos los que ofrecen sus servicios al Estado son iguales y les cobijan las mismas normas para la escogencia, lo que procede es una aplicación de estas en condiciones de igualdad, sin privilegios, ni preferencias distintas a las que estén previamente definidas en las reglas de juego conocidas y aceptadas por todos en el marco de la competencia.

El Consejo de Estado colombiano ha definido de manera general la pérdida de la oportunidad como el daño que sufre quien ve frustrada la posibilidad de obtener una ventaja o de evitar un menoscabo. Al efecto, ha señalado:

> (…) la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial[192].

De acuerdo con el mismo Tribunal, la pérdida de la oportunidad puede aparecer de dos formas, según sea el tipo de resultado apetecido[193]:

---

[191] DEGUERGUE, Maryse. La perte de chance en droit administratif, en L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, ed. Geneviève Koubi y Gilles J Guglielmi Paris : Éditions La Découverte, 2000. p. 199. Disponible en https://www.cairn.info/l-egalite-des-chances--9782707131324-page-197.htm.

[192] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[193] Se considera que "*la pérdida de oportunidad* aparece a primera vista como una noción contradictoria, *una especie de ion con un polo positivo y uno negativo"*. DEGUERGUE, "La perte de chance en droit administratif". *Op. cit.,* 198. Esta conceptualización debe distinguirse de la que hace Luis Medina cuando utiliza la referencia de los extremos negativo y positivo, pues, en este caso, se alude al grado de incertidumbre causal: "El ámbito de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad queda, pues, acotado entre dos extremos, uno negativo y otro positivo. Constituido el primero por la nula probabilidad que comporta una mera posibilidad, y constituido el segundo por una alta probabilidad que se

> Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo **-***chance de gain***-** y otro negativo **-***chance d´éviter une perte***-**. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado[194].

Cabe aclarar que cuando se habla de oportunidad no se está ante un derecho adquirido; no se trata de una situación definida y consolidada por cuya existencia pueda reputarse que el derecho ya hace parte del patrimonio del afectado. De igual forma, la *chance* tampoco corresponde a una mera expectativa[195]; quien se considere indebidamente afectado por una actuación alejada de la norma y exija reparación por ello, tendrá que demostrar que la posibilidad de consolidar la ventaja esperada fue truncada definitivamente y que no podrá obtener el beneficio en el futuro.

El concepto de oportunidad en esta doctrina es, por definición, aleatorio[196]. La aleatoriedad constituye el denominador común al conjunto de aplicaciones de esta teoría[197]. No es posible saber con certeza si el beneficio esperado por la víctima, o el perjuicio que quería evitar, definitivamente habría sido logrado aún teniendo la oportunidad, razón por la cual tampoco se puede determinar de forma totalmente segura si la falta fue efectivamente la causa de la no obtención de la ventaja anhelada.

---

convierte en razonable certeza". MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. *Op. cit.,* p. 88.

[194] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

[195] "Las meras expectativas consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad. En las meras expectativas, resulta probable que los presupuestos lleguen a consolidarse en el futuro". CORTE CONSTITUCIONAL. 1 de abril de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. C-242/09.

[196] GRAVELLIER, Maxime. La réparation du préjudice de perte de chance. 1a ed. Deutschland : Éditions universitaires européennes, 2014. p. 8.

[197] MINET. *La perte de chance en droit administratif*. *Op. cit.,* p. 33.

La incertidumbre intrínseca a la producción del resultado que se podría producir a través de la oportunidad truncada ha generado una división entre académicos y jueces respecto a esta doctrina. Por una parte, hay quienes consideran que esta teoría es un instrumento de facilitación probatoria del nexo causal que sirve para justificar la reparación ante la ausencia de una conexión entre el hecho imputado y el daño finalmente producido. Por otra parte, están quienes afirman que la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo, en tanto se considera que lo que se repara es la frustración de la posibilidad de obtener un resultado, mas no este último en sí mismo. A continuación, se presentarán los argumentos de estas dos posiciones.

2.1. La pérdida de la oportunidad como elemento de causalidad

La teoría de la pérdida de la oportunidad se ha entendido como un mecanismo de alivio de la carga probatoria y facilitación de la prueba del nexo causal[198] al que se acude en los casos en que este no está demostrado fehacientemente y por lo cual se pueda llegar a soluciones injustas[199].

Uno de los principales defensores de esta postura es el doctrinante español Luis Medina Alcoz para quien la doctrina de la pérdida de oportunidad es un cálculo de probabilidad[200].

[198] GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba de la causalidad en pleitos de daños y "Pérdida de oportunidad". En : Derecho de daños, ed. Mariano José Herrador Guardia Madrid : Sepin, 2011. p. 18. Disponible en https://www.academia.edu/download/47839898/NEXO_CAUSAL._.pdf. y GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad. En : Revista Aragonesa de Administración Pública, Núm. 45–46 (2015). p. 36. Disponible en https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5444228.

[199] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 292.

[200] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. *Op. cit.,* p. 107.

Este autor, partiendo de la base de la inexistencia de la oportunidad como bien patrimonial[201], afirma:

> El problema de la chance es, pues, no el de la pérdida de un bien independiente respecto del perjuicio final, sino el de la ausencia de datos y pruebas suficientes con que resolver adecuadamente el juicio al hecho de la causalidad.
>
> (…), la regla de responsabilidad probabilística contenida en la doctrina de la chance constituye un sistema alternativo de imputación que, en hipótesis de incertidumbre causal estricta, afirma causalidades parciales o probabilísticas para reconocer indemnizaciones que computan la posibilidad de que el agente dañoso no fuera autor material del menoscabo.
>
> (…) Se admite así, abiertamente, que la teoría de la chance utiliza una concepción causal que computa la complejidad de la realidad para reconocer una reparación dosificada en función de un cálculo de probabilidades. (…) la adjudicación del rango resarcible a daños que son sólo posibles o hipotéticos no socava estrictamente el terreno de la causalidad, sino que lo perfecciona, dado que interioriza en su seno el cálculo de probabilidades, estableciendo una correlación probabilística entre el hecho generador de la responsabilidad y el perjuicio padecido[202].

De acuerdo con esta postura, lo que debe probarse en el juicio de responsabilidad es el grado de probabilidad de existencia del nexo causal entre el hecho generador de responsabilidad y lo que Medina identifica como el daño *final*, entendido este como la pérdida de la ventaja y no como la oportunidad en sí misma[203].

Varios tratadistas colombianos comparten la postura de Luis Medina. Entre ellos se encuentran Ramiro Saavedra, Enrique Gil y Hugo Arenas, quienes consideran que la pérdida de la oportunidad plantea un problema de tipo causal.

---

[201] MEDINA ALCOZ. "La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán)". *Op. cit.,* p. 24.

[202] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. *Op. cit.,* p. 413-414.

[203] *"La ventaja apetecida e inobtenida suele catalogarse como 'final' para diferenciarla de la posibilidad misma de que disponía la víctima en cuanto a su consecución. A su vez, la pérdida de esa ventaja puede denominarse 'daño final' para distinguirla del perjuicio que consiste en la pérdida de la* chance*".* MEDINA ALCOZ. *Op. cit.,* p. 63. Nota al pie 44.

Al respecto, Ramiro Saavedra señala:

> De modo que, aunque cuando la jurisprudencia nacional no la considere así, la pérdida de la oportunidad, incluso considerada como daño autónomo, puede tratarse como una (*sic*) mecanismo que aligera la carga de la prueba del demandante, pues no se esperará de este la prueba de un perjuicio completamente cierto, sino a lo sumo la prueba de una oportunidad que se vio truncada, y así obtendrá indemnización, claro está, por la oportunidad de curación pérdida (*sic*) y no por un perjuicio cierto y absolutamente consolidado[204].

En el mismo sentido, Hugo Arenas afirma que "La teoría de la pérdida de oportunidad cobra gran importancia para este escrito, puesto que puede utilizarse como teoría causal en aquellos supuestos en los que no se prueba por completo la existencia del nexo causal"[205].

Por su parte, Enrique Gil indica:

> (…), la pérdida de oportunidad no puede analizarse con la perspectiva del daño, puesto que no constituye un daño autónomo (las oportunidades restadas), sino que constituye un elemento para aligerar el curso causal, sirve como instrumento para establecer la indemnización a partir de los porcentajes que científicamente estén acreditados en el proceso judicial, en los cuales se hayan disminuido los 'chances' de recuperación[206].

Al igual que estos doctrinantes, Diego Herrera, en su trabajo de investigación sobre esta controversia, concluyó lo siguiente:

> (…) la teoría de la pérdida de oportunidad propone que cuando el nexo causal se torne difuso, el estándar probatorio que aplique no sea el pleno convencimiento, sino la causa probable.

---

[204] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 480.

[205] ARENAS MENDOZA. El régimen de responsabilidad subjetiva. *Op. cit.,* p. 295.

[206] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 671.

> En este orden de ideas, la teoría de la pérdida de lo oportunidad hace referencia a que la prueba idónea para acreditar la existencia del nexo de causalidad será un cálculo de probabilidades; claro está, el ejercicio de acreditar no arrojará un 100% de certeza por lo explicado anteriormente[207].

De acuerdo con estas consideraciones, la incertidumbre sobre la realización de la ventaja esperada representa una dificultad para establecer la causalidad entre la conducta lesiva y el beneficio no alcanzado[208]. Por esta razón, mediante la doctrina de la *chance*, se logra flexibilizar el estándar probatorio permitiendo la acreditación del nexo causal a través de un cálculo de probabilidades que de cuenta de los porcentajes en que se afectó la posibilidad de lograr el beneficio y en cuya proporción se reconoce la reparación.

Tal como ocurre con la posición alternativa que considera que la oportunidad es un daño autónomo, la calificación de la doctrina de la *chance* como un criterio de causalidad ha sido blanco de críticas y cuestionamientos. Para François Chabas, esta interpretación es una "desviación de la teoría". Según este autor, a pesar de la incertidumbre intrínseca al resultado, para que esta doctrina sea aplicable debe demostrarse un vínculo de causalidad entre la conducta del agente y la posibilidad truncada y no entre aquella y la ventaja no lograda. Al respecto, señala:

> Tomemos entonces un ejemplo de la desnaturalización de la teoría. Proviene de una sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte de casación, del 27 de marzo de 1973: un cirujano no verifica que esté vacío el estómago de su paciente, cuya vida no está en peligro a corto plazo, pero que va a ser operado. El enfermo muere. Tal vez a causa de esa omisión; tal vez por causas naturales. El

---

[207] HERRERA MONTAÑEZ, Diego Alejandro. El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad (Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016.). p. 132. Disponible en http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12539.

[208] "*La cuestión de fondo es la imposibilidad de afirmar la certeza del daño o, lo que viene a ser lo mismo, la de apreciar el nexo causal entre la pérdida de la utilidad deseada (por ej., el contrato administrativo o el puesto en la función pública) y la irregularidad administrativa (…). La aleatoriedad intrínseca que esto conlleva imposibilita llegar a la conclusión de que, de haberse tramitado limpiamente el procedimiento, el recurrente había obtenido el bien auspiciado".* MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Navarra, España : Thomson Civitas, 2005. p. 201.

> médico es condenado por haberle hecho perder las posibilidades (oportunidades) de sobrevivir. ¿Qué hay de erróneo en la sentencia? Primero, que el paciente tenía todas sus posibilidades de sobrevivir al momento de la culpa médica. No puede decirse entonces que él sólo ha perdido oportunidades de sobrevivir. Él ha perdido la vida. Es un punto esencial: para que pueda hablarse de pérdida de una oportunidad, se requiere que el enfermo no tuviera más que eso al momento de ocurrir la culpa médica. Pero se requiere además, para que la condena sea concebible, que el vínculo de causalidad entre ese daño y la culpa sea seguro, y es este el segundo error de la sentencia: no se sabía si era por la culpa del médico que el paciente había perdido esas pseudo – oportunidades.
>
> Semejante desviación de la teoría de la pérdida de una oportunidad ha sido claramente condenada por la primera sala civil en una sentencia del 17 de noviembre de 1982, que es considerada por los comentaristas como un cambio de jurisprudencia.
>
> Para esta sentencia, el juez que no puede establecer un vínculo de causalidad entre la culpa y la muerte, no puede contentarse con una condena por la pérdida de la oportunidad de sobrevivir. Esta noción, agrega el fallo, sólo puede concernir la evaluación del perjuicio. ¿Qué quiere decir esta sentencia? Que la pérdida de una oportunidad es un perjuicio que se evalúa en función de las oportunidades de sobrevivir que tenía el paciente. Con esto claro, la condena sólo procede si existe prueba de que la culpa médica ha causado la pérdida de esas oportunidades[209].

Otra crítica a la consideración de la doctrina de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación causal es la expresada por Luis Felipe Giraldo, quien señala:

> Así las cosas, un tema es la incertidumbre que rodea al daño de la pérdida de la oportunidad, por no poder determinarse si la ventaja esperada se habría conseguido, o si el perjuicio se habría evitado, y otro es el de la falta de certeza sobre la causa que dio origen a ese daño, de tal manera que la utilización de la figura de la pérdida de la oportunidad para ocultar la dificultad de la prueba de la relación de causalidad no es de recibo.
>
> (…) De este modo, si bien es cierto que la figura de la pérdida de oportunidad encierra en su concepto un aire de incertidumbre en cuanto a que no se sabrá nunca a ciencia cierta si la ganancia o el beneficio esperado se habrían producido, tal situación debe ser abordada desde la óptica del daño, y no desde la esfera de

[209] CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 31.

> la imputación, máxime si, como ha quedado demostrado en párrafos anteriores, existe una clara obligación de acreditar el nexo causal[210].

De acuerdo con estas críticas, la existencia de la incertidumbre como elemento propio de la oportunidad perdida no sería suficiente para romper uno de los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual, tanto civil como administrativa: el requerimiento de la acreditación del nexo causal entre la actuación y el daño para que surja el derecho a la reparación y, en consecuencia, es exigible su demostración en el juicio de responsabilidad, aún con las dificultades que plantea la prueba de esta conexión en los casos de responsabilidad médica. Así las cosas, la prueba de la causalidad, en los casos de pérdida de oportunidad, habrá de hallarse entre el hecho dañino y la oportunidad truncada, dado que esta última es el daño propiamente dicho.

2.2. La pérdida de la oportunidad como daño autónomo

Mediante esta postura se considera que la pérdida de una oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio es, en sí misma, una forma especial de perjuicio[211]. Entre los principales defensores de esta posición se encuentra el doctrinante François Chabas quien considera que "el perjuicio no es la pérdida de "ventaja esperada" (del resultado esperado) sino la pérdida de las posibilidades (de la "oportunidad") o "*chance*") (*sic*) que se tenían de lograr ese resultado"[212], y añade que "el perjuicio es la desaparición de un simple potencial de oportunidades"[213].

---

[210] GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 240-241.

[211] CHABAS, "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 21.

[212] Ibid.*,* p. 18.

[213] Ibid.*,* p. 25.

Sobre este aspecto, Luis Felipe Giraldo Gómez señaló que "el daño denominado 'pérdida de oportunidad' constituye un daño que, a pesar de no poder ser considerado en estricto sentido como un derecho subjetivo, sí puede llegar a generar consecuencias nocivas en el patrimonio de la víctima, y por ello, una vez determinado que se dan todos sus presupuestos, merece ser protegido y debe ser finalmente reparado"[214].

Esta postura es la actualmente defendida por el Consejo de Estado colombiano que considera que las esperanzas de recibir un beneficio o de evitar un daño son un bien jurídico sujeto de protección[215] y reconoce a la *chance* como un daño autónomo a partir del cual se pueden generar perjuicios que ameritan ser indemnizados[216]. En la Sentencia del 11 de agosto de 2010, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo delimitó el concepto de la pérdida de *chance* como una modalidad particular de daño, donde lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, cada uno como rubros distintos de la lesión. Al respecto, manifestó:

> (…), con el fin de precisar los alcances de la noción de "pérdida de oportunidad" conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el "chance" constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

---

[214] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 130.

[215] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1873.

[216] PLATA PRINCE, Luis Carlos. La naturaleza de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños. 1a ed. Bogotá D. C. : Grupo Editorial Ibáñez, 2019. *Op. cit.,* p. 166.

> La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que este no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del 'chance' en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida 'tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a el', para su determinación[217].

De acuerdo con lo anterior, para el Consejo de Estado colombiano el daño por pérdida de oportunidad no corresponde al resultado que no se obtiene, sino a la frustración de la posibilidad de alcanzarlo que, al ser importante en sí misma, es indemnizable y adquiere mayor relevancia a mayores probabilidades de lograr efectivamente la ventaja esperada.

Quienes defienden la postura según la cual la oportunidad es un daño autónomo consideran igualmente que dado que lo perdido no es la ventaja esperada sino apenas la posibilidad de alcanzar un beneficio, lo cual entraña un elemento aleatorio, el valor de la reparación de dicho daño no puede corresponder con el de la ventaja, sino que la oportunidad en sí misma tiene un valor que es el que resulta indemnizable, dado que ello fue lo perdido. En este sentido, para Brenda Salas, "la reparación del perjuicio no puede corresponder a la totalidad de la ventaja esperada porque por definición el valor de la oportunidad será medida en función de la oportunidad perdida"[218].

Al respecto, el abogado francés Maxime Gravellier señala:

> Por tanto, 'los jueces no pueden evitar tomar en consideración el alea que incide en la consecución de la oportunidad perdida'. Lo que justifica, por tanto, que la pérdida de oportunidad no pueda compensarse hasta el daño final, es que constituye un daño específico e independiente respecto al daño final. (…).

---

[217] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[218] SALAS PASUY. "La pérdida de oportunidad y la propiedad intelectual: Una mirada desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa". *Op. cit.,* p. 202.

> Entonces es justo decir que la reparación del perjuicio de pérdida da lugar a una reparación integral, igual al valor de la oportunidad perdida. Decidir lo contrario sería negar la existencia misma de la pérdida de oportunidad como daño resarcible [219].

La doctrina nacional respalda esta postura. Al respecto, Ramiro Saavedra señala que "la reparación 'debe ser la medida de acuerdo con la oportunidad perdida', y no 'con la ventaja que hubiera procurado esta oportunidad, si ella se hubiera realizado'"[220].

Entre los principales críticos de la consideración de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo se encuentra Luis Medina Alcoz, quien la denomina "teoría ontológica de la chance"[221]. No obstante, se resalta que este mismo autor, luego de hacer un estudio sobre los distintos grados en los que se mueve esta postura, reconoce que mediante esta posición se logra explicar el surgimiento del deber de reparar sin contradecir la teoría de la causalidad:

> (…) las teorías ontológicas de signo patrimonial fundamentan un derecho resarcitorio en supuestos de incertidumbre causal ajustándose así al sentido material de justicia que, en algunos casos, parece exigir una reparación proporcionada a las probabilidades de que el hecho ilícito ocasionara el daño; y lo hace, además, sin cuestionar la teoría general de la causalidad. Al configurar la chance como una cosa cuya pérdida produce un daño patrimonial, actual y emergente, consiguen explicar el surgimiento del derecho a indemnización sin contradecir los postulados básicos del Derecho de daños en materia de nexo causal[222].

A pesar de este reconocimiento, como parte de su crítica a esta postura Medina afirma lo siguiente:

---

[219] GRAVELLIER. La réparation du préjudice de perte de chance. *Op. cit.,* p. 54.

[220] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 1871.

[221] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. *Op. cit.,* p. 349.

[222] Ibid*.,* p. 371.

> (…) Sin embargo, la premisa de la que parten estas doctrinas no puede aceptarse lógicamente. A mi juicio, no cabe configurar las probabilidades de consecución de una ventaja como una propiedad que, integrada desde el principio en el patrimonio económico de la víctima, fue privada o destruida irremediablemente por el agente dañoso.
>
> Si fuera cierto que la chance puede existir como propiedad previa o anterior, para determinar su realidad habría de examinarse el patrimonio económico del perjudicado y averiguarse si estaba entre sus activos antes de que mediara el hecho ilícito. (…)[223].

Respecto de lo señalado por el autor español debe reconocerse que, en efecto, pretender que la oportunidad hiciera parte del patrimonio de la víctima antes de la ocurrencia del hecho dañino desconoce la realidad fáctica que motiva la aplicación de esta doctrina, esto es, que por cuenta de una actuación u omisión lesiva la víctima no pudo integrar a su patrimonio un beneficio. Así, por ejemplo, la oportunidad de obtener una utilidad por la ejecución de un contrato solo se adquiere en el momento en que dicho acuerdo es perfeccionado y por ello el contratista puede proceder a la ejecución que, de cumplirse oportunamente, le otorgaría el derecho a hacerse acreedor a una utilidad. Antes de la ejecución, la utilidad es apenas una expectativa. Aún si se comprueba, que de no mediar el hecho dañino la víctima habría sido la ganadora del proceso de selección, no puede decirse que la oportunidad hace parte del activo del perjudicado, porque esto no es cierto. En este caso, el afectado tiene la frustración por la oportunidad truncada dada por la seguridad de que fue injustamente privado de un medio que le habría podido conducir a la posibilidad de acceder a una utilidad, por lo que tendría argumentos para instaurar una demanda de reparación, pero ninguna de estas cosas hace parte de su patrimonio económico.

Por esta razón, se considera que la verificación de la existencia de la oportunidad debe hacerse a partir de la determinación de lo que efectivamente le correspondía a la víctima si no hubiera obrado el hecho ilícito. En el caso de la indebida adjudicación de un contrato,

[223] Ibid., p. 371.

debería examinarse si, sin la intervención dañina, el demandante habría ganado el proceso de selección. De lo contrario, no habría razón para otorgar una indemnización a su favor y, de hacerlo, esta constituiría un enriquecimiento sin causa[224].

Ahora bien, en nuestro concepto, la crítica que hace Medina Alcoz a la concepción de la oportunidad como un daño no corresponde con la fundamentación que de esta postura hace François Chabas, ni el Consejo de Estado colombiano que toma como referencia al doctrinante francés[225]. Chabas no califica la *chance* como un activo que ya estaba integrado al patrimonio de la víctima. Para él la frustración de la oportunidad constituye un daño en la medida en que quien lo sufre no tenía más que una esperanza de obtener un resultado positivo. Por esta razón, es necesario que haya una incertidumbre (*alea*) sobre la consecución de la ventaja, pues si hay una relativa certeza en el resultado no sería aplicable la teoría[226].

Por otra parte, como lo advierte Ramiro Saavedra, otra de las críticas de quienes se apartan de esta posición se funda en la consideración según la cual tratar la pérdida de oportunidad como un daño autónomo equivaldría a indemnizar un daño eventual o hipotético[227]. No obstante, esta visión es desvirtuable si se considera que, entre los requisitos que se exigen para que la pérdida de oportunidad pueda ser considerada un

---

[224] GRAVELLIER. La réparation du préjudice de perte de chance. *Op. cit.,* p. 31.

[225] CONSEJO DE ESTADO. 10 de junio de 2004. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 25.416. CONSEJO DE ESTADO. 8 de noviembre de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 6.959.

[226] "En todos los casos considerados por la teoría de la pérdida de una oportunidad, la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico. Sin ello, no podría hablarse de perjuicio cuando esa esperanza desaparece.

No es entonces absolutamente exacto decir que la víctima tenía ya la oportunidad de obtener una ganancia, ya sea la de evitar un daño. Este segundo punto no es presentado, por decirlo así, en el sentido adecuado.

Para que se pueda hablar de oportunidades, es necesario que la víctima esté reducida a ellas. Por lo tanto, el elemento aleatorio no es la vida, sino sobrevivir; no es la pérdida del proceso judicial, sino su éxito; no es mantener una enfermedad, sino su desaparición". CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 21-22.

[227] SAAVEDRA BECERRA. De la responsabilidad patrimonial del Estado. *Op. cit.,* p. 477.

daño resarcible, se pide que la probabilidad de conseguir la ventaja sea seria[228], por lo que no se amparan los daños meramente eventuales.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como lo señala Juan Carlos Henao cuando el demandante no prueba que tenía serias posibilidades de acceder a la ventaja esperada, el perjuicio será eventual[229]. Igualmente, debe considerarse que, si subsiste la posibilidad de lograr el beneficio esperado no estaríamos ante una oportunidad perdida, toda vez que la adquisición de la ventaja podría darse en el futuro. En este caso, nuevamente estaríamos ante un daño eventual que no debe ser objeto de reparación.

Sobre este punto, resulta relevante el comentario a pie de página, que hizo el profesor Medina Alcoz en su estudio sobre la consideración de la doctrina de la oportunidad como un daño autónomo:

> (905) El profesor MOSSET ITURRASPE (Frustración…, cit. pp. 66, 68, 72) considera que <<nunca puede identificarse la pérdida de la <<chance>> con el eventual beneficio frustrado, dado que aquélla siempre se mueve, en mayor o menor medida, en el ámbito de lo conjetural>> porque lo perdido no es la ventaja apetecida sino la posibilidad misma de conseguirla, debiéndose tener en cuenta que <<si la expectativa frustrada era muy general y vaga, no cabría la indemnización por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético>>; (…)[230].

En consonancia con lo dicho por el profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe ha de concluirse que no habrá lugar a la indemnización si el demandante que exige la reparación por una oportunidad truncada no demuestra que esta estaba revestida de una significativa probabilidad de obtener el resultado deseado y que perdió para siempre

---

[228] SAAVEDRA BECERRA. *Op. cit.,* p. 1870.

[229] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 161.

[230] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. *Op. cit.,* p. 357.

dicha posibilidad, por cuanto, en ese caso, se estará ante un daño eventual que no puede ser resarcido a la luz de las reglas de la doctrina de la *chance*.

De acuerdo con lo analizado hasta aquí, en este trabajo se acogerá la postura según la cual la pérdida de la oportunidad es considerada como un daño autónomo y no como un mecanismo que permite disminuir el estándar de prueba del nexo causal.

Lo anterior, en consideración a que una vez destruida la oportunidad a la víctima no le queda nada, estará desprovista de toda esperanza de alcanzar su objetivo. En consecuencia, la oportunidad termina siendo una especie de medio[231] para obtener el resultado deseado y, aunque subsiste la incertidumbre sobre si se lograría o no la ventaja así esperada, hay certeza en que la destrucción de dicha oportunidad acaba definitivamente con la esperanza de alcanzarla. Por esta razón, la lesión infringida sobre el vehículo que habría podido conducir al resultado anhelado constituye un daño en sí mismo que es sujeto de protección y reparación.

Para poner en perspectiva lo aquí señalado, respecto de la consideración de la oportunidad como un medio, resulta útil el ejemplo de un proponente en una licitación indebidamente adjudicada que cumplió con todos los requisitos para resultar adjudicatario del contrato estatal tiene plena conciencia de que el mero perfeccionamiento del acuerdo no le hará acreedor al beneficio esperado, esto es una ganancia económica, pues para ello debían confluir múltiples factores adicionales como son ejecutar de manera cabal y oportuna las obligaciones contractuales, haber calculado correctamente los costos de la ejecución, contar con la buena fortuna de que no se

[231] "Es decir que el tema sería: yo reclamo no por el resultado que se me ha producido –y de ahí viene la diferente indemnización de los daños–, no porque yo al final haya quedado con unas secuelas como consecuencia de que no se me ha introducido a tiempo o lo más rápidamente posible en la cámara hiperbárica en mi accidente de buceo. Yo reclamo porque la Administración sanitaria no disponía de unos medios. (…) Lo que yo reclamo es que esos medios no se han facilitado, no he dispuesto de ellos, en una sanidad integral a la que yo, como particular, sí tengo derecho y esto es lo que se está discutiendo. No si el resultado se había producido de cualquier forma. Es esa pérdida de la oportunidad del tratamiento, del medio, de la decisión que puede tomar el paciente, lo que en definitiva se está reconociendo como responsabilidad de la Administración sanitaria y lo que se está indemnizando. (…)". GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, María de los Desamparados. Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad. En : Revista española de la función consultiva, Núm. 16 (2011). p. 114-115. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/318257.

presenten eventos de fuerza mayor o caso fortuito, y dependerá, en todo caso, de que la entidad contratante haya cumplido con los mandatos del principio de planeación que hagan del contrato no solo uno ejecutable sino, además, rentable. No obstante, aun conociendo que todo este cúmulo de factores se interponía para obtener la utilidad, el proponente frustrado sabe igualmente que perder la posibilidad de firmar el contrato y convertirse en contratista cortó de tajo con toda opción de acceder a dicha ganancia. Lo mismo ocurre con el paciente enfermo de cáncer en etapa avanzada quien conoce que la oportunidad de acceder a un tratamiento adecuado y oportuno le dará mejores posibilidades de superar la enfermedad, pero, en todo caso, el resultado final depende de factores como la reacción de su propio cuerpo a los medicamentos, aunque igualmente sabe que sin dicho tratamiento sus probabilidades de sobrevivir serán más escasas.

En consecuencia, si se considera que la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo, la prueba del nexo causal deberá hallarse entre esta como daño en sí mismo y la conducta del agente dañino. No se requerirá flexibilizar el estándar de acreditación de la causalidad, pues lo que deberá probarse en el juicio de responsabilidad es que el hecho dañino de la Administración truncó una posibilidad digna de reparación, por ser conducente a la obtención de un resultado, y la víctima no tendrá la carga de demostrar la relación entre el hecho que lo privó de la oportunidad y el incierto resultado frustrado, pues ya habrá probado el nexo causal entre la actuación y el daño.

Por otra parte, la existencia de la posibilidad de acreditar efectivamente la prueba del nexo causal entre el hecho de la Administración y el truncamiento de la oportunidad, así como la constatación de que la frustración de una posibilidad constituye un daño cierto y no meramente eventual, por ser autónomo e independiente del beneficio final -incierto- que se esperaba alcanzar por su medio, conducen a negar la posibilidad de indemnizar por la vía del todo o nada los daños por la imposibilidad de ejecutar contratos.

Lo anterior, teniendo en consideración que de acuerdo con la teoría del todo o nada solo será resarcible la oportunidad perdida que suponga la frustración de una ventaja segura

dotada de certeza[232]. Es decir que, por ej. en los casos de indebida adjudicación, tendría que haber conocimiento seguro y claro del logro de la utilidad calculada en la oferta. En la teoría del todo la posibilidad truncada se identifica con la ventaja final esperada que se tornó imposible de alcanzar como consecuencia de la actuación dañina y, por esta razón, el beneficio finalmente malogrado es, para quienes defienden esta postura, la medida del daño. Bajo este entendimiento, la causalidad habría que probarla entre el hecho dañino y la pérdida de la ventaja que se esperaba obtener.

Lo anterior significa que, bajo la tesis del todo o nada, en los casos por responsabilidad precontractual por indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos, la víctima tendría que demostrar que la actuación indebida de la Administración fue la causa que condujo a la pérdida de la utilidad que se pretendía obtener con la celebración del contrato estatal, lo que, como ya se mostró, se considera imposible de probar dado que la obtención de la ganancia no es automática y, por el contrario, está condicionada al cumplimiento adecuado y oportuno de las obligaciones del acuerdo contractual, situación que, en todo caso, encierra un alea derivado de la influencia de factores externos al control del contratista.

En consecuencia, la reparación de los casos de responsabilidad precontractual mediante la aplicación de la teoría del todo o nada significaría o bien desconocer dicho alea o, ahí sí, un ejercicio de 'ficción' de la prueba del nexo causal como el que algunos de los críticos señalan sobre la utilización de la doctrina de la *chance,* toda vez que sería necesario presumir que todos los contratos conducen a la ganancia calculada al momento de su celebración, cosa que la experiencia enseña que no es cierta y que podría llevar a reparar por un valor igual al total de la utilidad calculada a quien no necesariamente estuviera en condiciones de alcanzar dicho valor mediante la ejecución del contrato, situación propia del enriquecimiento sin justa causa.

[232] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. *Op. cit.,* p. 321.

CONCLUSIONES

Si bien es claro que las obligaciones contractuales solo serán exigibles hasta tanto haya un contrato que se pueda reputar perfecto, también lo es que durante el período previo a la celebración de los acuerdos las partes involucradas deberán actuar bajo consideraciones de respeto y confianza mutuos. Por esta razón, aún estando en el marco de la autonomía contractual, se requiere que las actuaciones que las partes desarrollen durante la etapa de formación de los contratos respeten los mandatos de los principios de legalidad, buena fe y confianza legítima, propios del Estado de derecho, exigibles tanto a los ciudadanos como a las autoridades públicas.

En virtud de lo anterior, los daños que se causen en la etapa precontractual podrán ser objeto de reparación, aun cuando a esa altura no exista un contrato que vincule obligatoriamente a las partes que participaron de las tratativas. Para estos efectos, la jurisprudencia colombiana se fundamenta en la doctrina de la *culpa in contrahendo* en virtud de la cual se protege la buena fe y seriedad de quienes toman parte en las negociaciones contra los abusos que se cometan durante esta etapa y que, aún sin contrato, causan daños que podrán ser resarcidos a través de los mecanismos de responsabilidad extracontractual.

La acogida de la teoría de la pérdida de la oportunidad responde a una necesidad de reparar casos en los que es evidente que, por una actuación u omisión dañina hubo un resultado indeseado e injustificado, aun cuando no se pueda establecer que el hecho dañino causó el que, para la víctima, constituye un daño final: la no obtención de la ventaja esperada. Hay en estos casos un sentido de justicia que demanda del operador judicial una reparación que no podría ordenarse bajo el examen de responsabilidad de perjuicios tradicionales como el lucro cesante o el daño emergente.

La doctrina de la pérdida de oportunidad tiene un carácter ambivalente. En ella coexisten dos elementos aparentemente contradictorios. Por un lado, la certeza de que con el truncamiento de la *chance* se pierde la posibilidad de acceder a un resultado y, por el otro, la incertidumbre de si, aún accediendo a la oportunidad, el beneficio esperado se habría alcanzado, habida cuenta que ello depende de factores adicionales a la mera existencia de la oportunidad para su logro.

La incertidumbre, en la producción del resultado buscado con la oportunidad, ha llevado a una división en la doctrina. Hay quienes consideran que se trata de un mecanismo de facilitación probatoria del nexo causal entre el hecho imputado y el daño finalmente producido, entendido este como la imposibilidad de alcanzar el beneficio esperado. Otros ven en la oportunidad perdida un daño autónomo, con el que se frustra la posibilidad de obtener un resultado, sin entrar a establecer de forma definitiva si este se habría de concretar dado su carácter aleatorio o incierto.

La ubicación de la naturaleza de la pérdida de la oportunidad, como instrumento de facilitación causal o como daño autónomo, tiene serias repercusiones para las víctimas y su posibilidad de obtener la reparación, en tanto de ello dependerán los elementos probatorios que deberán allegar al juez. En el primer caso, deberá probarse el nexo causal entre el hecho generador del daño y la no obtención del beneficio final esperado. En el segundo, la prueba de la causalidad se deberá orientar a demostrar que la actuación u omisión dañina truncó la posibilidad que conducía al resultado esperado incierto.

Considerar la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo implica, además, reconocer la incertidumbre y el alea propio de la ejecución de los contratos, por la que no se puede asegurar antes de la ejecución que el acuerdo produciría una utilidad. En estos casos, no es posible predecir si, de haber podido celebrar acuerdos contractuales, se habría definitivamente obtenido una utilidad. En consecuencia, no es adecuado reparar este tipo de casos mediante la teoría del todo pues ello implicaría crear entonces una

ficción según la cual todos los contratos conducen a la ganancia calculada al momento de su celebración, situación que la experiencia demuestra que no es cierta.

Una vez revisadas las dos posturas sobre la naturaleza de la doctrina de la *chance* y los requisitos de esta, en este trabajo se considerará que se trata de un daño autónomo considerado como un medio cuya destrucción impide a la víctima a acceder al resultado finalmente esperado, siendo entonces la pérdida del medio provocada por una actuación de la Administración, el daño que deberá probarse.

CAPÍTULO IV. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos cuya verificación permite determinar si se está ante un daño que debe ser objeto de reparación[233], o si se trataba de apenas una idea cuyo resultado anhelado no era realizable. Por esta razón, no toda posibilidad que se frustra por la ocurrencia de un hecho dañino de la Administración será indemnizable. Para que así sea, se requiere que la posibilidad truncada esté revestida de unos mínimos de relevancia jurídica que permitan calificarla como valiosa o real[234] que la hagan merecedora de la protección judicial.

Habiendo estudiado en las páginas precedentes la naturaleza de la teoría de la pérdida de la oportunidad, en este capítulo nos detendremos en cuáles son los elementos cuya acreditación se considera necesaria para la aplicación de esta doctrina. A fin de comprender qué es lo que debe probarse cuando se pretende reclamar este tipo de perjuicio, en este apartado se revisarán, en la primera parte, cuáles son los elementos que comúnmente los estudiosos de la doctrina de la *chance* identifican como necesarios para su reparación y, en la segunda, aquellos que son considerandos indispensables para este mismo propósito por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

---

[233] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[234] CONSEJO DE ESTADO. 10 de abril de 2019. C.P. Alberto Montaña Plata. 40.916.

1. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD SEGÚN LA DOCTRINA

Más allá de las diferencias respecto de la naturaleza de la pérdida de la oportunidad, se puede afirmar que hay consenso entre los autores que han dedicado sus estudios a esta teoría coinciden en que no cualquier posibilidad frustrada será objeto de resarcimiento, por lo que es posible encontrar aspectos comunes y necesarios para que surja el deber de reparar[235].

En consecuencia, de manera general se puede señalar que, para que la víctima del truncamiento de una *chance* pueda obtener una reparación, deberá demostrar que la misma cumplía con unos criterios mínimos que permitan al juez establecer que no está ante una esperanza cuya realización en la realidad era remota, sino que la misma revestía una entidad tal que le permitía considerar que, por medio de ella, le sería posible alcanzar el resultado esperado.

En consecuencia, a continuación, se estudiará cuáles son los elementos que son señalados por algunos autores que han dedicado sus estudios a esta teoría como necesarios para que el Juez ordene la reparación por pérdida de la oportunidad.

1.1. Falta de certeza -incertidumbre- o aleatoriedad del resultado esperado.

La incertidumbre en el resultado final que se anhelaba conseguir a través de la oportunidad perdida es un elemento de la esencia de la doctrina de la *chance*. Dicha consecuencia es intrínsecamente aleatoria[236] y, por tanto, siguiendo esta teoría, se puede

[235] PLATA PRINCE. La naturaleza de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños. *Op. cit.,* p. 49.

[236] THEVENOZ, Luc. La perte d'une chance et sa réparation, Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, 2002. p. 241. Dispoible en https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8319.

declarar la responsabilidad de quien ha hecho perder a otro una posibilidad de conocer un mejor resultado sin saber si esta situación positiva se habría concretado en ausencia de la falta[237].

Esta incertidumbre es la que hace que una oportunidad truncada sea objeto de reparación a través de la aplicación de la teoría de la *chance*. Si no hay duda sobre el resultado de la concreción de la posibilidad pérdida no se está ante un caso en el que pueda aplicarse esta doctrina[238]. Así lo señala el profesor Chabas:

> Para que se pueda hablar de oportunidades, es necesario que la víctima esté reducida a ellas. Por lo tanto, el elemento aleatorio no es la vida, sino sobrevivir; no es la pérdida del proceso judicial, sino su éxito; no es mantener una enfermedad, sino su desaparición.
>
> (…)
>
> En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la "ventaja esperada" está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino oportunidades de no morir y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene oportunidades de morir. El áleas (*sic*) no es exactamente la misma cosa que el riesgo.
>
> (…)
>
> En la estricta ortodoxia de la teoría de la pérdida de una oportunidad, es sólo posible que, eventualmente, en la ausencia de la culpa del médico, el enfermo hubiera conservado la vida, pero como él no tenía sino oportunidades de conservarla, el resultado de la culpa no ha podido ser otro que suprimir esas oportunidades[239].

[237] LAZARSKI. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. *Op. cit.,* p. 45.

[238] CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 21-22.

[239] Ibid.*,* p. 21- 23 y 26.

Para efectos de mostrar cómo la incertidumbre no aplica en todos los casos en los que, en principio, parecería que puede utilizarse la doctrina de la *chance*, Chabas[240] explica cómo la aleatoriedad en el resultado existe para quien no sabe si un tratamiento médico puede funcionar o no, mientras que no hay incertidumbre en el resultado del caso de quien es sometido a una intervención médica sencilla pues, en este caso, la estadística muestra que el resultado debe ser favorable. Por lo tanto, en el primer evento sí aplicaría la teoría de la oportunidad, no así en el segundo.

1.2. Certeza de la pérdida definitiva de la oportunidad.

La incertidumbre es tan inherente a esta doctrina como la certidumbre. Para que una oportunidad perdida sea resarcible debe probarse que a través de esta era posible

[240] "Hemos mostrado más arriba que la pérdida de una oportunidad se caracteriza por la incertidumbre intrínseca al perjuicio: la 'ventaja esperada' está afectada por una incertidumbre. La confusión que va a ser denunciada aquí es la que hay entre la situación y la del caso en que la 'ventaja esperada' se pierde enteramente, pero por una causa desconocida... tal vez por la culpa del agente.

Las dos situaciones presentan una semejanza en cuanto a que la "ventaja esperada" se pierde en una y en otra situación, sin que exista seguridad de que el agente haya sido la causa de ello. Pero las razones de esta incertidumbre no son las mismas.

Tomemos dos ejemplos en el derecho médico:

El primero, un joven cuya vida no está de ninguna manera en peligro, que se confía a un cirujano para ser operado de una hernia. El joven muere. Se encuentra una culpa del médico. Pero nadie puede demostrar que esta culpa ha tenido incidencia causal; el peritazgo no puede encontrar las causas de la muerte.

El segundo, el enfermo afectado de cáncer, que hemos evocado más arriba. Se encuentra una culpa del médico. Pero nadie podrá probar que esta culpa ha sido la causa de la muerte.

En uno y otro caso, existe sólo la posibilidad de que el médico haya causado la muerte, y sin embargo en un caso habrá condena por la pérdida de una oportunidad y en el otro no. ¿Por qué? Porque los potenciales perdidos no son en realidad los mismos.

Si se hubiera razonado sobre la pérdida de la vida, hubiera sido necesario en uno y en otro caso exonerar por razones aparentemente idénticas: la incertidumbre sobre el vínculo causal. Pero uno descubre rápidamente que la identidad de razón es sólo aparente, la diferencia aparece a propósito del potencial perdido. En un caso la incertidumbre debe ser incluida.

En el ejemplo de la hernia, no hay incertidumbre. El paciente no está en peligro. Él tiene todas sus posibilidades. Pero hay una incertidumbre sobre las causas de la pérdida de la vida: el perjuicio es la pérdida de la vida.

En el ejemplo del cáncer, incertidumbre está en la base, es un elemento constitutivo del potencial perdido. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las oportunidades que le quedaban al paciente cuando el médico intervino. Hay certidumbre sobre las causas de la pérdida de ese potencial: las oportunidades de sobrevivir.

El error de los autores proviene de que ellos no han visto que al lado del perjuicio visible (pero irreparable) que es la muerte, había otro: la pérdida del potencial de oportunidades". Ibid., p. 30 y 31.

alcanzar el beneficio y su truncamiento hace imposible acceder a la ventaja. Para la doctrina, el requisito de certeza está relacionado con la seguridad en que, como consecuencia del hecho dañino, la víctima perdió definitivamente la oportunidad. Para que la oportunidad perdida sea indemnizable, se requiere establecer que, en el futuro, no habrá posibilidades de alcanzar la ventaja esperada.

Al respecto, Jacques Boré señala:

> (…) Si bien la jurisprudencia que indemniza la pérdida de una oportunidad admite que subsista un desconocimiento respecto de si la víctima habría o no podido lograr la ventaja esperada (ganar un concurso, lograr una selección o una promoción, obtener curación), exige sin embargo que la pérdida de la ventaja sea cierta, es decir, que la oportunidad de obtenerla se haya convertido en inexistente (…) ¿Por qué esta exigencia? Porque si la existencia del perjuicio final dependiera aún del futuro el perjuicio sería puramente eventual e hipotético, no pudiendo por tanto ser objeto de una indemnización que el futuro arriesgaría convertir en indebido[241].

En este mismo sentido, Chabas considera que "parece ya aceptado que para que se aplique la teoría de la pérdida de una oportunidad, son necesarias dos condiciones: que el paciente esté ya en una situación de 'simple supervivencia' cuando la culpa se produjo; que la culpa impida definitivamente que ese proceso sea detenido; que trastorne la incertidumbre en certeza"[242].

De acuerdo con lo expuesto, debe comprobarse que la oportunidad que se alega frustrada se perdió de manera irremediable y definitiva, pues, si esta sobrevive, no se está ante un daño actual y, por lo tanto, no se cumpliría con el requisito de existencia necesario para que surja la responsabilidad.

---

[241] BORÉ, Jacques, citado en HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 159-160.

[242] CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 32.

Sobre este aspecto, Alice Minet señala que la demostración de la certeza del perjuicio implica que la situación de la víctima debe estar resuelta definitivamente a la fecha de juzgamiento, porque perdió irremediablemente la oportunidad y la única duda que persiste es la de saber si el perjuicio se habría finalmente producido en ausencia del hecho generador[243]. Como señala en su estudio Pierre-Antoine Lazarski, el evento esperado es incierto pero es indiscutible y cierto que, como consecuencia de la falta, la persona perdió toda posibilidad de ver realizada una situación mejor para sí[244].

En la doctrina colombiana, sobre el requisito de certeza de la oportunidad, lo que se tiene como un daño cierto no es la pérdida del fin en sí mismo sino, en palabras de Enrique Gil, "la pérdida de una probabilidad suficiente que interrumpe un proceso que podría conseguir un beneficio o evitar un daño"[245].

Al respecto, Samuel Yong y Camilo Rodríguez señalan que, a pesar de la coexistencia de estos dos elementos aparentemente contradictorios, en todo caso, en la pérdida de la oportunidad debe existir una certeza sobre la pérdida del beneficio*:*

> Con todo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay algo actual, cierto e indiscutible, como es el hecho de que definitivamente por la actuación del tercero se pierde la oportunidad de lograr un beneficio; en consecuencia, hay lugar a reparación, como quiera que existe un daño cierto, cual es el haber estropeado de manera irremediable la probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio o el de evitar un perjuicio (Trigo, ps. 29 y 30); lo perdido, lo frustrado, en verdad, es la oportunidad perdida y no la ganancia esperada, como tal. (Zannoni, p. 52; Bustamante, p. 179)[246].

En conclusión, como señala Luis Carlos Plata, la certeza es el requisito del daño que más se relaciona con la pérdida de oportunidad, por cuanto a esta le son inherentes la

[243] MINET. La perte de chance en droit administratif. *Op. cit.,* p. 116 y 117.

[244] LAZARSKI. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. *Op. cit.,* p. 49.

[245] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 149.

[246] YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés. Pérdida de oportunidad. En : Via Inveniendi Et Iudicandi 6, Núm. 2 (2011). Disponible en p. 17. https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2011.0002.03.

incertidumbre y la certidumbre, en la medida que, en un principio, no se sabía con seguridad si se iba a concretar o no un resultado beneficioso pero, finalmente, sí se sabe que su realización quedó eliminada del mundo de las posibilidades[247].

Por lo expuesto, se tiene que, para los autores estudiados, nacionales y extranjeros, el análisis de la certeza de la oportunidad gira en torno a la seguridad de que la víctima perdió definitivamente la posibilidad de lograr el beneficio.

1.3. Seriedad de la oportunidad.

Como lo señala, Alice Minet, la teoría pérdida de la oportunidad es inseparable del calificativo seriedad[248]. Según esta autora, la evaluación cualitativa de la *chance* consiste en buscar el carácter serio de las oportunidades del demandante[249].

Sobre la seriedad de la oportunidad, Luis Medina Alcoz enseña:

> Cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, la víctima no tiene derecho a indemnización porque no puede afirmarse el nexo de causalidad ni se está ante un supuesto de estricta incertidumbre al que pueda aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. Cuando esa probabilidad es alta o suficiente, la víctima tiene derecho a una reparación total porque hay lazo causal, sin que pueda tampoco entrar en juego la doctrina de la chance. Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada[250].

---

[247] PLATA PRINCE. La naturaleza de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños. *Op. cit.,* p. 107.

[248] MINET. La perte de chance en droit administratif. *Op. cit.,* p. 188.

[249] MINET. *Op. cit.,* p. 187.

[250] MEDINA ALCOZ. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. *Op. cit.,* p. 88-89.

De acuerdo con Lazarski, el carácter serio es el que diferencia a la oportunidad reparable de la mera esperanza subjetiva, y por ello no indemnizable[251]. Si la posibilidad truncada no era seria, no se podría reputar que daba a la víctima la expectativa suficiente para suponer que, por su medio, podía lograr su objetivo, pues se estaría ante una mera quimera, por lo tanto, como señala Gravellier, para no correr el riesgo de reparar los perjuicios meramente hipotéticos, se debe tener en consideración el grado de probabilidades de realización del evento favorable esperado[252].

Así las cosas, la seriedad del daño por pérdida de una oportunidad permite distinguirlo de un daño meramente eventual. Al respecto, Juan Carlos Henao señala:

> (…) En este campo, se puede afirmar que el perjuicio será cierto cuando se pruebe que el no haber podido obtener la ventaja es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla. Para utilizar una fórmula del Consejo de Estado francés, se puede anotar que el demandante sufre un perjuicio cierto cuando prueba que 'se habrían presentado posibilidades serias de éxito', ya sea en la promoción en su trabajo, ya sea en su consecución. En efecto, si la víctima establece que 'fue privada de una oportunidad seria de obtener la renovación de su trabajo por un año' su perjuicio es cierto. Al contrario, cuando el demandante no prueba que tenía serias posibilidades de obtener el trabajo o la promoción en el mismo el perjuicio será eventual[253].

Cabe aclarar que cuando se dice que es necesaria la demostración de la seriedad de la posibilidad no se está exigiendo que se compruebe que la oportunidad perdida era definitivamente conducente a la producción del resultado. La oportunidad debe ser incierta, pero probable que ocurriera[254], por lo que no se debe demostrar una certeza absoluta en que servía para obtener la ventaja porque, de ser así, no tendría aplicación la

---

[251] LAZARSKI. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. *Op. cit.,* p. 48.

[252] GRAVELLIER. La réparation du préjudice de perte de chance. *Op. cit.,* p. 32.

[253] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 161.

[254] LAZARSKI. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. *Op. cit.,* p. 48

doctrina de la *chance* sino una indemnización por lucro cesante[255]. Por lo tanto, lo que se requiere es una prueba de un margen razonable de confianza en la probabilidad de lograr el beneficio a través de la ocasión truncada.

Adicional a lo expuesto, es necesario agregar que la seriedad de la *chance* es la que permite diferenciarla del lucro cesante como rubros de daño diversos e independientes. Mientras la primera constituye una pérdida de una ganancia probable, pero incierta, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta[256]. Al respecto, Luis Carlos Plata afirma en su estudio que "(…) la doctrina y la jurisprudencia han intentado hacer hincapié en que el lucro cesante sólo se produce cuando se tiene una certeza casi absoluta de que un ingreso dejó de entrar en el patrimonio del lesionado, mientras que en la ocasión frustrada no se sabe si la situación favorable objeto de la misma se iba a concretar o no (…)"[257].

En este mismo sentido Luis Felipe Giraldo considera:

> (…) no hay argumento válido que permita equiparar la figura de la pérdida de la oportunidad con un supuesto de lucro cesante, pues la discusión que se da en los eventos en que se presenta la pérdida de una oportunidad es bien diferente; aquí no se trata de dejar de percibir unos ingresos respecto de los cuales ya se tenía el derecho a recibirlos, cuando se presenta una situación nociva como puede ser la lesión o la muerte, y que de manera razonable se entiende que siguiendo el curso normal de los acontecimientos se iban a seguir percibiendo, de tal forma que el juez en estos casos se encarga de prolongar en el tiempo un estado de cosas ya existente, lo cual en estricto sentido es un lucro cesante, sino

[255] "Una pérdida de oportunidad seria no equivale a la producción de un daño cuyas probabilidades de confirmarse sean absolutas, pues de lo contrario no se tratará de una pérdida de oportunidad, sino de un lucro cesante. La pérdida de oportunidad se diferencia de otros componentes del daño indemnizable por el hecho de referirse a un beneficio futuro pero sólo probable. La pérdida de oportunidad no se refiere a ganancias seguras, sino a oportunidades de ganancia en sí mismas reales, con independencia de su cuantificación. Como es lógico, tales oportunidades de ganancia no pueden ser puramente hipotéticas, sino que ha de tratarse de oportunidades reales cuyas probabilidades de convertirse en una ganancia patrimonial sean elevadas.

Por tanto, lo que caracteriza a la pérdida de oportunidad y la distingue principalmente del lucro cesante es un factor probabilístico, si bien no cualquier tipo de probabilidad, sino la probabilidad seria de cumplimiento de una expectativa". MONFORTE, José Domingo. La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico. En : Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Núm. 66 (2018). p. 33. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6729088.pdf.

[256] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[257] PLATA PRINCE. La naturaleza de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños. *Op. cit.,* p. 183.

> de verificar qué tipo de consecuencias se generan cuando se frustran unas posibilidades o esperanzas de obtener un beneficio o de evitar una pérdida que podían o no concretarse, pero, por la acción u omisión del tercero, nunca se sabrá si se iban a producir o no, que es el verdadero objeto de estudio de la pérdida de la oportunidad[258].

De lo expuesto es claro que, mientras el lucro cesante entraña la pérdida de una ganancia que se puede reputar como cierta para quien la sufre, la privación de la posibilidad implica la privación de una ganancia probable, pero, en todo caso, incierta.

No obstante, por cuenta de la existencia de esa incertidumbre algunos autores señalan que la diferencia entre lucro cesante y pérdida de la oportunidad es más una cuestión de grado de certidumbre en la obtención del beneficio finalmente esperado que de naturaleza. Al respecto, la autora francesa Alice Minet señala:

> (…) Hay, entre lucro cesante y pérdida de oportunidad de obtener una ganancia financiera, una diferencia de grado más que de naturaleza. La frontera entre las dos nociones depende de la más o menos gran certidumbre alrededor de obtener la ventaja financiera[259].
>
> Aparece entonces que en caso de lucro cesante, resultado de la imposibilidad de perseguir una actividad lucrativa, la pérdida de oportunidad encuentra su aplicación porque el requirente no tenía más que la esperanza de hacerse a los beneficios gracias a su actividad ante la ausencia del hecho dañino. La obtención de la ganancia financiera no estaba asegurada en absoluto en tanto el resultado de toda actividad económica depende de numerosos aleas[260].

Después de analizar algunas de las circunstancias de utilización del concepto de pérdida de oportunidad y el de lucro cesante, Minet concluye:

---

[258] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 166.

[259] Cita original del libro: "Ver en este sentido: LEVACHER (É), La ganancia perdida, th. París I, 2010, 537 p., especialmente, p. 158, nº 166: el autor precisa que en caso de pérdida de oportunidad: "no se puede afirmar, con seguridad, que la ganancia habría sido efectivamente obtenida en ausencia de […] [la] falta", entonces en materia de lucro cesante, « la ventaja habría sido obtenida por el beneficiario sin la ocurrencia de ese evento".

[260] MINET. La perte de chance en droit administratif. *Op. cit.,* p. 238.

> (…) estos casos relacionados con actividades económicas podrían, incluso en el ámbito de la responsabilidad contractual, resolverse mediante pérdida de oportunidad. Esto se convertiría así, como la pérdida de azar en el derecho privado, en "el vector privilegiado de la compensación del daño económico puro". El marco para utilizar este mecanismo está presente: un solicitante ejercía una actividad lucrativa cuyo resultado dependía de numerosas incertidumbres y un acto de la administración perturbó el curso de las cosas, destruyendo así las esperanzas de ganancias. La pérdida de oportunidad permitiría al juez ocuparse de la parte existente del alea. La idea no es nueva. En 1985, Louis BRUNEAU subrayó, específicamente con respecto a constructores, que "la única certeza es que la administración privó al constructor de la oportunidad de obtener ganancias". Además, varias decisiones de los jueces de primera instancia introdujeron la pérdida de oportunidades en esta área[261].

Al respecto, es oportuno señalar que, para efectos de este trabajo, se considerará que la distinción entre los perjuicios de pérdida de oportunidad y lucro cesante es necesaria a efectos de que los operadores jurídicos puedan identificar cuándo están ante un caso que requerirá la evaluación del perjuicio como un todo y cuando deberán verificar la existencia de una mera oportunidad frustrada, por la cual la víctima vio cortada la posibilidad de alcanzar un medio que consideraba legítimo y conducente para obtener finalmente un beneficio.

Esta distinción permite no solamente tener claridad respecto de los elementos del daño a evaluar sino, además, dotar a la evaluación del perjuicio de un mayor grado de certeza respecto del monto a reparar y, con ello, evitar las órdenes de indemnización cuyos montos terminen siendo superiores al daño efectivamente causado que afecten el principio de reparación.

[261] Ibid., p. 240.

1.4. Situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

De acuerdo con Luis Felipe Giraldo[262] se debe verificar si la víctima que alega la pérdida de la ventaja se encontraba realmente, en el momento de la ocurrencia del hecho que frustró la oportunidad, en una situación idónea para aspirar a obtener el beneficio esperado. Al respecto señala:

> (…) como quiera que lo pretendido por la doctrina de la pérdida de la oportunidad es indemnizar las consecuencias que provienen del daño representado en la posibilidad que fue arrancada del patrimonio de la víctima es lógico que se exija, como mínimo, la prueba de la situación que demuestre que efectivamente existían esas esperanzas de obtener el beneficio anhelado o evitar el menoscabo finalmente sufrido; en otras palabras, se pide que la víctima pruebe que la chance era real y seria (…)[263].

Como se mostrará en la segunda parte de este capítulo, el Consejo de Estado en Sentencia del 5 de abril de 2017[264] decidió reorganizar los elementos de la pérdida de la oportunidad y eliminar la exigencia de la verificación de que la víctima se encontraba en una situación potencialmente apta para lograr el resultado que esperaba con la oportunidad que le fue frustrada. Sobre este cambio en la jurisprudencia, Luis Felipe Giraldo señaló:

> De forma respetuosa disentimos del cambio realizado por el Alto Tribunal en este punto y creemos que el requisito analizado debe continuar siendo estudiado como un elemento del daño, y no de la imputación, en atención a que si no se cumple con la prueba de la situación potencialmente apta o idónea para conseguir el resultado esperado por la víctima estaríamos frente a un caso donde no existe una oportunidad seria susceptible de reparación, lo cual conllevaría una

[262] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 103.

[263] Ibid*.,* p. 103.

[264] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

> ausencia de daño y, por ende, a la imposibilidad de declarar la responsabilidad del que se considera como su autor[265].

En este punto, coincidimos con la posición de Giraldo. En nuestro concepto, es necesario que, en el mismo momento en que se estudie el daño como primer elemento de análisis de existencia de la responsabilidad, se revise si la oportunidad que se alega como perdida era de tal entidad que permitía a la víctima considerar que, a través de ella, podía obtener la ventaja esperada. Si de esta verificación resulta que la posibilidad truncada era insuficiente para lograr el beneficio buscado por la víctima no habría una oportunidad indemnizable por ser, apenas, una expectativa.

Por lo expuesto, se considera que la situación potencialmente apta para lograr el resultado que el demandante esperaba con la posibilidad que le fue truncada es un elemento propio de la pérdida de la oportunidad y se requiere su comprobación al momento de revisar si se está o no ante un daño y no en la revisión de la causalidad, a fin de evitar la reparación de daños eventuales, de acuerdo con las condiciones particulares de las víctimas, pues si se evidencia que no se trataba de una posibilidad que cumpla con este requisito, no tendría sentido continuar el estudio de los demás elementos de la responsabilidad.

1.5. Nexo causal entre la conducta de la administración y la pérdida de la oportunidad.

Autores como Enrique Gil[266], Luis Felipe Giraldo[267] y François Chabas[268] señalan que, para el reconocimiento de la indemnización por pérdida de oportunidad, se debe acreditar la

---

[265] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 109.

[266] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 679.

[267] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 121.

relación de causalidad entre la conducta del actor y la posibilidad truncada. No obstante, el contenido del vínculo cambia dependiendo de si se considera la *chance* como daño autónomo o como mecanismo de facilitación causal.

Aunque no indica expresamente que este es un elemento propio de la oportunidad pérdida, para Enrique Gil es necesaria la acreditación de la prueba del nexo causal entre la conducta dañina y el resultado esperado a fin de que se pueda reputar la existencia de la *chance*. Al respecto, asegura:

> En los casos en que no exista prueba de la causalidad que materializa la imputación fáctica, no es posible hacer referencia a la figura de la pérdida de la oportunidad y, por tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a solucionar problemas relativos a la dificultad para delimitar la amplitud o estrechez del nexo causal, lo cierto es que debe existir al menos prueba del vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y el resultado, así como la acreditación de que se privó al actor de una oportunidad de recuperación[269].

Esta postura de Gil tiene sustento en tanto considera que la pérdida de la oportunidad es un mecanismo de facilitación causal. Por el contrario, para quienes la *chance* es un daño autónomo la causalidad debe hallarse entre la oportunidad perdida y la conducta del agente con dicho daño. Lo que debe probarse es que la acción u omisión dañina condujo a la privación de la posibilidad de obtener un resultado favorable, pero no que contribuyó directamente a impedir dicho resultado por cuanto este era incierto. Así lo consideran, profesores franceses como François Chabas[270] y Alain Béry. Este último afirma:

---

[268] CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 31-32.

[269] GIL BOTERO. Responsabilidad extracontractual del Estado. *Op. cit.,* p. 679.

[270] "La condena sólo procede si existe prueba de que la culpa médica ha causado la pérdida de esas oportunidades". CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 31-32.

> La teoría de la pérdida de oportunidad resuelve la dificultad, porque cambia el objeto del nexo causal. Ya no se trata de que la víctima demuestre que la falta establecida del médico es efectivamente la causa segura y directa del daño del paciente, sino sólo de establecer que esta falta le privó de la posibilidad de curarse para evitar secuelas o morir. El nexo causal, que por supuesto debe ser siempre cierto y directo, se encuentra entre la falta y la pérdida de la oportunidad. Mientras exista una chance, puede haber reparación; al contrario, si ningún elemento respalda la existencia de tal posibilidad, no puede haber reparación[271].

Consecuentes con la consideración de la perdida de la oportunidad como daño autónomo, para el Consejo de Estado colombiano y autores como Luis Felipe Giraldo[272] la causalidad a probar en casos de aplicación de la doctrina de la *chance* deberá conectar la conducta del agente con la posibilidad frustrada, no el beneficio que se pretendía alcanzar con esta. Al respecto, el Alto Tribunal señala:

> En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; (…)[273].

Por último, sobre este tema vale la pena agregar que Giraldo incluye la causalidad como un elemento de la doctrina de la pérdida de oportunidad, a sabiendas de que se trata, más

---

[271] BERY, Alain. Le préjudice réparable : la perte de chance, L'Orthodontie française 84, Núm. 1 (2013). p. 18. Disponible en https://doi.org/10.1051/orthodfr/2013041.

[272] "En efecto, en los eventos en los cuales la víctima reclama haber perdido una oportunidad de acceder a un beneficio o evitar una pérdida no se busca una relación entre la conducta del agente y el beneficio final esperado, sino que dicho nexo debe estar establecido frente al daño que en efecto se irroga cual es, en estos casos, la pérdida de la oportunidad". GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 121.

[273] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

bien, de uno propio de la responsabilidad, motivado por la preocupación de que se utilice esta teoría ante la incertidumbre causal, considerando que:

> (…) ante la falta de prueba de nexo de causalidad no se podría llegar a declarar la responsabilidad del investigado, y mucho menos se podría utilizar esta situación para argumentar que se trata de un evento de pérdida de oportunidad, pues, en todo caso, para que este supuesto se configure debe quedar acreditado el nexo, conforme al estándar de prueba vigente, entre la conducta del autor y esa frustración de las posibilidades de la víctima[274].

Así entonces, se entiende que la inclusión que hace Luis Felipe Giraldo de la causalidad como un elemento propio de la doctrina de la *chance* no tiene como finalidad la verificación de la existencia de la oportunidad en el juicio de responsabilidad, sino un propósito de sistematización a fin de mostrar el contenido especial de este elemento en la teoría de la *chance* y, con ello, evitar que esta sea utilizada como un mecanismo de facilitación causal.

En nuestro criterio, el nexo causal entre el hecho dañino y la posibilidad truncada es un criterio especial de esta doctrina que la distingue dentro del régimen general de responsabilidad extracontractual, por lo que deberá acreditarse en todo proceso donde se pretenda hacer valer esta teoría[275], aunque es claro que no se trata de un elemento de existencia del daño por pérdida de oportunidad y, por lo tanto, el análisis de este no se

---

[274] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 123-125.

[275] "Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad, tal como lo advierte Giraldo Gómez: (…)". CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. Exp. 25.706. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

deberá hacer en el primer momento del estudio de la responsabilidad, sino cuando se haga el estudio de la relación causal.

2. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO

Como lo señala Luis Felipe Giraldo[276], hasta el año 2009 en la jurisprudencia colombiana no había una sistematización clara de los elementos que debían estudiarse para establecer si se había producido en evento de pérdida de oportunidad, lo que generó una aplicación errada de la figura y contradicciones en las decisiones.

Mediante Sentencia del 11 de agosto de 2010[277], el Consejo de Estado estableció que los requisitos que se deben acreditar para que se considere existente la pérdida de la oportunidad como un daño indemnizable son: (i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, (ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, (iii) situación potencialmente apta de la víctima para pretender la consecución del resultado esperado.

Posteriormente, en Sentencia del 5 de abril de 2017[278], el máximo Tribunal Administrativo consideró "necesario reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad", así: (i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, (ii) certeza de la existencia de una oportunidad y (iii) pérdida definitiva de la oportunidad.

Mediante la providencia proferida en 2017, se replanteó el tercer elemento señalado en la Sentencia de agosto de 2010, por el cual se exigía que la víctima debía estar en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, y se

---

[276] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 80.

[277] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[278] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

consideró que este no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad, sino un criterio de análisis de la imputabilidad.

Cabe aclarar que la postura adoptada en la Sentencia 25.706 de 2017 no fue seguida en todos los casos posteriores y, por ejemplo, en la Providencia 48.890 de 2019[279] se consideraron como elementos esenciales para la configuración de la pérdida de la oportunidad los indicados en la decisión del expediente 18.593 de 2010, omitiendo el cambio jurisprudencial de 2017.

A continuación, se revisarán cada uno de los elementos de la *chance* siguiendo el orden planteado por el Consejo de Estado en 2017, aunque se incluirá el análisis sobre la aptitud o seriedad de la posibilidad, antes de revisar el elemento de pérdida definitiva de la oportunidad.

2.1. Falta de certeza -incertidumbre- o aleatoriedad del resultado esperado.

A partir de 2017, el Consejo de Estado incluyó la incertidumbre ante el resultado esperado como el primer elemento que debe estudiarse para la configuración de la pérdida de oportunidad. La falta de certeza o aleatoriedad fue definida por este Tribunal en los siguientes términos:

> En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la

[279] CONSEJO DE ESTADO. 30 de mayo de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 48.890.

> pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción[280].

No obstante, pese a que el Consejo de Estado no había considerado la aleatoriedad como un elemento configurativo de la oportunidad resarcible, el carácter ambivalente de la certidumbre y la incertidumbre en la pérdida de oportunidad, ya había sido reconocido desde antes de 2017 en reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, en la cual había expresado:

> La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que "esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado[281].

[280] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

[281] CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28.376.

De lo anterior es claro que la falta de certeza sobre el resultado que se esperaba alcanzar a través de la oportunidad que se evaporó es necesaria para que la *chance* sea indemnizable. Vale la pena resaltar que, en la definición dada en 2017 de este elemento, se señala que no cualquier oportunidad será amparada, con lo cual es diáfano que esta doctrina no deberá servir para reparar daños eventuales.

2.2. Certeza de la pérdida de la oportunidad.

El carácter ambivalente de la certidumbre y la incertidumbre y del elemento de certeza en la pérdida de oportunidad, ha sido reconocido igualmente por el Consejo de Estado que, en reiterada jurisprudencia, ha expresado:

> La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que "esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado[282].

Este elemento fue definido en la Sentencia proferida en agosto de 2010 por el Consejo de Estado, así:

[282] CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gomez. Exp. 28.376.

> (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo –pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual–, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes; (…)[283].

Posteriormente, en la Sentencia de 2017 que hemos venido revisando, el Consejo de Estado señaló:

> En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"[284] de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes[285].

---

[283] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

[284] Cita original de la Providencia: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[285] Cita original de la Providencia: [L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta": MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que "[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad": TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La certeza entonces se erige como elemento sustancial de la teoría de la pérdida de oportunidad al punto que actualmente el Consejo de Estado la incluye como eje central de los elementos de este tipo daño, en los siguientes términos:

> Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima[286].

De lo anterior, se tiene que para el Consejo de Estado el concepto del elemento certeza se relaciona con la existencia de la oportunidad que se perdió, la cual debe tener una entidad que le permita creer a la víctima que, de no haber ocurrido el evento dañino, habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia esperada.

2.3. Situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

En la Sentencia de 2010[287] que se viene analizando, el Consejo de Estado colombiano consideró como un requisito para la aplicación de la teoría de la oportunidad la verificación de que la víctima se encontraba en una situación potencialmente apta para lograr el resultado que esperaba con la oportunidad que le fue frustrada. Al respecto, indicó:

> (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si

[286] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

[287] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

> el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que "no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida[288].

De lo señalado por el Consejo de Estado en 2010, lo que se buscaba con la exigencia de este requisito era que la víctima demostrara no solo que la posibilidad perdida era seria, es decir que servía para alcanzar el resultado esperado, sino que ella individualmente considerada estaba en las condiciones propicias que le permitían confiar en que de haber llegado a la oportunidad habría podido acceder al resultado.

Por lo anterior, no es clara la razón por la cual el Consejo de Estado en la Sentencia de 2017 decidió expresamente excluir el elemento por el cual se debía acreditar que la víctima debía estar en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, bajo el argumento de que este no era un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad. Al respecto, manifestó:

> El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal (…).
>
> De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad

[288] Cita original de la Providencia: 11 ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, cit., pp. 110-111.

> sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad[289].

En nuestro concepto, el requisito de la seriedad de la oportunidad difiere de aquel por el cual se verifica la situación apta de la víctima para alcanzar a través de esta el resultado. Al efecto, conviene considerar, por ejemplo, el caso de un contratista de la Administración que venía reportando pérdidas en sus estados financieros y a quien esta, ilegalmente, le declara la caducidad del contrato. Si bien es cierto que dicho contratista pierde con tal decisión la posibilidad de celebrar contratos estatales de manera injusta, y que es cierto y serio que a través de la celebración y ejecución de este tipo de acuerdos podría acceder a unas ganancias, también lo es que, dada su situación particular, por la que estaba arrojando números en rojo, no estaba en condiciones aptas para afirmar que, se encontraba en la posición potencialmente más apta para lograr la adjudicación de contratos y, por este medio, alcanzar las utilidades esperadas.

Es decir, quien invoca una adjudicación ilegal de un contrato deberá probar que era él quien hubiera sido el adjudicatario, si no hubiera obrado la maniobra que impidió que así fuera, así como quien aduce una indebida práctica médica igual deberá demostrar que tenía posibilidades significativas de sobrevivencia, pues no tendría justificación indemnizar al que, a pesar de la ilegalidad de la adjudicación, no tenía opciones de ganar el proceso de selección de contratistas o a quien aún con el tratamiento médico distinto igual iba a fallecer.

Así las cosas, si el Juez revisara cuál era la aptitud para pretender la consecución del resultado esperado, probablemente encontraría que tal potencialidad estaría, por lo menos, reducida; siendo este un análisis propio de la existencia de la oportunidad respecto de la víctima y no de un eximente de responsabilidad como lo hace ver el

[289] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

Consejo de Estado, razón por la cual creemos que debería recuperarse el análisis de este elemento como uno propio de la existencia del daño por pérdida de oportunidad.

2.4. Pérdida definitiva de la oportunidad.

De acuerdo con la posición actual del Consejo de Estado, el último requisito de la doctrina de la oportunidad exige que se tenga la certeza de que la posibilidad de lograr el beneficio se extinguió de forma definitiva.

Este elemento se encuentra tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado del año 2010 como en la revisión que a la misma se hizo en 2017. Así, en la Sentencia proferida en agosto de 2010, se señaló:

> (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás[290].

Sobre este aspecto, en 2017, el Consejo de Estado indicó lo siguiente:

> En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de

[290] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

> que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar[291].

Así las cosas, si hay probabilidades de que la oportunidad aún se pueda materializar, no se le podrá considerar perdida y, por lo tanto, no podrá ser objeto de reparación. Si, a pesar de ello, se otorga la indemnización por dicha *chance* aún realizable, se estaría reparando un daño eventual.

CONCLUSIONES

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano como la doctrina coinciden en que no cualquier pérdida de oportunidad es susceptible de reparación. No obstante, difieren en dos aspectos fundamentales, uno relacionado con la consideración de la certeza de la oportunidad como elemento distinto de la pérdida definitiva de la misma y, otro sobre la consideración de la seriedad de la oportunidad como un elemento autónomo.

Mientras para el Consejo de Estado la certeza versa sobre la seguridad de que existía una oportunidad que se perdió la cual debía contar con un grado de probabilidad de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio; para la doctrina el análisis de la certeza simplemente gira en torno a la seguridad de que la posibilidad truncada no podrá realizarse en el futuro, sin

[291] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

incluir en este elemento análisis sobre la seriedad de la oportunidad, como parece hacerlo el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que estudia esta situación en el elemento que denomina pérdida definitiva de la oportunidad.

La doctrina considera el análisis de la seriedad como un elemento independiente de la pérdida de oportunidad. Por el contrario, el Consejo de Estado colombiano no otorga a este aspecto tal carácter.

De la definición dada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano al elemento de certeza de la existencia de la oportunidad, se tiene que se aparta de la conceptualización que sobre ello hace la doctrina y, en principio, parece ser allí donde actualmente esta Corporación revisa si se estaba ante posibilidad seria, en tanto es en este punto donde analiza si se trataba de una esperanza con la entidad suficiente para producir el resultado esperado.

Si se tiene en consideración lo conceptualizado por la doctrina respecto de la seriedad de la oportunidad resulta que este aspecto estaría más relacionado con el elemento que el Consejo de Estado denominó en 2010 como situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado que con la certeza de la existencia de la oportunidad. Esto, toda vez que puede ocurrir que, en efecto, una oportunidad que ciertamente hubiera existido era conducente para la realización del resultado esperado, pero que, por las condiciones particulares de la víctima, esta no estuviera en posición de alcanzar el resultado esperado a través de dicha posibilidad, por lo que no se estaría ante una probabilidad seria respecto del caso concreto de quien alega su frustración.

En consecuencia, de acuerdo tanto con la jurisprudencia como la doctrina estudiadas, se considera que, para que la frustración de una oportunidad pueda ser reparada, es necesario que la víctima presente al juez evidencia de los siguientes elementos:

(i) Que se estaba ante una posibilidad seria de obtener un resultado, respecto de la situación particular de la víctima que hacía que esta estuviera en una circunstancia potencialmente apta para alcanzar la ventaja esperada.

(ii) Que, aunque la posibilidad frustrada era seria, hay una incertidumbre que hace imposible determinar si el resultado esperado habría finalmente de producirse, por cuanto es relativamente aleatorio por depender de otros factores adicionales a la mera existencia de la probabilidad. Esto, por cuanto de existir una certeza plena en el resultado se estaría ante el concepto de lucro cesante y no de pérdida de oportunidad.

(iii) Que existe certeza de que la oportunidad se perdió definitivamente, por lo que a la víctima le será definitivamente imposible alcanzar el beneficio esperado.

y, adicionalmente, aunque sin ser un elemento propio de la existencia de la pérdida de la oportunidad, pero necesario para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, se requiere demostrar:

(iv) La existencia de un vínculo causal. Corresponderá a la víctima demostrar al juez que perdió la oportunidad de obtener una ventaja, o de impedir un menoscabo, como consecuencia de la actuación u omisión que se alega como causante del perjuicio.

CAPÍTULO V. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN

INTRODUCCIÓN

Como se vio en el capítulo precedente, la teoría de la pérdida de la oportunidad encuentra un importante ámbito de aplicación en casos de responsabilidad precontractual del Estado. En general, el empleo de esta doctrina en sede judicial parte de la comprensión de que la privación de la posibilidad de ejecutar un contrato conduce a la pérdida definitiva para el proponente injustamente tratado de la posibilidad de acceder a la utilidad que esperaba obtener, por lo que la frustración antijurídica de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar un resarcimiento[292].

A fin de establecer cómo el Consejo de Estado ha dado la aplicación de la doctrina de la *chance*, se requiere establecer cuál ha sido la posición jurisprudencial mayoritaria del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano a la hora de resolver asuntos relacionados con hechos sucedidos antes de la celebración y perfeccionamiento de contratos estatales aplicando la teoría de la pérdida de la oportunidad con el objetivo de determinar cuál ha sido el criterio más utilizado para definir el monto de reparación y el concepto bajo el cual se ha otorgado.

Para estos efectos, en el presente capítulo se analizarán las providencias que contienen la que se identificó como la postura mayormente aceptada por el Consejo de Estado a la

[292] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

hora de aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad precontractual de la Administración en las que se hizo referencia expresa a esta doctrina.

De la revisión efectuada en la relatoría del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se encontraron dieciséis Sentencias que cumplen las condiciones aquí anotadas de veintidós halladas en las que se resolvieron asuntos de responsabilidad precontractual del Estado habiendo hecho referencia expresa a la doctrina de la pérdida de la oportunidad. Para hacer un análisis detallado de estas Providencias, el estudio que se efectuará en este capítulo se dividirá en dos partes, teniendo en cuenta para ello si los actores tenían posibilidades iguales o inferiores al 100% de acceder a la adjudicación y/o a la celebración de contratos con la Administración.

Así las cosas, teniendo en consideración la primera Sentencia en la que se acogió la postura mayoritaria[293], en la primera parte del capítulo se analizarán los fallos por los cuales se decidieron asuntos en los que las posibilidades de celebrar contratos con el Estado eran serias, pero inferiores al 100%. Considerando que en estas providencias la reparación se ordenó por concepto de la oportunidad perdida, no habrán subdivisiones adicionales en este apartado.

En la segunda parte del capítulo se revisarán los asuntos en los que los demandantes tenían el 100% de las probabilidades de acceder a la adjudicación. Contrario a lo que sucede en el primer conjunto de Sentencias, en estos casos el Consejo de Estado ha vacilado entre ordenar la indemnización por concepto de lucro cesante y por pérdida de la oportunidad, razón por la cual esta parte se dividirá atendiendo el concepto por el cual se ordenó la reparación.

Por último, se aclara que en esta revisión no se mencionarán las consideraciones sobre aspectos procesales que podrían haber sido objeto de análisis en las sentencias

[293] CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.

estudiadas, teniendo en cuenta que el interés de este trabajo es lo relativo al fondo de las discusiones sobre la pérdida de oportunidad.

1. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

En asuntos precontractuales relacionados con la contratación estatal, especialmente en casos de indebida adjudicación de procedimientos de selección pública de contratistas, en cuyas decisiones el Consejo de Estado ha mencionado la doctrina de la *chance*, la postura mayormente aceptada por dicha Corporación ha consistido en ordenar una indemnización equivalente a las probabilidades que tenía el demandante de acceder a la adjudicación y, consecuentemente, a la celebración del contrato, de no haber ocurrido un hecho ilícito de la Administración.

De acuerdo con esta postura, si el demandante acredita que tenía el 100% de posibilidades de acceder a la adjudicación, por haber presentado la mejor propuesta a la Administración, tendría derecho a recibir una indemnización equivalente al 100% de la utilidad que esperaba obtener mediante la ejecución del contrato con el Estado.

En concordancia, si lo que se demuestra es que las posibilidades de hacerse con la adjudicación eran serias, pero inferiores al 100%, por haberse privado injustamente al demandante de la oportunidad de participar en etapas posteriores del proceso de selección, la indemnización a la que tendría derecho el actor corresponderá a un monto equivalente a las probabilidades que tenía de resultar adjudicatario del contrato.

La probabilidad de acceder a la adjudicación ya había sido tenida como referente para determinar el valor de la indemnización en la Sentencia 10.539, en la cual se ordenó una reparación por concepto de pérdida de oportunidad equivalente al 80% de la utilidad

esperada. Sin embargo, además de dicho monto de reparación, en ese caso también se ordenó indemnización por los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Por ello, aunque es un antecedente de la postura que se analiza en este capítulo, no se considera que haga parte de esta y será objeto de estudio en el capítulo en el que se analicen las posiciones jurisprudenciales alternativas a la mayoritaria.

El origen de esta postura se encuentra en la Sentencia 10.963 del 15 de junio de 2000, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos, mediante la cual se resolvió un caso en el que se había privado al demandante de la posibilidad de acceder a la etapa de negociación en un proceso de contratación y, por lo tanto, se ordenó una indemnización equivalente al 20% de la utilidad, de acuerdo con las probabilidades que tenía de acceder a la adjudicación, según lo analizado en su momento por la Sala.

Posterior a dicho fallo, en la Sentencia 13.792 del 27 de noviembre de 2002, con ponencia de María Elena Giraldo, el Consejo de Estado estableció que el monto de indemnización será del 100% de la utilidad esperada cuando se encuentre probado que las probabilidades de hacerse con el contrato eran del 100%. Este fallo es considerado un hito en la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Antes de su expedición se había estimado que, aún estando demostrado que el demandante habría sido adjudicatario del contrato estatal de no haber sido por el hecho dañino de la Administración, el valor de la indemnización debía ser inferior al monto de la utilidad esperada teniendo en cuenta que la ejecución de un contrato implica costos para la producción de la ganancia[294].

Aunque con posterioridad al establecimiento de esta posición jurisprudencial han surgido otros criterios para calcular la indemnización por pérdida de oportunidad, esta postura se considera mayoritaria por cuanto es la que se ha aplicado en un mayor número de fallos. En dieciséis de las veintidós Sentencias en las que se han resuelto casos de

[294] CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344.

responsabilidad precontractual del Estado, haciendo referencia a la doctrina de la pérdida de la oportunidad, se consideraron las probabilidades de acceder a la celebración de contratos estatales como criterio para determinar el monto de la reparación.

1.1. Probabilidad inferior al 100% de acceder a la adjudicación o de celebrar contratos estatales.

La probabilidad de acceder a la adjudicación ya había sido tenida como referente para determinar el valor de la indemnización en la Sentencia 10.539, en la cual se ordenó una reparación por concepto de pérdida de oportunidad equivalente al 80% de la utilidad esperada. Sin embargo, además de este monto, en la misma Sentencia se ordenó la reparación por daño emergente y lucro cesante por concepto de lo que consideró el Consejo de Estado era un ítem que ciertamente debía ser adjudicado a la demandante y no solo por pérdida de oportunidad, respecto de aquellos ítems en los que habían dudas respecto de que se hubiera presentado la mejor propuesta, razón por la cual lo ordenado en esta providencia es considerado como una posición jurisprudencial alternativa.

Por lo anterior, se considera que fue a través de la Sentencia 10.963 del 15 de junio de 2000 que se fijó la postura jurisprudencial según la cual a la hora de reparar las oportunidades perdidas deben tenerse en cuenta las probabilidades que tenía el demandante de ganar el proceso de selección y celebrar contratos. En consecuencia, el monto de la reparación no corresponde a la totalidad de la utilidad esperada, sino que se reduce en función del resultado del análisis de qué tan probable era que el actor hubiera sido adjudicatario, si no se hubiera presentado el hecho dañino de la Administración.

En el fallo del 15 de junio de 2000, la Sala consideró que la indemnización solo podía corresponder al 20% de la utilidad calculada por el demandante, por cuanto este

únicamente perdió la oportunidad de que su propuesta hiciera parte de la etapa de negociación económica, de acuerdo con las reglas del proceso de selección. Es decir, se trata de un caso donde lo perdido fue la oportunidad de que se analizara la propuesta económica, mas no el derecho a ser adjudicatario.

Cabe señalar que en la Sentencia 10.963 se reiteró parcialmente la providencia 11.344 del 12 de abril de 1999, al señalar que no es lo mismo recibir una ganancia habiendo trabajado para conseguirla que sin haber hecho ningún esfuerzo para ello. Sin embargo, en la providencia de 1999 se tuvieron en cuenta las probabilidades de acceder a la utilidad y no solamente las de hacerse con la adjudicación del contrato.

El análisis de las probabilidades de celebrar contratos con el Estado fue efectuado posteriormente en la Sentencia 14.040 de 28 de noviembre de 2002, por la cual se resolvió un caso de indebida cancelación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes. En esta ocasión el Consejo de Estado ordenó una indemnización por el 50% de la utilidad esperada en consideración a la probabilidad que tenía el actor de suscribir contratos estatales durante el tiempo que duró la imposibilidad de celebrar acuerdos estatales por cuenta de la carencia de dicho requisito.

Utilizando este mismo criterio, en la Sentencia 22.760 del 22 de octubre de 2012, se ordenó una indemnización equivalente al 50% de la utilidad esperada a título de pérdida de la oportunidad, en consideración a que las reglas del pliego establecían que, con el puntaje que debió asignarse a la demandante y otro proponente competidor, la entidad tenía facultad discrecional para decidir a cuál de ellos podía adjudicar el contrato.

La decisión adoptada en la providencia del 22 de octubre de 2012 fue concordante con otra tomada en esa misma fecha por la misma Subsección, en el fallo del expediente 22.088, acumulado con el 39.109, en la cual se ordenó una indemnización por el 100% de la utilidad esperada, dado que se comprobó que el actor tenía el 100% de las

probabilidades de acceder a la adjudicación; es decir, que de no haber habido ocurrido el hecho dañino, el demandante habría sido el ganador del proceso de selección.

El análisis de las probabilidades de ganar la adjudicación fue igualmente realizado en la Sentencia 38.339 del 16 de agosto de 2018. En esta ocasión, el Consejo de Estado tuvo en consideración que, de haber sido habilitado, el demandante igualmente debía competir con otros 10 proponentes que también lo fueron, por lo que se ordenó una indemnización equivalente a la décima parte de la utilidad calculada por el actor. La Corporación aclaró que se utilizaba este concepto y no el de lucro cesante por la existencia de una incertidumbre, bien porque habría podido ser otro ser el ganador del proceso de selección[295], o porque no se sabía si se iban a firmar contratos o no[296] con posterioridad al hecho dañino.

A continuación, se presentan los apartes más relevantes de las Sentencias reseñadas, por las cuales se resolvieron casos en los que la probabilidad de acceder a la adjudicación o de celebrar contratos estatales era seria, pero inferior al 100%.

1.1.1. Concurso de méritos declarado desierto pese a empate técnico.

Se presentó un empate técnico entre tres propuestas presentadas a un concurso de méritos convocado en el año 1992 por la Alcaldía de Santa Marta. Luego de realizar el sorteo de desempate, el demandante quedó en primer lugar, por lo que de haberse aplicado las normas vigente, era con él con quien debía haberse adelantado la negociación económica. A pesar de ello, el Alcalde decidió declarar desierto el concurso de méritos mediante resolución que fue declarada nula por el Tribunal de primera instancia, en Sentencia en la que negó la pretensión de restablecimiento del derecho. El Consejo de

[295] Tal como ocurrió en los casos de las Sentencias CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963, CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 22.760 y CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 38.339.

[296] Como ocurrió en el caso de la Sentencia CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

Estado tuvo que resolver si correspondía o no acceder a dicha pretensión. Al respecto, señaló:

> Haberle frustrado a los demandantes la posibilidad de entrar a la etapa de la negociación económica, hace nugatorio el derecho preferencial que tuvieron a que fuera con quienes primero se intentara dicha negociación ante la deserción del concurso; esto es lo que hace atendible la pretensión de restablecimiento luego de que el acto administrativo que declaró desierto el concurso fuera anulado, ya que si bien es cierto desde el punto de vista técnico la propuesta de los demandantes ocupó el primer lugar con otras dos, también lo es, que para la negociación económica ocupó el primer lugar en el sorteo que realizó la misma entidad demandada, lo cual les daba derecho a adelantar esa negociación y a la celebración del contrato en caso de que se hubiera llegado a un acuerdo sobre el valor del mismo[297].

Respecto de la solicitud de reconocimiento de la utilidad que se esperaba alcanzar mediante la ejecución del contrato, la Sala manifestó:

> En cuanto a la segunda pretensión resarcitoria, cabe recordar que la Sala ha señalado (en este sentido puede verse la sentencia de 12 de abril de 1999; Exp. 11.344), que en desarrollo del principio de valoración del perjuicio en equidad, la indemnización no debe ser equivalente a la totalidad de la utilidad esperada por el contratista, toda vez que al no haber ejecutado el contrato "no se aplicó su fuerza de trabajo y organización empresarial como contratista de la obra", lo que justifica reducir el quantum indemnizatorio al momento de tasarse, ya que no es lo mismo obtener la utilidad trabajando y ejecutando el contrato que obtenerla sin haberlo ejecutado y por ello el reconocimiento por este concepto se ha venido ordenando en un 50% de la utilidad esperada.
>
> Pero en el presente caso el pago de la utilidad de los demandantes se definirá con un criterio diferente -la pérdida de la oportunidad de la adjudicación del contrato- que ya adoptó la Sala en un caso similar[298], porque a pesar de ser evidente que si la administración no hubiera declarado desierto el concurso de méritos la propuesta económica presentada por los demandantes hubiese tenido que ser estudiada debido a que tenía la primera opción, también lo es que pudo haber

---

[297] CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539.

[298] Cita original de la Providencia: Sentencia de 28 de mayo de 1998. Exp. 10.539.

> sido otro el consultor de no haberse logrado un acuerdo económico. 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.
>
> (…)
>
> Teniendo en cuenta que queda al arbitrio del juez determinar la indemnización por "la pérdida de la oportunidad" y que en todo caso es un valor inferior a lo que hubiera tenido derecho el demandante de habérsele adjudicado el contrato, la Sala estima el monto de ese perjuicio en atención a las diversas circunstancias de la propuesta, en un 20% de la utilidad (beneficio económico que recibe el consultor por ejecutar el contrato), que será la suma que a continuación se determina[299].

1.1.2. Cancelación indebida del registro de proponentes.

La inscripción en el Registro Único de Proponentes de la alcaldía mayor de Bogotá le fue cancelada a un ingeniero con el argumento de que la declaración de renta allegada no contenía una información veraz, previa verificación de ese documento con la Administración de Impuestos Nacionales. En el trámite de la expedición de la Resolución de cancelación de dicho registro no se dio la oportunidad de defenderse al actor, situación que, en concepto de la Sala, fue contraria al debido proceso[300].

Determinada la ilegalidad de la actuación de la Administración, respecto de la reparación procedente dada la dificultad de determinar el *quantum* indemnizatorio ante la imposibilidad de saber cuántos contratos habría suscrito el ingeniero de haber tenido

---

[299] CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.

[300] "(…) Si la inscripción en el registro de proponentes implica la creación de una situación jurídica de carácter particular y concreto a favor de la persona inscrita, si por mandato constitucional el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, si el código contencioso administrativo establece un procedimiento general (arts. 3, 28, 34, 35) que se aplica a todas las entidades y órganos del poder público (art. 1 ibídem), debe concluirse, como lo concluyó el a quo "que cuando cualquier autoridad con antelación a la vigencia de la Ley 80 de 1993 decidía cancelar la inscripción de una persona en el Registro de Proponentes debía aplicar las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo, pues, de una parte, esa decisión implicaba el ejercicio de una función administrativa, y , de otra, no existía un procedimiento especial aplicable, ni en el orden nacional ni en el distrital". CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

activa su inscripción en el registro de proponentes, así como el monto de dichos acuerdos, la Sala, retomando lo dicho en su momento por el *a quo*, manifestó:

> Para determinar el valor de los contratos que el demandante hubiera podido celebrar en el evento de que no se hubiesen expedido los actos que se acusan, el a quo tomó en cuenta el valor de los contratos celebrados en los dos años inmediatamente anteriores a la cancelación de la inscripción, es decir, los de los años 1990 y 1991 ($162.685.656), que correspondían al lapso equivalente a la inhabilidad. Sin embargo, consideró que lo equitativo era tomar un 50% de ese valor ($81.342.828), lo cual justificó en que
>
> > '... la posibilidad de que el demandante durante los dos años de la 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 deducir que se presentaría una disminución, dada la tendencia a la baja en la contratación que el demandante demostró entre el año -1991- y los dos anteriores -1989 y 1990-; así como, la posibilidad de que se presentaban las eventualidades que normalmente impiden asegurar que la administración continua en el tiempo con los mismos volúmenes de contratación que venía presentado, pues pueden ocurrir cambios de políticas o de prioridades por las autoridades que llevan a la merma de unos determinados tipos de contratos o en los que podían celebrar según su capacidad de contratación determinadas personas inscritas en el Registro Unico (*sic*) de Proponentes'.
>
> Sobre esa cifra aplicó el 10% estimado como ganancias, el cual acogió del dictamen pericial, que le pareció razonable y ajustado a la experiencia. De ahí la indemnización ordenada en el numeral 4 de la parte resolutiva de la sentencia por $8.134.282.80, por concepto de perjuicios materiales por la pérdida de oportunidad.
>
> (…)
>
> En el caso que se examina, el perjuicio económico causado al demandante al habérsele excluido del registro de proponentes lo configuró la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, temporalmente, pero no se podía saber por tratarse de un evento futuro, cuántos contratos y por qué valor habría celebrado con el Distrito de no habérsele cancelado su inscripción.
>
> La jurisprudencia ha admitido la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad cuando el daño resulta de un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo y por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir. En este caso hay lugar a la reparación, únicamente, de las consecuencias que resultan de la privación de una

> oportunidad, es decir, la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca... y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo' [301].
>
> Fue entonces acertada la determinación del a quo al concluir que aquí debía indemnizarse la pérdida de la oportunidad de celebrar contratos con la administración y quedaba a su arbitrio tasar la indemnización en forma proporcional a las oportunidades que el afectado había perdido[302].

1.1.3. Incorrecta calificación de la oferta.

Entre los criterios de calificación establecidos en el pliego de condiciones en una licitación pública convocada en 1996 por el SENA para la prestación del servicio de vigilancia se definió que se otorgarían 40 puntos a quien ofreciera reponer los bienes hurtados en tiempo inferior a 15 días. La demandante propuso hacer dicha reposición en máximo 4 días, por lo que se le debió otorgar el puntaje total previsto para este ítem y, al haber ofertado el menor valor, consideró que debió ser la beneficiaria de la adjudicación del contrato.

El Consejo de Estado pudo comprobar que, en efecto, la actora debió recibir la calificación máxima y verificó igualmente que en las reglas del pliego de condiciones se estableció que la entidad tenía facultad discrecional para adjudicar la licitación, por lo que no había certeza sobre si la adjudicación recaería o no sobre el demandante. No obstante, a pesar de esta incertidumbre, el Consejo de Estado consideró que sí se configuraba la pérdida de oportunidad. Al respecto, señaló:

> De lo anterior se deriva entonces que aun habiendo obtenido el mejor puntaje, no era obligatorio para la entidad la escogencia de esta oferta, de manera que realmente nos encontramos ante una pérdida de la oportunidad para la celebración del contrato, puesto que no existía certeza absoluta de que a dicho oferente se le adjudicara parcial o totalmente la licitación.

---

[301] Cita original de la Providencia: Larroumet Christian. *Teoría General del Contrato*. Santa Fe de Bogotá D.C., Edit. Temis, 1993. Volumen II P. 85.

[302] CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

Al respecto, la Sala en anteriores oportunidades ha indemnizado la pérdida de oportunidad, cuando la persona ve cercenada su expectativa real de obtener un provecho, o una ganancia, o evitar una pérdida por cuenta de "…. un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo y por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir. En este caso hay lugar a la reparación, únicamente, de las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad, es decir, "la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca... y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo"[303].

Sobre este tema se ha dicho:

"La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio –material o inmaterial– para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (…) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la

[303] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, rad 14040, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto"[304]

En estos casos, el Consejo de Estado ha cuantificado el perjuicio teniendo en cuenta criterios de equidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, partiendo de las pruebas que obren en el proceso en aras de obtener una aproximación de lo que implicó para el actor la pérdida de oportunidad en cada caso concreto.

Al respecto se ha dicho:

"Dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, para la Sala es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio y no el daño mismo, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal. De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor éste que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente. Como quiera que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido. Así las cosas, el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, como quiera que de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia. En conclusión, la probabilidad que establezca el juez como el valor de la pérdida de la oportunidad cercenada por parte de la institución médico - hospitalaria, será correlativo al valor a indemnizar frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia, y con base en los montos y criterios fijados por la misma".[305]

En el caso concreto, de acuerdo con lo solicitado en la demanda, de haber sido beneficiado con la adjudicación del contrato, el actor esperaba obtener como

---

[304] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2010, rad. 18593, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

[305] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Salvamento de voto del C. Enrique Gil Botero, en sentencia de octubre 15 de 2008, rad 17001, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

> utilidad el 13% del valor total de la propuesta, tal como lo declararon en el proceso Luz Marina Lastra y Carlos Soto Rivero, contadora y gerente comercial de la empresa, pero como la probabilidad era que el contrato se le adjudicara parcialmente, para la liquidación se tendrá en cuenta el 50% del valor de la oferta (*sic*)[306], suma que se actualizará con el IPC[307].

1.1.4. Pérdida de oportunidad de participar en sorteo de desempate de adjudicación.

La propuesta de un consorcio fue rechazada en una licitación pública convocada por el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- del Distrito Capital, que tenía por objeto la construcción de varias instalaciones para el sistema de transporte masivo Transmilenio. De acuerdo con lo establecido en el proceso judicial, de no haberse dado dicha determinación el demandante habría quedado empatado con otro proponente por lo que la adjudicación se habría decidido mediante sorteo, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones.

El Consejo de Estado determinó que la decisión del IDU fue contraria al debido proceso administrativo por no haber solicitado al proponente de subsanar los documentos que la entidad consideraba necesarios para verificar la capacidad jurídica de los integrantes del consorcio. En consecuencia, declaró la nulidad de la resolución de adjudicación y condenó una reparación por la pérdida de oportunidad de participar en el sorteo con los otros 10

---

[306] Se aclara que la expresión según la cual para la liquidación se tuvo en cuenta el 50% el valor de la oferta corresponde a un yerro de la Sentencia toda vez que el monto corresponde al valor de la utilidad esperada, ya que en la providencia el cálculo se realiza tomando como base la suma de $118.964.996:

"Valor de la ganancia esperada = 118.964.996 X 50% = 59.482.498".

Dicha cifra, de acuerdo con lo transcrito en providencia respecto de las pretensiones de la demanda, corresponde al valor de la utilidad esperada, equivalente al 13% del monto total del contrato:

"3.- Que se declare que el SENA es responsable por los perjuicios ocasionados al demandante y, en consecuencia, sea condenado a responder por los perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente, constituido por lo dejado de percibir como ganancia en desarrollo del contrato, equivalente al 13% del valor estimado del contrato, es decir, $118.964,996 y los correspondientes intereses corrientes bancarios, certificados por la Superintendencia Bancaria, sumas que deberán ser indexadas al momento de proferir el fallo".

[307] CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 22.760.

* Nicho citacional. CONSEJO DE ESTADO. 19 de julio de 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández. Exp. 12037. CONSEJO DE ESTADO. 14 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 16.432. CONSEJO DE ESTADO. 15 de octubre de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17.001.

proponentes habilitados y, por ende, de la posibilidad de resultar adjudicataria. Al respecto, la Sala indicó:

> Es de anotar que en la evaluación inicial el comité evaluador reconoció que el Consorcio Transmilenio ACC cumplía con las exigencias técnicas y económicas y obtuvo igual puntuación que el resto de los diez (10) proponentes[308], por lo que, claramente, se habilitaba su ofrecimiento y la obtención de puntaje, en la medida en que, como ya se dijo, los documentos que se echaron de menos, atinentes a la existencia de la sociedad Conconcreto S.A. no justificaba el rechazo de la oferta.
>
> De ahí que la Sala considere procedente reconocer a las sociedades (…) los perjuicios causados con la pérdida de oportunidad.
>
> Para efectos del cálculo del perjuicio, la Sala tendrá en cuenta el valor de la utilidad que esperaba recibir, prevista en la propuesta y la décima parte de la misma, teniendo en cuenta que debió ser habilitado y sumarse a los nueve proponentes que sí participaron en el sorteo.
>
> Como quiera que el caso concreto el Consorcio Transmilenio ACC pone de presente una situación indemnizatoria que involucra el concepto de utilidad esperada por la no adjudicación del contrato –numeral 3.1. de las pretensiones-, 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, 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, el cual supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, consagrado positivamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16, a cuyo tenor:
>
> "Art. 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".
>
> De ahí que a quien se le priva injustamente de la posibilidad de ser adjudicatario, se le vulnera un interés jurídico que se materializaría en la ejecución del contrato y, por esa misma vía, en la posibilidad de obtener unas utilidades razonablemente esperadas, se ha de procurar mantener indemne el patrimonio del no

[308] Cita original de la Providencia: En la evaluación inicial fueron valorados once proponentes, diez fueron calificados con 50 puntos, incluyendo el Consorcio Transmilenio ACC y el Consorcio CTO con cero (0).

adjudicatario reconociéndole una indemnización que consulte la realidad del daño por él padecido[309].

Ahora bien, el Consejo de Estado encontró que en este caso en concreto no era posible discriminar el valor de la utilidad de los demás costos del contrato. Por esta razón, para efectos de determinar el monto de la indemnización acudió al siguiente criterio:

> En aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por el contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor del AIU a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar, verbigracia en contratos de obra pública[310], sin embargo, en este caso no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial, se estima un porcentaje del 15% por AIU para la tipología contractual analizada, del cual se establece un 5% de utilidad.

---

[309] CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 38.339.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 2 de febrero de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 27.273. CONSEJO DE ESTADO. 30 de agosto de 2007. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 15.451. CONSEJO DE ESTADO. 7 de octubre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.610. CONSEJO DE ESTADO. 13 de junio de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19.336. CONSEJO DE ESTADO. 20 de septiembre de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 9.807. CONSEJO DE *ESTADO.* 30 de abril de 2012. *C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp.* 21.571. *CONSEJO DE ESTADO. 4 de febrero de 2010.* C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 16540. CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 29.855. CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique de Jesús Gil Botero. Exp. 25.804. CONSEJO DE ESTADO. 3 de junio de 2015. C.P. Olga Valle de De La Hoz. Exp. 31.211. CONSEJO DE ESTADO. 5 de diciembre de 2016. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 35.704. CONSEJO DE ESTADO. 4 de junio de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 14.169. CONSEJO DE ESTADO. 4 de junio de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17.783. CONSEJO DE ESTADO. 26 de abril de 2006. C.P. Ligia López Díaz. Exp. 16.041. CONSEJO DE ESTADO. 19 de septiembre de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 8.071. CONSEJO DE ESTADO. 28 de agosto de 2003. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 17.554. CONSEJO DE ESTADO. 14 de octubre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20811. CONSEJO DE ESTADO. 23 de abril de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 7.959. CONSEJO DE ESTADO. 30 de junio de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 33.129. CONSEJO DE ESTADO. 30 de marzo de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 37.500. CONSEJO DE ESTADO. 19 de octubre de 2017. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 28.671.

[310] Cita original de la Providencia: En providencia del 26 de junio de 2015, la Sala acudió a la reglas de la experiencia y la utilidad que en otros asuntos se ha fijado para los contratos de obra, como en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 1993, exp. 7959, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. En esa oportunidad, el A.I.U. del contrato de obra se calculó en el 21.5%, distribuido así el 8% de utilidad; el 9.5% de administración, y el 4% imprevistos; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355, M.P. Alier Hernández Enríquez. En ese asunto, la utilidad se fijó en la propuesta en 7.45% para un contrato de obra de construcción de unas oficinas; en unos contratos de obra de canalización las utilidades se fijaron en 5%, en promedio, toda vez que se trataban de varias licitaciones, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683, M.P. Alier Hernández Enríquez. Sobre el promedio de utilidad a reconocer en casos en los que no se ha demostrado el porcentaje de cada uno de los factores que componen el AIU, en casos de contratos de obra que no han sido completamente ejecutados por causas imputables a la entidad contratante, se pueden consultar, entre otras, las sentencias de 30 de junio de 2016, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 33129 y de 30 de marzo de 2017, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 37500. También se puede consultar las sentencias de 19 de octubre de 2017, exp. 28671, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

> Para el efecto, se tendrá en cuenta el valor del presupuesto oficial, esto es la suma de $41 729 799 270 x 5% (utilidad) = $2 086 489 963.
>
> De ahí que, en caso de que el Consorcio Transmilenio ACC hubiera resultado habilitado, sería el proponente número diez (10), razón por la cual la décima parte equivale a la suma de $208 648 996, valor que la Sala reconocerá a las sociedades (…) por la pérdida de oportunidad de participar en el sorteo y, por ende, de la posibilidad de resultar adjudicatarias[311].

1.2. Probabilidad del 100% de acceder a la adjudicación y celebrar contratos estatales.

A diferencia de lo que ocurre cuando se han analizado por parte del Consejo de Estado los casos en los que las probabilidades de acceder a la adjudicación y de celebrar contratos estatales, pese a ser serias, son inferiores al 100% donde se ha presentado total acuerdo en que la indemnización se otorga por concepto de pérdida de oportunidad, en los casos en que dichas probabilidades son iguales al 100%, el Alto Tribunal ha vacilado respecto del concepto de la reparación. En siete ocasiones la indemnización se ordenó por lucro cesante, mientras que en otras cinco por pérdida de oportunidad.

Por esta razón, a continuación, en primer lugar, se estudiarán las Sentencias en las que el Consejo de Estado ordenó indemnizar por concepto de lucro cesante a los demandantes que acreditaron que, de no haber intervenido el hecho dañino, habrían resultado ganadores de la adjudicación. Es decir, que, como se ha dicho, tenían el 100% de las posibilidades de acceder al contrato mediante el cual pretendían obtener la utilidad. Y, en segundo lugar, se analizarán las providencias en las que la condena por este mismo caso se dio por concepto de pérdida de oportunidad.

Cabe aclarar que, de acuerdo con la metodología adoptada para esta investigación por la cual se definió que solo se estudiarían las providencias en las que el Consejo de Estado hubiere efectuado al menos mención a la pérdida de la oportunidad, no se incluyen en

[311] CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 38.339.

este análisis aquellas Sentencias en las que no se hizo tal mención por las que también se decidieron casos de indebida adjudicación de procesos estatales de selección de contratistas. Sin embargo, es oportuno indicar que, de acuerdo con la revisión general efectuada, se evidenció que, por regla general, en dichas decisiones el Consejo de Estado ordenó la indemnización por lucro cesante[312] o refiriendo simplemente el concepto de utilidad esperada[313].

1.2.1. Indemnización igual al 100% de la utilidad esperada por concepto de lucro cesante.

Como ya se adelantó, la postura jurisprudencial conforme con la cual el monto de indemnización es equivalente al 100% de la utilidad esperada cuando se encuentre probado que las probabilidades de hacerse con el contrato eran del 100% fue establecida mediante la Sentencia 13.792 del 27 de noviembre de 2002, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo.

A partir de la decisión del expediente 13.792[314], el Consejo de Estado aceptó que cuando la Administración prive injustamente de la posibilidad de celebrar contratos estatales, los

[312] CONSEJO DE ESTADO. 11 de marzo de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.355. CONSEJO DE ESTADO. 11 de febrero de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 16100A. CONSEJO DE ESTADO. 14 de octubre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.811. CONSEJO DE ESTADO. 3 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 22.898. CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014.C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986. CONSEJO DE ESTADO. 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32.434. CONSEJO DE ESTADO. 2 de marzo de 2020. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 43.738. CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 51.412.

[313] CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 7 de diciembre de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.683. CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto 2011. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 18.338. CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 19.216. CONSEJO DE ESTADO. 22 de mayo de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 24.560. CONSEJO DE ESTADO. 24 de julio de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28.041 acumulado 28.598. CONSEJO DE ESTADO. 9 de octubre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 30.763. CONSEJO DE ESTADO. 21 de noviembre de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 25.397. CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 23.048. CONSEJO DE ESTADO. 27 de marzo de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 24.454. CONSEJO DE ESTADO. 16 de marzo de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 28.040. CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2015. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 29.555. CONSEJO DE ESTADO. 1 de julio de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 32.535. CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 25.740.

[314] CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 9 de diciembre de 1988. Expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544. CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539. CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P.

demandantes de los actos administrativos así proferidos tendrán derecho a una indemnización por el 100% de la utilidad esperada sin lugar a descuentos, al considerar que por regla general, en estos casos, la reparación que corresponde a la medida del daño[315] solo se da a través del pago al damnificado del 100% del valor esperado por concepto de utilidad.

De acuerdo con lo señalado en esta Sentencia, la indemnización se ordena por concepto de lucro cesante cuando hay certeza de que la oferta presentada debía quedar en primer lugar, mientras que, en aquellos casos donde hayan dudas acerca de la adjudicación la indemnización debería darse por concepto de pérdida de la oportunidad.

Aunque en la providencia de 2002 se hace mención expresa a la pérdida de la oportunidad, en el análisis que en esta se hizo de la Sentencia 10.963 de 2000, se aclaró que se trata de una situación distinta por cuanto en dicho caso lo que se perdió no fue el derecho a ser adjudicatario sino la oportunidad de que le fuera discutida al oferente su propuesta económica. Teniendo en cuenta que en el caso objeto del fallo del expediente 13.792 estaba demostrado que, de no haber sido por el hecho ilícito de la administración el demandante habría sido adjudicatario, se resolvió que la pérdida de la utilidad esperada por la privación ilegal e injusta del derecho a ser adjudicatario constituye lucro cesante, por tratarse de un perjuicio futuro cierto que debe ser indemnizado con el 100% de la utilidad esperada con la ejecución del contrato.

Para determinar que la indemnización debía corresponder con la totalidad del valor calculado de la utilidad, adoptada en la Sentencia 13.792 de 2002, el Consejo de Estado tuvo en consideración dos argumentos. En primer lugar, al responder la pregunta sobre cuál sería el fundamento real para considerar que el proponente en situaciones normales no habría de percibir la totalidad de la utilidad que calculó, la Sala afirmó que dada la

---

Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.s

[315] Cita original de la Providencia: Adriano De Cupis, El daño, Ed. Bosch; España, 1975; 2ª edición; pág. 753.

naturaleza del perjuicio futuro y cierto, normalmente el *quantum* del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta, que suele contener los costos directos e indirectos de la ejecución del contrato, y, por lo tanto, la utilidad esperada no incorpora dichos costos ni la fuerza de trabajo.

En segundo lugar, se consideró que era procedente reconocer al proponente la totalidad de la utilidad que esperaba, de conformidad con lo dispuesto en la ley 80 de 1993, si se tiene en cuenta que, en ese momento, el Estatuto de contratación en varias de sus disposiciones preveía el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas, entre otras, la Sala citó el aparte del inciso segundo del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, por el cual se establecía que el Estado protegía la obtención de las utilidades a los particulares, actualmente derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

La postura adoptada por el Consejo de Estado gracias a la cual se reconoce 100% de la utilidad dejada de percibir por la injusta privación de la adjudicación, por concepto de lucro cesante, fue reiterada en la Sentencia 14.576 del 1º de marzo de 2006, con ponencia del Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Al analizar la Sentencia 10.539 del 28 de mayo de 1998, en la Providencia 14.576 la Sala concluyó que la pérdida de oportunidad se configura "cuando durante un proceso de selección, una oferta que cumplía los requisitos para competir con las demás presentadas, ni siquiera fue evaluada por la administración". Teniendo en cuenta que en el caso estudiado en esta última Sentencia la oferta si fue evaluada y calificada, quedando en primer lugar, se concluyó que, en esa ocasión, para el Consejo de Estado no se estaría ante una posibilidad truncada, sino ante una ganancia cierta que se dejó de recibir, lo que justifica la indemnización por concepto de lucro cesante y no por pérdida de la oportunidad.

La Sentencia 13.792 de 2002 fue reiterada igualmente en la providencia 18.167 del 9 de mayo de 2011 con ponencia del Dr. Enrique Gil. En esta ocasión, la Sala modificó lo

decidido por el Tribunal de primera instancia que había ordenado una indemnización inferior al valor de la utilidad esperada y advirtió que la no ejecución material del contrato, cuya adjudicación fue privada ilegalmente, no constituye óbice para reparar por el 100% de la utilidad esperada, por cuanto no se parte de la pérdida de una oportunidad, sino que se está frente a una lesión antijurídica de un derecho personal, cierto y determinado en cabeza del proponente al que se le priva de celebrar y ejecutar el negocio jurídico con la entidad pública respectiva.

Sin citar la providencia 13.792, pero haciendo referencia expresa a la Sentencia 18.167, en la decisión del expediente 25.340 del 31 de marzo de 2014 el Consejo de Estado reiteró que la privación injusta de la posibilidad de celebrar y ejecutar un contrato estatal da lugar al reconocimiento del 100% de la utilidad esperada, de acuerdo con lo señalado en la propuesta presentada, habida cuenta que en estos casos no se parte de la pérdida de una oportunidad, es decir la existencia de una probabilidad, sino que se está ante una lesión antijurídica de un derecho personal, cierto y determinado en cabeza del proponente frustrado.

Posteriormente, el 26 de junio de 2014 en Sentencia 26.903, en otro caso de indebida adjudicación de un proceso de selección público, se ordenó una condena en abstracto a favor de la demandante. Dentro de los criterios señalados para la fijación del *quantum* a título de pérdida de oportunidad, se exigió el decreto de una prueba pericial que determinara el porcentaje de la utilidad que tendría que haber recibido la actora, con lo cual se siguió la postura de indemnizar con el 100% de dicho valor.

El fallo de junio de 2014 llama la atención porque pese a que en la parte considerativa se señaló expresamente que la condena en abstracto se otorgaba por pérdida de oportunidad, en la parte resolutiva se indicó que la condena era “por concepto de lucro cesante”, poniendo así en evidencia una confusión entre los dos conceptos.

La determinación de ordenar la indemnización a título de lucro cesante por el 100% de la utilidad calculada al demandante que fue injustamente privado de la celebración y ejecución de un acuerdo con la Administración fue reiterada en la providencia del 10 de agosto de 2015, expediente 34.713, en la que se aclaró que el valor de la indemnización no puede ser el valor total del contrato porque ello implicaría dejar por fuera los gastos propios de la ejecución de este. Es decir, que en esta Sentencia el análisis del valor a indemnizar se hace por encima del valor de la utilidad y no por debajo. Adicionalmente, dado que en este caso concreto no estaba claro cuál era el monto de la ganancia calculada por el actor, la Sala decidió acudir al criterio de equidad, por el cual señaló que, de acuerdo con los valores del mercado, las utilidades esperadas en el contrato frustrado eran del orden del 5% del valor total acordado, por lo que el monto de la indemnización se ordenó tomando como parámetro dicho porcentaje.

La más reciente Sentencia en la que, haciendo referencia expresa a la doctrina de la pérdida de la oportunidad, se indemnizó por concepto de lucro cesante por el 100% de la utilidad, fue expedida el 14 de febrero de 2019, expediente 58.894, con ponencia de la Consejera Martha Nubia Velásquez.

En esta ocasión, además de reiterar que la condena por concepto de la utilidad no percibida con ocasión de la no adjudicación del contrato correspondía al concepto de lucro cesante, al igual que en el caso del fallo del expediente 34.713, se consideró que el monto de la indemnización, es decir el valor de la utilidad frustrada, debía calcularse sobre el 5% del valor total del acuerdo, por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado.

Cabe aclarar que, en la Sentencia del 14 de febrero de 2019, se citó la providencia 29.855 del 12 de noviembre de 2014 que, como se verá, al resolver un caso similar, no hace referencia alguna al concepto de lucro cesante como si se hace en la dictada en febrero de 2019.

1.2.1.1. *Declaratoria desierta de licitación pese a la existencia una propuesta hábil.*

El Instituto Municipal de la Reforma Urbana y Vivienda de Cali -INVICALI, declaró desierta una licitación pública, pese a que la propuesta del demandante no había sido rechazada, argumentando que, con una sola oferta en la competencia, se había perdido la pluralidad de oferentes. El Tribunal de primera instancia decidió anular la resolución que contenía tal decisión. El Consejo de Estado acogió esta determinación, así como la de indemnizar al actor, considerando que la no adjudicación condujo a la pérdida de la utilidad esperada. Al respecto, señaló:

> La Sala considera entonces que 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; concluye igualmente que esa pérdida de la utilidad esperada es un lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto[316].

Respecto del *quantum* indemnizatorio, la Sala, realizó un recuento jurisprudencial sobre el tema en el cual, entre otros, resaltó:

> Cabe igualmente destacar que en sentencia proferida el día 15 de junio de 2000[317], por tratarse de un proponente que perdió la oportunidad de discutir su propuesta económica, de ser seleccionado y de celebrar el contrato, la Sala concluyó que la indemnización debía ascender al 20% de la utilidad que hubiera reportado de ejecutar el contrato, porcentaje que se fijó teniendo en cuenta que el actor NO PERDIÓ EL DERECHO a ser adjudicatario SINO LA OPORTUNIDAD de

[316] CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 9 de diciembre de 1988. Expedientes acumulados 3528, 3529 y 3544. CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539. CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.

[317] Cita original de la Providencia: Expediente 10.963; Actor: INGETEC S. A. e INGESTUDIOS S.A. Ddo: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

> que se estudiara su propuesta económica, se le calificara ésta y se le adjudicara el contrato[318].

Adicionalmente, la Sala realizó un estudio de la jurisprudencia sobre cuantificación del perjuicio sobre la cual resaltó la siguiente:

> En la sentencia emitida el 15 de junio de 2000[319] la Sala calculó la utilidad esperada tomando el 100% del valor del contrato efectivamente adjudicado; tomó el 20% de esa utilidad (porque se trató de la pérdida de oportunidad de que le fuera discutida al oferente su propuesta económica); actualizó el valor resultante desde la fecha en que fue declarado desierto el concurso y dispuso el pago de intereses legales a la tasa del 6% anual sobre el valor histórico actualizado[320].

Finalmente, la Sala resolvió lo siguiente:

> Definido como está que el sujeto al que se priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al decreto ley 222 de 1983
>
> Si el daño causado al no adjudicatario del contrato estatal se traduce en la pérdida de la utilidad esperada, ¿cuál es el fundamento real para considerar que el proponente en situaciones normales no habría de percibir la totalidad de esa utilidad?

---

[318] CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

[319] Expediente 10.963. Actor: INGETEC S. A. e INGESTUDIOS S.A. Ddo: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

[320] CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

(…) ahora la Sala considera que, dada la naturaleza del perjuicio FUTURO Y CIERTO, en las más de las veces el quantum del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS EN QUE INCURRIRÁ EL OFERTANTE de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cual sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo.

(…)

Cuando se dispone 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. A igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que en estos eventos surge la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual y que comprende todos los regímenes jurídicos de responsabilidad del Estado; esa responsabilidad determina la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios causados, toda vez que están presentes los elementos que la configuran, resaltando que el daño sufrido por el demandante no le es imputable y por tanto la conducta irregular de la Administración, al no haberle adjudicado a aquel debiéndolo hacer, se convierte en causa única o exclusiva en el daño antijurídico padecido por proponente que debió ser adjudicatario, en este caso el demandante.

(…)

El resarcimiento entendido como la 'reparación que corresponde a la medida del daño'[321] sólo se configura mediante el pago al damnificado del 100% del valor esperado por concepto de utilidad, toda vez que es esa medida del daño, por lo general.

En los anteriores términos la Sala aclara que su postura en relación con el quantum de la indemnización en un 50%. (*sic*) a que tiene derecho el proponente al que se privó injustamente de la adjudicación del contrato no opera indistintamente para todos los casos, sino para 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. Y se precisa así porque el caso que se sentencia es distinto[322].

---

[321] Cita original de la Providencia: *Adriano De Cupis, El daño, Ed. Bosch; España, 1975; 2ª edición; pág. 753.*

[322] CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

1.2.1.2. *Adjudicación a proponente en segundo lugar de la evaluación.*

En 1992, bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, la Gobernación de Risaralda decidió adjudicar una licitación pública al proponente que ocupó el segundo lugar en la evaluación, siguiendo la recomendación del comité evaluador que señaló que este y el Consorcio demandante presentaban "parámetros similares", y que, en dicho contexto, la recomendación de la adjudicación se definía por i) el menor tiempo de ejecución y ii) el presupuesto más ajustado al presupuesto base; criterios estos que no estaban previstos en el pliego de condiciones.

En primer lugar, el Consejo de Estado aclaró que el acto de adjudicación de una licitación aun cuando estaba vigente el Decreto 222 de 1983, era reglado y no discrecional, por lo que consideró que la Resolución de adjudicación era ilegal[323]. Como consecuencia de esta decisión, la Sala, ordenó la indemnización a favor del demandante. Para efectos de la determinación del monto de esta última, la Corporación realizó un recuento de la jurisprudencia en la que se ha ordenado la reparación por adjudicaciones de contratos ilegales, en los siguientes términos:

> Primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente.

[323] "El concepto "más favorable", a que se refiere el Decreto 222 de 1983, es idéntico al expresado por la hoy Ley 80 de 1993 -art. 29-, sólo que aquél no lo define, como si lo hace ésta. No obstante, en la primera de tales normas, el mencionado concepto no puede significar que las entidades estatales gozaban de discrecionalidad para decidir la adjudicación de las licitaciones, cuando el contexto en que se enmarca esa expresión es el de la necesidad de reglar el proceso de evaluación, determinando los criterios -en forma clara, concreta y completa- con base en los cuales se debía realizar la adjudicación.

El inciso segundo del art. 33 es aún más categórico, al señalar que la evaluación de las propuestas se debe hacer ciñéndose rigurosamente a los pliegos de condiciones, no sólo en cuanto a los criterios de evaluación sino también en cuanto a la ponderación de los mismos, lo que no puede significar nada distinto a que la discrecionalidad estaba proscrita en esta materia, igual a lo que ocurre hoy con la ley 80 de 1993. De esto se sigue que no se puede admitir que, al momento de hacer la adjudicación, el funcionario competente pueda apartase de los criterios de los pliegos, pasándolos por alto o estimando otros factores que no fueron establecidos en ellos, o estimándolos de manera diferente a la que allí quedó establecida". CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576.

(…)

Finalmente, hay que destacar que en esta misma providencia se hace una diferencia entre la indemnización por la indebida adjudicación o la falta de adjudicación y la denominada "pérdida de la oportunidad". Ésta última se configura cuando durante un proceso de selección, una oferta que cumplía los requisitos para competir con las demás presentadas, ni siquiera fue evaluada por la administración.

En este último supuesto la indemnización que ha concedido el Juez administrativo no es equivalente al 100% de la utilidad esperada sino un porcentaje inferior, definido por él, para lo cual acude a la valoración en equidad, como criterio para fijar la indemnización.

(…)

Segunda posición jurisprudencial. En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a ella, no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada -como se indemnizó en el caso anterior-, por dos razones, principalmente:

Primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente.

Segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la mentada utilidad.

(…)

Según esta posición, la indemnización correspondería a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial, ya que, atendiendo a los dos criterios expuestos, el 100% de dicha utilidad no se corresponde con el daño sufrido.

Tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de éste

> constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo.
>
> En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior.
>
> (…)
>
> Este es el criterio que reiterará la Sala en esta ocasión porque considera que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado[324].

En la decisión adoptada en esta providencia, la Sala ordenó la indemnización a favor del demandante por concepto de lucro cesante equivalente al 100% de la utilidad dejada de percibir. Al respecto señaló:

> 4.3.3. Análisis sobre la indemnización debida al actor.
>
> 4.3.3.1. Lucro cesante. Según los criterios expuestos, y también atendiendo a las pretensiones formuladas por el actor en la demanda, a éste se le debe indemnizar, a título de lucro cesante, el 100% de la utilidad dejada de percibir, tal como lo viene aplicando la jurisprudencia, ya comentada, de esta Sección[325].

1.2.1.3. *Indebida adjudicación por error al evaluar una propuesta alternativa.*

El municipio de Rionegro adjudicó una licitación pública a uno de los proponentes, Pavicol Ltda., quien presentó una oferta alternativa en la cual propuso ejecutar la obra objeto del

---

[324] CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539. CONSEJO DE ESTADO. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. 12 de abril de 1999. CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

[325] CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576.

contrato con un material diferente, más económico. No obstante, en la evaluación de la propuesta básica, dicho proponente no alcanzaba el primer lugar en el orden de elegibilidad, puesto que correspondió al demandante. Sobre este caso, el Consejo de Estado precisó:

> Pavicol Ltda., como se desprende del análisis del acervo probatorio, presentó una propuesta básica y una alternativa en que modificó la base granular por base de concreto asfáltico con un menor espesor, razón por la que alteró, sin anfibología alguna, los factores de ponderación objetiva contenidos en el pliego, y en esa medida condicionó la adjudicación de la entidad contratante porque ofertó un menor precio que ninguno de los demás proponentes podía cumplir dentro de sus ofertas básicas las cuales estaban presupuestadas con fundamento en el valor del concreto asfáltico.
>
> Así las cosas, no se podía adjudicar el contrato a la sociedad demandante porque su propuesta básica no era la más favorable a la entidad contratante y, si bien, la oferta alternativa o las excepciones técnicas y económicas introducidas disminuían de manera significativa los costos de ejecución de la obra, lo cierto es que incorporaban modificaciones que no podían ser consideradas de poca monta y que, desde esa perspectiva, alteraban de manera grave y significativa los factores de ponderación y selección objetiva de las propuestas principales o básicas[326].

En consonancia con lo anterior, la Sala declaró la nulidad de la Resolución de adjudicación y ordenó el restablecimiento del derecho de la actora, de acuerdo con lo siguiente:

> La Sala modificará la decisión apelada para reconocer la totalidad de los perjuicios deprecados en la demanda. En efecto, el hecho de que se prive de manera injusta a un proponente de la posibilidad de celebrar y ejecutar el contrato estatal da lugar a que se reconozca el cien por ciento (100%) de la utilidad esperada de la propuesta básica inicial.
>
> (…) a diferencia de lo señalado por el a quo, la Sala modificará la decisión impugnada para, en su lugar, acceder a la totalidad de las pretensiones invocadas en el libelo introductorio, ya que el hecho de que el proponente al que de manera

[326] CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.167.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

> injusta se le privó del derecho a ser adjudicatario no haya ejecutado materialmente el contrato no constituye óbice para reparar el perjuicio cierto y determinado que se le irrogó con una decisión ilegal de la administración.
>
> Lo anterior, puesto que en esta clase de hipótesis no se parte de la pérdida de una oportunidad – en términos de la existencia de una alta probabilidad– sino que se está frente a una lesión antijurídica de un derecho personal, cierto y determinado en cabeza del proponente al que se le priva de celebrar y ejecutar el negocio jurídico con la entidad pública respectiva[327].

1.2.1.4. *No adjudicación de licitación por error en los valores base de cálculo del puntaje.*

La demandante presentó propuesta en una licitación pública convocada por la Universidad Militar Nueva Granada, para la construcción de un edificio de aulas, la cual obtuvo un puntaje inferior al que merecía como consecuencia de un error al momento de calcular los indicadores financieros por el cual se tomaron las cifras de los estados financieros en pesos y no en miles de pesos, error que fue comprobado tanto por el Tribunal de instancia como por el Consejo de Estado y por el que se declaró la nulidad de la resolución de adjudicación.

Respecto del restablecimiento del derecho a favor del actor, la Sala en la Sentencia 25.340 expedida el 31 de marzo de 2014[328], indicó:

> (…) Una de las consecuencias de la prosperidad de la causal de nulidad, es que ésta conlleva necesariamente a ordenar el restablecimiento del derecho, pero en este caso ese restablecimiento no es posible, en razón que las prestaciones relacionadas en el contrato que se declara nulo están ejecutadas y pagadas en su totalidad, y en aplicación del principio de utilidad de los fallos, ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior como consecuencia de la nulidad aquí decretada produciría más efectos nocivos que útiles, por lo que en este caso sólo procede a título de indemnización el pago de la utilidad esperada que dejó de percibir el

[327] CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.167.

[328] CONSEJO DE ESTADO. 31 de marzo de 2014. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 25.340.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.167.

> oferente, tal como lo tiene previsto la Jurisprudencia de la Sala; no la devolución de gastos por cuanto de haber sido el adjudicatario, esos gastos no serían reembolsables.
>
> Igualmente se modificará la decisión apelada para actualizar la condena impuesta en la primera instancia, siguiéndose en este caso, lo dicho por la Jurisprudencia de la Subsección C, en el sentido de precisar que cuando '…se prive de manera injusta a un proponente de la posibilidad de celebrar y ejecutar el contrato estatal da lugar a que se reconozca el cien por ciento (100%) de la utilidad esperada de la propuesta básica inicial… Lo anterior, puesto que en esta clase de hipótesis no se parte de la pérdida de una oportunidad – en términos de la existencia de una alta probabilidad– sino que se está frente a una lesión antijurídica de un derecho personal, cierto y determinado en cabeza del proponente al que se le priva de celebrar y ejecutar el negocio jurídico con la entidad pública respectiva'[329].

1.2.1.5. *No adjudicación por no cumplir un puntaje mínimo.*

En una licitación pública, la Beneficencia de Cundinamarca modificó los factores de evaluación y declaró desierta la licitación pública, afirmando que ninguna de las propuestas superó los 90 puntos de 100 por lo que, de acuerdo con una de las reglas establecidas en el pliego de condiciones, procedía dicha declaración y, posteriormente, procedió a contratar directamente con una persona que había ejercido funciones directivas en la entidad. En una licitación que tuvo lugar simultáneamente en la misma entidad y en la que se había incluido la misma regla, el demandante obtuvo 10 puntos por debajo de los alcanzados en el proceso que dio origen a la acción, pese a lo cual sí le fue adjudicado el contrato. Sobre dicha regla, en Sentencia 26.903 proferida el 26 de junio de 2014 con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, el Consejo de Estado consideró:

> (…) la inclusión de una cláusula en el pliego de condiciones como la estudiada pone en riesgo la selección de la oferta más favorable, en tanto, en lugar de constituir un mecanismo que contribuya a la objetividad del proceso deja un margen de discrecionalidad en la entidad, en contra vía de los aspectos

[329] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, expediente 18167. MP Enrique Gil Botero.

> sustanciales que se requieren satisfacer. Una cláusula en este sentido no puede sino considerarse ineficaz de pleno derecho de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.º, literal f) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993[330].

En consecuencia, la Sala declaró la nulidad de la Resolución de declaratoria desierta y, habiéndose demostrado que el demandante ocupó el primer lugar en la evaluación y que, incluso con una menor calificación se le adjudicó la otra licitación de igual contenido y alcance, ordenó una condena en abstracto a favor del demandante, considerando:

> Empero, ante la ausencia de los elementos de juicio que permitan establecer el porcentaje de la utilidad esperada, la condena se hará en abstracto para que a través del trámite incidental previsto en el artículo 178 del C.C.A. y 137 del C.P.C., se determine su quantum a título de pérdida de oportunidad, bajo los siguientes parámetros:
>
> - Se deberá decretar una prueba pericial para que expertos, con base en los elementos de prueba que obran en el expediente y los que aporte la parte demandante determine el porcentaje de la utilidad que tendría que haber recibido la Unión Temporal Pugal dado su derecho a la adjudicación del contrato considerando, que los gastos en que incurrió la actora no tendrían que ser reembolsados dado su condición de necesarios para acceder a la utilidad.
>
> - Los miembros de la Unión Temporal Pugal podrán aportar documentos como la oferta que presentaron para la licitación n.º 6 o de otros proceso (*sic*) similares, como sus respectivos soportes contables.
>
> La suma resultante una vez actualizada será tenida como monto de la indemnización[331].

Pese a que en la parte considerativa se señaló que la condena se imponía a título de pérdida de la oportunidad, en la parte resolutiva se indicó:

---

[330] Cita original de la Providencia: Sobre el particular se puede consultar entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de febrero de 2012, expediente 20688, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[331] CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26.903.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 14 de octubre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.811.

> **SEGUNDO.- CONDENAR** en abstracto a la Beneficencia de Cundinamarca a favor de los miembros de la Unión Temporal Pugal, por concepto de lucro cesante en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia. Este perjuicio deberá liquidarse mediante trámite incidental de acuerdo a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y 137 del C.P.C., el cual deberá promoverse por el interesado dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia[332].

1.2.1.6. *Entidad corrige de oficio una propuesta.*

El demandante alego que, en la evaluación del concurso para contratar la interventoría de la adecuación de la troncal calle 13 al sistema Transmilenio convocada por el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, se evaluó una de las propuestas como hábil que, al no acreditar debidamente la experiencia habilitante, fue corregida de oficio por la entidad y no por la proponente. La inclusión de esa oferta entre las calificables afectó el cálculo del promedio del valor de la oferta económica y, de acuerdo con una disposición del pliego, condujo a la exclusión de la propuesta del actor. Tal como lo comprobó el Consejo de Estado, si se hubieran aplicado adecuadamente las reglas del concurso, la propuesta corregida de oficio habría sido rechazada y, por lo tanto, no habría sido tenida en cuenta en el cálculo del valor promedio ofertado y, a su vez, el demandante habría alcanzado el primer lugar en la calificación[333].

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda por considerar que los requisitos que no fueron cumplidos por la propuesta que, según el actor, debió rechazarse, no eran sustanciales y por no tanto tenían entidad suficiente para que el IDU rechazara la oferta. Por su parte, el Consejo de Estado concluyó:

---

[332] CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26.903.

[333] "Verificadas las operaciones matemáticas realizadas por la entidad para la asignación de puntajes, encuentra la Sala que en el evento de haber sido declarada inaceptable la propuesta del consorcio Ingetec-Hidroestudios, el promedio se habría modificado siendo el 95% del mismo $2.918.313.492,12, de modo que de los cuatro proponentes que fueron rechazados, el único que quedaría dentro del rango exigido sería el Consorcio Pablo Emilio Bocarejo, puesto que las propuestas económicas de los otros proponentes, según lo consignado en la Resolución 194 del 31 de enero de 2002, estaban por fuera de la media exigida". CONSEJO DE ESTADO. 10 de agosto de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 34.713.

> Al respecto, considera la Sala, que la actuación de la entidad desbordó sus facultades, porque efectivamente la entidad podía y debía solicitar las aclaraciones que considerara pertinentes dándole al proponente la oportunidad de clarificar la información suministrada, pero no podía desplazarlo en el cumplimiento de dicha exigencia. En este orden de ideas, una vez se concedió al proponente la oportunidad de aclarar su propuesta, si éste no cumplió con lo exigido, lo procedente era calificarla como inaceptable, y no proceder oficiosamente a completarla, lo que en efecto ocurrió, ya que el IDU se encargó de recolectar los documentos echados de menos para la debida acreditación de la experiencia, carga que si fue observada por los otros proponentes[334].

La Sala declaró la nulidad de la resolución de la adjudicación y ordenó a título de restablecimiento una indemnización a favor del actor, de acuerdo con lo siguiente:

> Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, si el demandante demuestra que su propuesta era la más conveniente, tendrá derecho a ser indemnizado, y aunque se ha discutido cuál debe ser la suma a reconocer, en la actualidad es pacífico considerar que éste corresponde a la utilidad esperada, suma que constituye un lucro cesante futuro y cierto, ya que de haberle sido adjudicado el contrato habría obtenido una ganancia razonable sin que pueda considerarse que la indemnización debe ser el valor total del contrato porque ello implicaría dejar por fuera los gastos propios de la ejecución del mismo[335].

Respecto de la indemnización procedente en la misma providencia, la Sala señaló:

> En este tipo de situaciones la Sala ha considerado que puede aplicarse la valoración en equidad para establecer el monto o quantum a indemnizar, pero no para demostrar la existencia del daño.
>
> Al respecto, en sentencia de unificación, esta Sala afirmó:
>
> '(…) la Sala debe tener en cuenta que en casos como el presente, en los cuales hay certeza sobre el perjuicio, pero no acerca de la cuantía, sería inequitativo e injusto

---

[334] CONSEJO DE ESTADO. 10 de agosto de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 34.713.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.

[335] CONSEJO DE ESTADO. 10 de agosto de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 34.713.

que no se profiriera condena a favor del actor. La equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad que sufrió el actor de participar de procesos de contratación por espacio de cinco años y, en consecuencia, para condenar en concreto, debe contar con elementos objetivos que la sustenten, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario[336].

Así las cosas, al constatar la Sala que de acuerdo con los valores del mercado para esa época, las utilidades esperadas en este tipo de contratos, eran del orden del 5%, tomará como base dicho parámetro, y teniendo en cuenta los antecedentes de casos similares analizados por esta Corporación, aplicando el criterio de equidad, establecerá en ese porcentaje el monto de los perjuicios a reconocer en este caso concreto[337].

1.2.1.7. *Declaratoria desierta de proceso de selección pese al cumplimiento de requisitos habilitantes.*

La entidad demandada declaró desierto un grupo dentro de una selección abreviada de subasta inversa electrónica para el suministro de refrigerios escolares, por considerar que no se acreditó un requisito habilitante; decisión que basó en la aplicación incorrecta de las fórmulas previstas en el pliego de condiciones para hacer el respectivo cálculo. El Consejo de Estado consideró que ante dicha situación el daño generado fue la pérdida de la oportunidad. Al respecto señaló:

No puede perderse de vista que la jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme y reiterada ha sostenido que, cuando la Administración se abstiene de adjudicar un contrato como producto de un procedimiento de selección y lo declara desierto o este se adjudica a un proponente que no formuló la oferta más favorable, estas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la escogencia, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato. Así, la estimación de perjuicios derivados de los supuestos referidos compete realizarla al juez en atención a la línea jurisprudencial expuesta y con apego a los valores de la propuesta afectada con la

[336] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de (2012. Radicación: 15024. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

[337] CONSEJO DE ESTADO. 10 de agosto de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 34.713.

decisión de no adjudicarle el procedimiento de selección, cuando ha debido procederse en esa dirección[338].

Sobre la indemnización procedente en este caso el Consejo de Estado señaló:

> Así las cosas, en atención que no existen elementos para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales precedentes en los que esta Subsección ha afrontado la misma situación, acudirá a las reglas de la experiencia y a la sana crítica, para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los mismos lineamientos trazados por esta Corporación en oportunidades anteriores. En ese orden, la Sala considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular el cinco por ciento (5%) por concepto de la utilidad esperada, por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado[339].

Cabe aclarar que la Sala consideró que la condena por concepto de la utilidad no percibida correspondía al concepto de lucro cesante y no al de pérdida de la oportunidad:

> ii) se reducirá la condena emitida en primera instancia por concepto de lucro cesante, para en su lugar reconocer en favor de la unión temporal NUTRIR CAPITAL 2015, de acuerdo al porcentaje de su participación en esa agrupación, a cada uno de sus miembros, la suma de $112'109.991, por concepto de la utilidad dejada de recibir con ocasión de la no adjudicación del contrato derivado del procedimiento de selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014[340].

---

[338] CONSEJO DE ESTADO. 14 de febrero de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 58.894.

[*] Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 29.855.

[339] CONSEJO DE ESTADO. 14 de febrero de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 58.894.

[340] CONSEJO DE ESTADO. 14 de febrero de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 58.894.

1.2.2. Indemnización igual al 100% de la utilidad esperada por concepto de pérdida de la oportunidad.

Como se señaló al inicio de este capítulo, una variación de la aplicación de la posición por la cual se concede una indemnización por el 100% de la utilidad esperada consiste en reconocer dicho valor no por concepto de lucro cesante, sino expresamente por pérdida de la oportunidad o simplemente como utilidad dejada de percibir.

El primer ejemplo de esta variante se encuentra en la Sentencia 14.462 del 29 de mayo de 2003 en la cual se reconoció que se estaba ante un caso de pérdida de la oportunidad y, sin mencionar el concepto de lucro cesante, pero reconociendo el precedente jurisprudencial de la Sentencia 13.792 de 2002, señaló que la pretensión resarcitoria correspondía al reconocimiento de las utilidades que hubiere percibido el demandante en caso de que la adjudicación de la licitación y por consiguiente, la ejecución del contrato se hubiere llevado a cabo.

En el fallo del 29 de mayo de 2003 la Sala advirtió que, a fin de hacer descuentos sobre el valor de la ganancia esperada por el demandante en el cálculo de la indemnización, sería necesario que en el proceso judicial se discutiera la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual requeriría de la existencia de material probatorio que desvirtuara dicho monto.

En un caso resuelto el 22 de octubre de 2012, mediante la Sentencia 22.088, acumulado 39.109, se consideró que el demandante había perdido la oportunidad de obtener la adjudicación de una licitación pública, como consecuencia de la indebida imposición de una multa en la ejecución de un contrato estatal por parte de otra entidad. Sobre por qué se ordenaba una indemnización igual a la utilidad esperada en el contrato licitado la Sala indicó que conceder una indemnización por un monto superior a dicha ganancia constituye daño eventual y, además, que no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido toda la utilidad que esperaba, de haber ejecutado el

contrato. Esto es, que el hecho de que no se haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico con la ejecución, no significa que necesariamente la utilidad hubiera sido inferior a lo calculado.

Tanto en la Sentencia 23.787 de 20 de mayo de 2013 el Consejo de Estado como en la 29.855 del 12 de noviembre de 2014, ambas con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, se reconoció a favor del demandante el 100% de la utilidad que esperaba alcanzar por la ejecución de un contrato que no le fue adjudicado, a pesar de tener derecho a ello, tomando en los dos casos como referencia lo resuelto en la providencia 19.258 de 18 de julio de 2012[341]. En la parte resolutiva de las dos Sentencias se señaló expresamente que la condena se ordenaba por concepto de la utilidad dejada de percibir.

Ante la ausencia del valor que determinara cuál era la utilidad esperada por el actor, en la Sentencia 29.855 la Sala acudió al criterio de equidad y reconoció el 5% del valor total de la propuesta presentada a título de indemnización. Este mismo criterio fue acogido en la providencia 49.025 de 12 de mayo de 2016 con ponencia de la Dra. Marta Nubia Velásquez Rico, en cuya parte considerativa se señaló que cuando la Administración realiza una indebida adjudicación o declaratoria desierta de un procedimiento de selección genera un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido, causa un daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato. No obstante, en la parte resolutiva del fallo se abstiene de señalar bajo qué concepto se ordena la indemnización.

Como se ha dejado en evidencia, si bien es cierto que en varias Sentencias[342] el Consejo de Estado ha aclarado que cuando hay certeza de que la adjudicación debió recaer en cabeza del demandante se está ante un perjuicio futuro cierto que debe ser indemnizado por

[341] Esta Sentencia no hace parte de las estudiadas en este trabajo toda vez que no contiene referencia expresa a la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

[342] CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525 y CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

concepto de lucro cesante, también lo es que no en todos los casos en que se ha probado que el actor debió ser el ganador del proceso de selección se ha utilizado dicho concepto y, en su lugar, se ha hecho referencia expresa a la doctrina de la pérdida de oportunidad, tal como ocurre en este grupo de providencias, lo que muestra que la aplicación de esta teoría no se ha dado de manera consistente por parte del Consejo de Estado.

1.2.2.1. *Restablecimiento de derecho por nulidad de la declaratoria desierta.*

El IDU abrió una licitación pública que declaró desierta con fundamento en la denuncia de uno de los proponentes según la cual otros dos lo habrían invitado a elevar el precio de la propuesta. El Consejo de Estado ya había declarado previamente en otro proceso la nulidad de la Resolución por la cual se hizo la declaratoria desierta del proceso de selección, por lo que en este asunto solo se encargó de estudiar si procedía o no el restablecimiento del derecho solicitado por el demandante. Sobre el caso en concreto, la Sala indicó:

> Al demandante se le frustró la oportunidad de que se le adjudicara el grupo dos de la invitación pública No. 5 de 1993, como lo recomendó el comité asesor al director de la entidad demandada, el cual seguramente así habría procedido en la audiencia pública de adjudicación de no haberse hecho en ésta las denuncias que llevaron a que la misma se suspendiera y, posteriormente, a declarar desierta la licitación[343].

Pese a que la Sala señaló expresamente que al actor se le frustró una oportunidad, en la solución del caso no se hizo referencia a la doctrina de la *chance*. Para efectos de la reparación se hizo alusión al concepto de utilidad esperada. Así, se señaló:

---

[343] CONSEJO DE ESTADO. 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.462.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

> En cuanto a la segunda pretensión resarcitoria, esto es, el reconocimiento de las utilidades que hubiere percibido el demandante en caso de que la adjudicación de la licitación y por consiguiente, la ejecución del contrato se hubiere llevado a cabo, recientemente la sala sostuvo que la indemnización del demandante en casos como el que se examina, debe corresponder al 100% de la utilidad proyectada.
>
> Así, en la sentencia del 27 de noviembre de 2002 (Exp. 13.792), la sala aclaró su criterio en relación con el monto de la indemnización que la jurisprudencia venía reconociendo al licitante que injustamente era privado de la adjudicación del contrato[344].
>
> La variación en el porcentaje de la indemnización obedece a que de acuerdo con los principios que orientan la ley 80 de 1993[345], se quiso garantizar al contratista el derecho a percibir las utilidades previstas al momento de formular su propuesta o de celebrar el contrato, según el caso, cuando las mismas no se obtengan por causas que no son imputables a él, de lo cual podía inferirse que era obvio y natural que obtuviera las utilidades que proyectó[346].

1.2.2.2. *Multa indebidamente impuesta en un contrato estatal por la cual se reduce el puntaje en un proceso de selección.*

A las sociedades demandantes integrantes de un consorcio les fueron impuestas multas durante la ejecución de un contrato estatal. Por esta razón, una de las actoras fue penalizada con un descuento en el puntaje asignado en una licitación pública en la que participó, lo que impidió que le fuera adjudicado el contrato al que aspiraba, por lo cual reclama indemnización. Sobre este caso, la Sala concluyó:

> En este horizonte, no queda la menor duda de que si al actor no se le hubieran restado los dos (2) puntos habría obtenido el máximo puntaje -100-, y necesariamente se le habría adjudicado el contrato –no cabe duda de eso-, de allí

[344] Cita original de la Providencia: En sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344, la sala consideró que en desarrollo del principio de valoración del perjuicio en equidad, la indemnización no debía ser equivalente a la totalidad de la utilidad esperada por el contratista, toda vez que al no haber ejecutado el contrato "no se aplicó su fuerza de trabajo y organización empresarial como contratista de la obra", lo cual justificaba reducir el *quantum* indemnizatorio al momento de tasarse, ya que no es lo mismo obtener la utilidad trabajando y ejecutando el contrato que obtenerla sin haberlo ejecutado y por ello, el reconocimiento por este concepto se fijó en un 50% de la utilidad esperada.

[345] Cita original de la Providencia: Artículos 3, 4 ord. 8º, 5 num. 1 y 27.

[346] CONSEJO DE ESTADO. 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.462.

> que no se requieren mayores elucubraciones para entender que la oportunidad pérdida por la parte apelante provino de la aplicación de la sanción de multa que le impuso el Municipio de Medellín con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994[347].

Establecida la certeza sobre el hecho que la imposición de las multas condujo a la pérdida de la oportunidad de ganar la adjudicación y ejecutar el contrato, a efectos de determinar el monto de la indemnización, el Consejo de Estado hizo una revisión jurisprudencial sobre la reparación por la privación injusta de la adjudicación:

> (…) La Sala encuentra que en los eventos en que las entidades estatales se abstienen de adjudicar un contrato a quien debió ser beneficiado con tal decisión en un proceso licitatorio, o cuando se adjudica a quien no merecía dicho provecho, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, porque en estas hipótesis se le niega al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar un perjuicio patrimonial que, desde luego, exige la prueba específica del mismo y de su alcance.
>
> Sobre eventos de esta naturaleza, la jurisprudencia de esta Sección se ha pronunciado en repetidas ocasiones, y ha llegado a las siguientes conclusiones, las cuales se presentarán considerando la línea jurisprudencial que se puede construir en su etapa más reciente:
>
> Primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente. (…).
>
> (…) En esta providencia se hizo una diferencia entre la indemnización por la indebida adjudicación o la falta de adjudicación y la denominada pérdida de la oportunidad. Ésta última se configura cuando durante un proceso de selección, una oferta que cumplía los requisitos para competir con las demás presentadas, ni siquiera fue evaluada por la administración.

---

[347] CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.088 acumulado 39.109.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539. CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999.C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792. CONSEJO DE ESTADO. 11 de febrero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 31.210.

En este último supuesto la indemnización que ha concedido el Juez administrativo no es equivalente al 100% de la utilidad esperada sino un porcentaje inferior, definido por él, y para ello acude a la valoración en equidad, como criterio para fijar la indemnización.

(…).

Segunda posición jurisprudencial. En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a ella, no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada -como se indemnizó en el caso anterior-, por dos razones, principalmente:

Primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente. Segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la misma.

(…)

Tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera tesis expuesta, es decir, a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos: En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior porque cualquier monto por encima constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo. En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber ejecutado el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior[348].

Respecto del monto de indemnización, la Sala señaló:

(…) Cuando se priva de la adjudicación o de la ejecución de un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya

[348] CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.088 acumulado 39.109.

valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado.

Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se discutiera la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtúe el monto de la misma. Esto, sin embargo, no ocurre en el presente proceso.

No obstante, lo particular de esta jurisprudencia es que se ha aplicado en tres supuestos: i) en eventos de indebida adjudicación de un contrato, ii) en caso de indebida declaración de desierta de un proceso de selección, y iii) en supuestos de imposibilidad de ejecutar un contrato adjudicado[349].

Es evidente que el mismo análisis se debe extender al supuesto del caso concreto, esto es: iv) a la adjudicación de un contrato a quien ocupó el primer lugar en la evaluación de ofertas –acto administrativo del Área Metropolitana del Valle de Aburrá-, ante la imposibilidad que tuvo otro participante –el demandante en este proceso- de obtener ese lugar, por un error o decisión equivocada de otra entidad estatal –Municipio de Medellín-, que influye negativamente en la evaluación de las ofertas de la licitación adelantada por aquella[350].

1.2.2.3. *Carga probatoria en demanda de nulidad contra el acto de adjudicación e Indemnización procedente por pérdida de la oportunidad.*

Una sociedad presentó demanda de nulidad contra el acto de adjudicación de un proceso de licitación pública, convocado por la Gobernación del Vichada, argumentando que el

---

[349] Cita propia del original: Esta solución se aplicó en la sentencia de febrero 11 de 2009 –exp. 31.210-: "De allí que, la condena impuesta por el a quo, por concepto de lucro cesante, a raíz de la utilidad dejada de percibir por el contratista, es correcta, pues, de acuerdo con el componente U de la oferta, corresponde al 8.96% del valor total del contrato.

"Bajo esta perspectiva, es evidente que la utilidad esperada se convierte en un lucro cesante futuro y cierto, pues existe un contrato perfeccionado y, además, el contratista cumplió con los requisitos a su cargo para ejecutarlo, como es la constitución de la garantía, la cual –incluso- fue aprobada por la entidad el día 2 de octubre de 1997.

"Por tanto, el monto indemnizable por este concepto corresponde al 100% de la utilidad que percibiría el señor Hormaza Sarria, de haber tenido la oportunidad de ejecutar el contrato.

"De esta manera la Sala hace extensivo el análisis, el estudio, las conclusiones y la forma de indemnizar que se emplea cuando se demanda por indebida adjudicación de un contrato o por declaración de desierta mal empleada, al presente caso, donde el problema nada tiene que ver con la adjudicación, sino con la inejecución de un contrato suscrito.

"En otras palabras, para la Sección está claro que cuando no se adjudica un contrato a quien debió ser beneficiario de esa decisión, la indemnización corresponde al 100% de la utilidad esperada. Pues bien, si esta tesis aplica tratándose de ese supuesto, con mayor razón debe regir si ya está suscrito el contrato –pues hay menos incertidumbre-, pero por culpa de la entidad no se pudo ejecutar."

[350] CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.088 acumulado 39.109.

contratista seleccionado no estaba habilitado. Ante tal situación, la demandante debió ser la adjudicataria, por haber ocupado el segundo lugar en la calificación.

En esta Sentencia, el Consejo de Estado reiteró que el demandante que considere que tenía derecho a resultar adjudicatario en un proceso de selección pública debe acreditar ante el Juez no solo que la propuesta ganadora no tenía derecho a serlo, sino, además, que la propuesta presentada por el actor a la Administración era la que habría resultado beneficiaria del contrato, de no mediar el hecho dañino. Una vez verificada esta condición, el Alto Tribunal señaló:

> Ahora bien, a juicio de la Sala, algunas de las pretensiones de condena deprecadas en la demanda no están llamadas a prosperar.
>
> En efecto, la relacionada con los gastos de administración no puede tener éxito, porque el demandante no incurrió en erogación alguna por este concepto, debido a que no ejecutó el contrato, de modo que disponer una condena por tales expensas, generaría un enriquecimiento sin causa.
>
> La pretensión relacionada con el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por la falta de utilización del equipo propio también está condena al fracaso, pues la demandante pudo utilizar dichos equipos en la ejecución de otros trabajos distintos al que aspiraba desarrollar para el departamento del Vichada, por el plazo previsto en los pliegos de condiciones de la licitación pública 001 de 1996, para la construcción obras proyectadas.
>
> Los gastos en que incurrió la demandante para confeccionar la oferta no pueden ser reconocidos, porque, para percibir la utilidad derivada de la ejecución del contrato, necesariamente debió incurrir en ellos.
>
> En conclusión, la única pretensión de condena que tiene vocación de prosperidad es la relacionada con el reconocimiento de la utilidad que la demandante pretendía obtener por la ejecución de las obras, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, cuando se deja de adjudicar un proceso de selección o se adjudica a quien no corresponde, se causa un daño a quien debió ser favorecido y que la valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad

que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado (pérdida de oportunidad)[351].

1.2.2.4. *Rechazo de propuesta sin solicitar subsanación de los requisitos.*

La Corporación Autónoma de Cundinamarca –CAR- rechazó la propuesta presentada por los demandantes porque, en su concepto, la autorización del representante legal de uno de ellos no era suficiente para constituir la unión temporal y, potencialmente, para celebrar el contrato. A juicio de la Sala, la demanda no tuvo en cuenta que el documento que estimaba inexacto no era necesario para la comparación de las propuestas, por lo que declaró la nulidad de la adjudicación y, estando probado que era la mejor oferta, se ordenó una indemnización a favor de los actores de acuerdo con lo siguiente:

> La Sala considera que de las pretensiones de condena antes enunciadas la única que está llamada a prosperar es la del reconocimiento y pago de la utilidad que las demandantes pretendían obtener con la ejecución del contrato, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, cuando se deja de adjudicar un proceso de selección o se adjudica a quien no corresponde, se causa un daño a quien debió ser favorecido y que la valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado (pérdida de oportunidad)[352].
>
> (…)

[351] CONSEJO DE ESTADO. 20 de mayo de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 23.787.

* Nicho citacional (Sobre la carga procesal que tiene la parte demandante que pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación, por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección): CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.056. CONSEJO DE ESTADO. 29 de enero de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 13.206. CONSEJO DE ESTADO. 4 de junio de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 14.169. CONSEJO DE ESTADO. 4 de junio de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17.783. CONSEJO DE ESTADO. 26 de abril de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16.041. CONSEJO DE ESTADO. 11 de marzo de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.355. CONSEJO DE ESTADO. 19 de septiembre de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 8.071.

[352] Cita original de la Providencia: A este respecto, ver, por ejemplo, sentencia proferida por esta Subsección el 18 de julio de 2012, exp. 19.258.

> Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración[353], un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.
>
> Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887[354] (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales. Es de anotar que los gastos de administración e imprevistos no pueden ser reconocidos, porque al no ejecutarse el contrato no se incurrió en ellos[355].

1.2.2.5. *No adjudicación por inducción a error a los proponentes.*

La Agencia Logística de las Fuerzas Militares inhabilitó la propuesta presentada por la sociedad demandante en un proceso de selección abreviada que fue declarado desierto respecto de uno de sus ítems, con fundamento en la presunta inobservancia del requisito consistente en el Registro de Productor Nacional, expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que, según el actor, no era necesario para la comparación efectiva de las propuestas, ni había sido requerido en los pliegos de condiciones en la forma exigida por el comité evaluador, pues en ellos se permitía acreditar tal condición con otros documentos, entre los que se encontraban el aportado por la demandante.

El Consejo de Estado, al verificar que le asistía razón a la actora y que, con el requisito así exigido, la entidad "no solo desatendió la carga de claridad que deben tener los requisitos objetivos, sino que indujo a error a los proponentes"[356], y al verificar que "de no ser por la

---

[353] Cita original de la Providencia: El Decreto 73 del 18 de enero de 2002 contempla el 10% sobre los costos directos, por concepto de gastos de administración y de supervisión en los servicios de vigilancia y seguridad privada.

[354] Cita original de la Providencia: Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó (*sic*) materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

[355] CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 29.855.

[356] CONSEJO DE ESTADO. 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 49.025.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 29.855.

inobservancia del mencionado requisito, la propuesta de la demandante habría sido la única oferta apta para ser considerada en la evaluación de la oferta económica"[357], decidió declarar la nulidad del acto por el cual se declaró desierto el ítem 3 de la selección y ordenó una indemnización a favor del demandante por concepto de pérdida de la oportunidad. Al respecto señaló:

> La jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme y reiterada ha sostenido que cuando la Administración se abstiene de adjudicar un contrato como producto de un procedimiento de selección o este se adjudica a un proponente que no formuló la oferta más favorable, estas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la selección, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato[358].

Ahora bien, teniendo en cuenta que el demandante reclamaba como utilidad dejada de percibir una suma equivalente al 20% del precio ofertado, la Sala consideró que, al no haber discriminado en la propuesta que tal porcentaje correspondía a la utilidad, debía acudirse al criterio jurisprudencial para establecer el monto a reparar. Sobre este punto, consideró:

> Comoquiera que no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales precedentes en los que esta Subsección[359] ha afrontado la misma situación, acudirá a las reglas de la

---

[357] CONSEJO DE ESTADO. 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 49.025.

[358] CONSEJO DE ESTADO. 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 49.025.

[359] Cita original de la Providencia: Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, proferida el 12 de noviembre de 2014, dentro del expediente No. 29.855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera:

"Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.

"Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 188733 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales".

> experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los mismos lineamientos trazados por esta Corporación en oportunidades anteriores.
>
> En ese orden, la Sala considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular, el cinco por ciento (5%) por concepto de la utilidad esperada por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado[360].

CONCLUSIONES

Con el establecimiento de la posición mayoritaria del Consejo de Estado por la cual se analizan las probabilidades de obtener la adjudicación o la celebración de contratos estatales se pretendió excluir del análisis de la responsabilidad precontractual las consideraciones sobre la posibilidad real de acceder a la utilidad esperada.

Con dicha postura, se analizan solo las probabilidades de suscribir el contrato con la Administración y se omite el estudio, que se había efectuado en providencias previas sobre casos similares, sobre la falta de asunción de riesgos por parte del demandante que no pudo ejecutar el contrato al que aspiraba, así como la ausencia de trabajo y esfuerzo para obtener la utilidad por parte de quien resultara afectado por la decisión ilícita.

Las decisiones del Consejo de Estado que han tenido como fundamento la posición mayoritaria estudiada en este capítulo han sido consistentes en lo que tiene que ver con la asignación del monto de la reparación. Gracias a ello, en aquellos casos en los que se comprobó que la posibilidad de ganar la adjudicación era del 100% en ausencia del ilícito la indemnización otorgada correspondió al mismo porcentaje de la utilidad. En esta misma medida, en los asuntos en los que se encontró que no se estaba ante la probabilidad total de suscribir contratos estatales la indemnización se ordenó en proporción a las

[360] CONSEJO DE ESTADO. 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 49.025.

probabilidades acreditadas o consideradas como tales por el Consejo de Estado según criterios como el de equidad.

Donde ha faltado consistencia en la aplicación de la postura mayoritaria del Consejo de Estado es en lo que tiene que ver con el concepto por el cual se ordena la indemnización en los asuntos en los que se probó con total certeza que el demandante habría podido celebrar acuerdos contractuales con el Estado de no haberse presentado el hecho dañino que le impidió hacerlo. Por esta razón, dentro de esta misma posición jurisprudencial, se encuentran tanto Sentencias en las que se ordena la reparación por lucro cesante así como otras en las que se da por concepto de pérdida de oportunidad.

Las diferencias en el concepto de indemnización no se traducen en un monto de indemnización distinto. En todos los casos en que se comprobó una probabilidad de hacerse con la adjudicación del contrato equivalente al 100% el monto de la reparación fue igual a la totalidad de la utilidad que se esperaba obtener con la adjudicación del acuerdo estatal. Es decir que, cuando se tiene la certeza de la adjudicación en ausencia del acto ilícito de la Administración, el Consejo de Estado mediante la aplicación de la postura mayoritaria utiliza la misma medida del perjuicio, sin importar a qué concepto corresponda.

La inconsistencia respecto del concepto de indemnización no se presenta en los casos en los que se comprobó que el demandante tenía probabilidades serias de acceder a la contratación estatal, pero inferiores al 100%. En estos casos, se evidencia que, de manera consistente, ante la duda sobre la certeza del perjuicio el Consejo de Estado optó por ordenar la reparación por concepto de la pérdida de oportunidad.

CAPÍTULO VI. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS PARA APLICAR LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES

INTRODUCCIÓN

La ausencia de unanimidad frente a la teoría de la pérdida de la oportunidad implica la existencia de posiciones alternativas que han servido para justificar la aplicación de esta doctrina en la responsabilidad precontractual del Estado.

El estudio de la aplicación de la teoría de la *chance* en la jurisprudencia del Consejo de Estado de responsabilidad precontractual no estaría completo sin el análisis que integre tanto la posición mayormente aceptada como las decisiones que no coinciden con esta. Por ello, en este capítulo se mostrarán cuáles han sido las posturas jurisprudenciales que han antecedido a dicha posición mayoritaria, así como aquellas que, con posterioridad a la fijación de esa postura[361], se han apartado de su aplicación.

A través de este análisis de las posiciones alternativas se pretende no solo comprender cómo se emplea la teoría de la *chance* en Colombia sino, además, identificar si, de acuerdo con los preceptos doctrinales y jurisprudenciales analizados en la parte inicial de este trabajo, el empleo de esta teoría puede ser susceptible de mejoras o recomendaciones a fin de que sea lo más preciso posible con el objetivo de que, por su medio, se puedan materializar los principios de igualdad y seguridad jurídica.

De acuerdo con la revisión efectuada de las veintidós sentencias, en las que el Consejo de Estado colombiano hizo referencia expresa a la oportunidad perdida analizando casos de

[361] Esto es, con posterioridad a la Sentencia CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.

responsabilidad precontractual del Estado, seis corresponden a pronunciamientos en los que no se aplicó la postura mayoritariamente aceptada, por lo que su estudio resulta necesario para analizar si dicha posición es la más adecuada para solucionar este tipo de casos o si alguna de las alternativas puede servir de mejor forma a dicho propósito.

En las seis providencias que contienen posturas alternativas se identificaron tres tendencias diferentes que se distinguen entre sí por el concepto y monto de la indemnización ordenada a favor de los respectivos de demandantes. Por esta razón, este capítulo se dividirá en el mismo número de partes a fin de analizar detalladamente cada una de las posiciones jurisprudenciales minoritarias.

Tal como se ha definido para los análisis previamente efectuados, las Sentencias que se incluyen en este capítulo corresponden exclusivamente a aquellas en las que el Consejo de Estado hizo mención expresa a las oportunidades perdidas y no se hará referencia a los aspectos procesales que fueron estudiados en las providencias aquí incluidas.

1. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS PARA APLICAR LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES

Como ocurre en el estudio doctrinal de la teoría de la pérdida de la oportunidad, las consideraciones jurisprudenciales sobre la misma no son unívocas. En el caso del Consejo de Estado, las diferencias que han surgido en la aplicación de esta teoría son esencialmente en cuanto a la medida de reparación del perjuicio y el concepto por el cual finalmente se ordena la indemnización.

Previo a la definición de la posición jurisprudencial mayoritaria efectuada por el Consejo de Estado mediante la Sentencia 13.792 de 2002, el Alto Tribunal había reparado el perjuicio surgido por la indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos de selección por parte de la Administración de dos formas distintas.

En una primera ocasión, dada en 1998, se decidió reconocer una indemnización por concepto de lucro cesante, daño emergente y, adicionalmente, por el perjuicio de la oportunidad perdida en una Sentencia que significó una reparación por encima de la utilidad esperada con la ejecución del contrato del cual fue privado el demandante.

Posteriormente, en 1999, la Corporación modificó el criterio y decidió que la reparación por la oportunidad frustrada de obtener una ganancia a través de un contrato estatal no podía ser igual al valor de la utilidad que se esperaba conseguir, habida cuenta que el demandante no había puesto ningún esfuerzo en la ejecución, en lo que se considera un análisis relacionado con la posibilidad de acceder efectivamente a la ganancia que el demandante podría haber obtenido con la ejecución del acuerdo contractual, distinto de aquel por el cual se estudian las posibilidades de ganar el proceso de adjudicación.

Esta forma de analizar la oportunidad perdida se realizó de forma intermitente por parte del Consejo de Estado en Sentencias de 2009, 2014 y 2020. Esto es, no solo con posterioridad a la definición de la postura mayoritaria sino, además, de forma simultánea a la aplicación de esta.

Cabe aclarar que esta segunda interpretación de la forma de calcular la indemnización correspondiente a la oportunidad que se dio en una Sentencia de julio de 2020, con ponencia de la Consejera Adriana Marín, es concordante con la postura asumida en una providencia expedida en marzo de 2021 con ponencia de esta misma magistrada, en la que se resolvió un caso de indebida declaratoria de caducidad, lo que muestra una evolución en la forma de analizar el perjuicio de pérdida de oportunidad al interior del Consejo de Estado, sin que aún se pueda considerar una postura mayoritaria no solo por el número de Sentencias, sino porque no se encontraron providencias recientes con ponencias de otros magistrados o de otras subsecciones que reiteren esta posición.

Una tercera variante, posterior a la expedición de la Sentencia 13.792 de 2012, utilizada por única vez en una providencia proferida en 2013, el Consejo de Estado indemnizó al

demandante por la oportunidad perdida como consecuencia de la indebida declaratoria de un proceso de selección por concepto de daño emergente. Es decir, solamente por el costo de los gastos en que incurrió el actor para la presentación de la oferta, sin consideración a la utilidad que esperaba recibir.

A continuación, se presentan los extractos de las Sentencias que hacen parte de este grupo.

1.1. Reparación de la oportunidad perdida por adjudicación indebida de un proceso de selección por concepto de daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad.

La primera Sentencia en la que se encontró mención expresa por parte del Consejo de Estado a la teoría de la pérdida de la oportunidad en casos de responsabilidad extracontractual por hechos ocurridos durante la etapa de formación de contratos públicos, fue la proferida el 28 de mayo de 1998, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque.

En dicha Sentencia, la Corporación analizó un caso del mismo demandante que involucraba dos situaciones distintas:

La primera, la responsabilidad por la adjudicación de un contrato respecto de un ítem del proceso de selección que debió corresponder al demandante por haber presentado la mejor oferta, de acuerdo con lo probado en el juicio.

La segunda, la responsabilidad ante la no inclusión de la propuesta presentada en dos ítems adicionales del mismo proceso de selección sobre los cuales la demandante no demostró que había presentado la mejor oferta y en los que solo se comprobó que había ofrecido el mejor precio de acuerdo con los criterios del pliego de condiciones.

Evaluadas estas dos situaciones, el Consejo de Estado concluyó que, en el primer asunto, esto es ante la comprobada adjudicación injusta de un contrato y la verificación de que la oferta presentada por el demandante era la mejor, la reparación debía corresponder a una indemnización por los siguientes dos conceptos:

1. Daño emergente, consistente en el 100% de la utilidad calculada.

2. Lucro cesante, correspondiente a un valor histórico anual sobre el daño emergente.

En el segundo asunto, el Consejo de Estado señaló que ante la constatación de haber ofertado el mejor precio, pero pese a que se había descuidado la parte probatoria y la falta de prueba de que la propuesta presentada era la mejor respecto de los demás criterios de asignación de puntaje, procedía una indemnización por concepto de pérdida de la oportunidad de que su propuesta fuera considerada en la evaluación, calculada sobre el 80% de lo que se esperaba obtener como utilidad.

Esta posición llama la atención por dos aspectos. El primero de ellos es que, en ambos casos, el actor recibió una indemnización por dos montos relacionados directamente con la utilidad. Por una parte, en el ítem que demostró haber presentado la mejor propuesta, se ordenó a su favor una indemnización equivalente al 100% de la ganancia calculada por concepto de daño emergente y, además un interés por concepto de lucro cesante. Por otra parte, la utilidad también sirvió para calcular el valor de la indemnización por concepto del perjuicio de pérdida de oportunidad que se tasó sobre el 80% de la ganancia calculada, reducción que se ordenó ante la no demostración de que la oferta presentada era la mejor.

El segundo aspecto que resulta interesante sobre esta postura es que la indemnización por la indebida adjudicación y la pérdida de la utilidad esperada por el demandante fue

considerada daño emergente y no se encuadró dentro del concepto de lucro cesante, como se haría posteriormente[362] con relativa frecuencia.

Lo resuelto en esta Sentencia refiere a dos tipos de casos distintos, pero, en todo caso, difiere de la postura mayoritariamente aceptada por el Consejo de Estado en las Sentencias en las que se reconoció la posibilidad de reparar la pérdida de oportunidad en responsabilidad precontractual. En el primer punto el concepto de la reparación fue el daño emergente y, en el segundo, se accedió a la indemnización, pese a que no estaba demostrado en el proceso que la propuesta presentada era la mejor.

Lo decidido con fundamento en esta primera postura no tuvo eco en la jurisprudencia. Posterior a la Sentencia de mayo de 1998 no se encontraron providencias en las que el Consejo de Estado hubiera decidido de forma similar. No obstante, en Sentencia expedida en 2006 con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández[363], se destacó que lo decidido para el expediente 10.539 constituyó una primera posición jurisprudencial sobre la forma de indemnizar cuando la Administración adjudica indebidamente un contrato estatal.

A continuación, se presenta el resumen del caso y los apartes más relevantes de la Sentencia que contiene esta posición.

1.1.1. Indemnización por exclusión de una propuesta de la calificación.

El Instituto de Seguros Sociales convocó una licitación pública para la adquisición de muebles hospitalarios, para lo cual decidió que la contratación se dividiría en 4 ítems, de los cuales fueron adjudicados el 1, el 2 y el 4. El ítem 3 no fue objeto de adjudicación ni de

[362] CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792. CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576. CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.167. CONSEJO DE ESTADO. 14 de octubre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.811. CONSEJO DE ESTADO. 3 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 22.898. CONSEJO DE ESTADO. 31 de marzo de 2014. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 25.340. CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 51.412.

[363] CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576.

declaratoria desierta. Según lo comprobado por el Consejo de Estado, la actora había ofrecido las mejores condiciones de precio y plazo de entrega en comparación con los demás proponentes de acuerdo con los criterios establecidos en el pliego de condiciones, pero no se pudo comprobar si todos los bienes ofrecidos por la sociedad actora se ajustaban a las especificaciones técnicas solicitadas por la demandada que le permitieran obtener a la actora la calificación máxima en todos los ítems.

A pesar de que no se logró establecer si la propuesta presentada por la actora era en efecto la mejor, el Consejo de Estado accedió a otorgar una indemnización a su favor considerando que se demostró que la demandante tenía condiciones favorables en el proceso por haber ofertado el mejor precio y plazo de entrega y que, por lo tanto, debió ser calificada. En Sentencia de 28 de mayo de 1998, Exp. 10.539, la Corporación señaló:

> Pero lo que si es evidente es que la propuesta de la sociedad actora no debió ser descalificada y por consiguiente debió haber hecho parte de las propuestas válidas para tener el derecho a ser evaluada. Al haberse privado al oferente de que su propuesta fuera consideraba y dada la condición de favorabilidad que revestía debido a los precios y al plazo ofrecidos que permitían globalmente concluir que era la mejor para la entidad, la actuación de la entidad demandada comprometió su responsabilidad, ya que causó perjuicio a quien la preparó y presentó con la expectativa de ser seleccionado.
>
> Sobre este tipo de actuaciones ha estimado la doctrina que en casos especiales son resarcibles los daños y perjuicios por un menoscabo eventual, que es lo que pasa, según *Mazeaud* y *Tunc*:
>
> *'cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que "esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual'*[364].

[364] Cita original de la Providencia: HENRI Y LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Buenos Aires, edit. Ejea Volumen I Tomo I.1977. P. 307.

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 la chance posee un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro.

Sobre este particular también ha dicho el profesor Christian Larroumet:

"*Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, la jurisprudencia admite la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad. Por tanto si se trata de la responsabilidad contractual, como la pérdida de una oportunidad era previsible, será objeto de una reparación por parte del deudor. No hay que confundir la pérdida de una oportunidad con un perjuicio posible. En efecto, lo que se repara no es el daño que resulta de que un acontecimiento que hubiera podido producirse no se produjo, puesto que, desde luego, no se sabía si dicho acontecimiento se iba a producir y que no se podría tratar de reparar el daño posible, sino el daño que resultara de lo que el deudor hizo para que el acontecimiento ya no se produjera. Lo que da lugar a la reparación, son únicamente las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pueda producirse. Por ejemplo, se debe declarar la responsabilidad en el caso de un abogado que, al cometer una falta por no haber presentado oportunamente los alegatos ante el tribunal de apelación, hizo perder a su cliente la oportunidad de que la sentencia fuera modificada en la apelación.....Es evidente que no podemos estar seguros de que el tribunal de apelación iba a reformar la decisión de primera instancia. El perjuicio no lo constituye la falta de reforma de la sentencia, sino solo la privación de la oportunidad de obtener la reforma. Mientras que la reforma no era sino una posibilidad, la privación de la oportunidad de obtenerla si era una certidumbre. Por consiguiente, únicamente la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca, debe dar lugar a la reparación y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo. De allí se deduce que los daños y perjuicios no pueden corresponder al perjuicio que resulta porque el acontecimiento no se produjo. Solo corresponderán a una suma menor, la cual evidentemente no es fácil de evaluar y da lugar, como en cuanto al perjuicio moral, a aplicar un criterio arbitrario*[365].

Por último, cabe resaltar que en esta providencia el Alto Tribunal otorgó parcialmente la indemnización solicitada por la actora, reconociendo sumas de dinero a título de daño emergente, lucro cesante y pérdida de la oportunidad, en los siguientes términos:

[365] Cita original de la Providencia: Teoría General del Contrato. Santa Fe de Bogotá D.C., Edit. Temis, 1993. Volumen II P. 84, 85.

a. A título de daño emergente la suma de $2.706.188 que corresponde al ciento por ciento (100%) que hubiera recibido como utilidad de habérsele adjudicado el ítem 4 de la licitación, (…).

b. Como lucro Cesante (*sic*) se reconocerá la tasa del 6% anual sobre el valor histórico del daño emergente, entre el mes de enero de 1989 al mes de abril de 1998.

c. Teniendo en cuenta que queda al arbitrio del juez determinar la indemnización por "la pérdida de la oportunidad" y que en todo caso es un valor inferior a lo que hubiera tenido derecho el demandante de resultar probado que se le debieron adjudicar también los ítems 1 y 2, la Sala estima el monto de ese perjuicio en el 80% de lo que esperaba obtener como utilidad, de haberse realizado el contrato de compraventa de los elementos componentes de estos ítems[366].

1.2. Reparación de la oportunidad perdida según las probabilidades de acceder a la utilidad esperada.

Pese a que en la Sentencia 10.539, respecto de la indemnización por pérdida de la oportunidad, la Sala ordenó una condena equivalente al 80% de la ganancia calculada por el demandante en la oferta, no se considera que esta providencia corresponda estrictamente a esta postura alternativa por la cual se analizan las probabilidades de obtener la utilidad esperada porque, como se vio, la deducción se hizo considerando las probabilidades de acceder a la adjudicación y no las de hacerse con dicha ganancia.

En consecuencia, se considera que fue a partir de abril de 1999, con la Sentencia 11.344, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, que el Consejo de Estado adoptó la segunda postura al reconocer la indemnización por un monto inferior al de la utilidad esperada teniendo en consideración las posibilidades de acceder a la ganancia calculada y no solo las de ganar la adjudicación del contrato, como se da en la postura mayoritariamente aceptada por el Consejo de Estado.

---

[366] CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 19 de septiembre de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 8.071.

En la providencia de abril de 1999, el Consejo de Estado consideró que la indemnización a que tenía derecho quien demostrara que legalmente debió ser beneficiado con la adjudicación en un proceso de selección público no podía ser igual al valor total de la utilidad esperada y, ante la falta de elementos probatorios que permitieran deducir algo distinto, debía descontarse el 50% de lo que se esperaba ganar.

Un aspecto destacable de la Sentencia 11.344 es que en esta nueva postura el Consejo de Estado señaló que la indemnización por la utilidad dejada de percibir por indebida adjudicación se enmarcaba en la noción de lucro cesante, sin añadir consideraciones sobre esta afirmación.

Como se señala en la Sentencia 14.576 con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández[367], esta postura fue reiterada en el fallo del 18 de mayo de 2000[368], Exp. 11.725, respecto de la indemnización por la utilidad dejada de percibir como consecuencia de una indebida adjudicación. No obstante, cabe aclarar que en esta última providencia no se señaló expresamente si la indemnización se otorgaba a título de lucro cesante, ni se hizo referencia a la teoría de la pérdida de la oportunidad, razón por la cual no se analizará en este trabajo.

Este criterio de análisis para la determinación del monto de indemnización de la perdida de la oportunidad fue empleado en la Sentencia 20.525 del 8 de julio de 2009 con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra. En esta decisión, la medida de la reparación se ligó al porcentaje de probabilidades de ejecutar los contratos y, por tanto, de obtener la ganancia. En este caso, se acudió a la doctrina de la *chance* para justificar la indemnización al haber encontrado probado que, dada la situación del caso concreto, los demandantes no habrían obtenido la utilidad calculada por lo que la posibilidad perdida fue la de sortear por sus propios medios la ejecución y, a través de ello, obtener alguna ganancia.

---

[367] CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576.

[368] CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725.

En esta providencia se ratificó que la indemnización por utilidad esperada correspondía al lucro cesante y que el recurso a la pérdida de la oportunidad se dio porque quienes sí resultaron adjudicatarios obtuvieron una menor utilidad durante la ejecución del contrato como consecuencia de una crisis general en el sector del cual hacía parte el objeto del acuerdo con la Administración.

En una tercera ocasión, ante la falta de certeza sobre los valores que finalmente hubieran podido ser obtenidos en la ejecución de un contrato de intermediación de seguros, cuya utilidad dependía de los valores finalmente negociados por el contratista con las aseguradoras, en la Sentencia 26.967 del 30 de abril de 2014 el Consejo de Estado con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, acudió igualmente al criterio de analizar las probabilidades de acceder a la ganancia. En este caso, la Sala consideró que la demandante tenía las mismas posibilidades de obtener o no las comisiones por lo que calificó la pérdida de oportunidad en un 60% del beneficio que esperaba recibir.

En la Sentencia 26.967 de 2014 el Consejo de Estado consideró que, mientras que la pérdida de la oportunidad constituye una pérdida de ganancia probable, por cuya virtud se indemnizan las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían o no de conseguirse, mientras que el lucro cesante implica una pérdida de ganancia cierta, por la cual se considera que se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían.

Recientemente, el análisis para determinar el monto de la indemnización con base en el análisis de las posibilidades de acceder a la ganancia y no solo a la adjudicación del contrato, fue empleado en la Sentencia 44.713 del 3 de julio de 2020, con ponencia de la Consejera María Adriana Marín. En este asunto se consideró que había responsabilidad precontractual por la falta de registro presupuestal que impidió el perfeccionamiento del acuerdo contractual, lo que fue expresamente calificado por el Consejo de Estado como culpa *in contrahendo*.

En este último caso, la Sala acudió a la teoría de la pérdida de oportunidad al considerar que no se podía otorgar indemnización por concepto de lucro cesante al estar probado que, por oposición de la comunidad, hubiera sido imposible ejecutar el contrato en las mismas condiciones en que fue planeado y pactado, por lo que era claro que la utilidad a obtener se habría reducido. A pesar de ello, se consideró que procedía la indemnización por concepto de la oportunidad perdida consistente en la imposibilidad de cumplir las obligaciones contractuales en la forma prevista inicialmente y de alcanzar, a través de su desempeño como concesionario, y de sus actuaciones y operaciones, las utilidades que previó obtener cuando elaboró su propuesta.

Aunque en el fallo de julio de 2020 no se hace referencia expresa a la Sentencia 20.525 del Dr. Ramiro Saavedra del 8 de julio de 2009, las consideraciones hechas en esta nueva providencia son concordantes con lo que ya se había señalado en dicha ocasión.

A continuación, se presentan los extractos de las Sentencias en las cuales se aplicó esta posición jurisprudencial.

1.2.1. Revocatoria de adjudicación en contra del ganador de la evaluación.

El Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras - HIMAT decidió revocar la Resolución de Adjudicación de un proceso de selección por considerar que era insuficiente el equipo ofrecido por el proponente que había resultado inicialmente ganador, por haber sido ofrecido simultáneamente en otro proceso de selección de la misma entidad. En su lugar, se le adjudicó el contrato a otro consorcio, cuya propuesta era más costosa que la del actor.

Con fundamento en estos hechos, y habida cuenta que el motivo de la revocatoria de la adjudicación no se hallaba en el pliego de condiciones, el Consejo de Estado consideró que el acto de adjudicación estaba viciado, por lo cual declaró su nulidad y ordenó una indemnización a favor del demandante, con fundamento en lo siguiente:

> Teniendo en cuenta que, a quien no se le adjudica el contrato ofertado o, dicho en otros términos, a quien se le priva injustamente de la posibilidad de ejecutar la obra pública, se le vulnera un interés jurídico que se materializaría en la ejecución del contrato y, por esa misma vía, en la posibilidad de obtener unas utilidades razonablemente esperadas, se ha de procurar mantener indemne el patrimonio del no adjudicatario reconociéndole una indemnización que consulte la realidad del daño por él padecido[369].

Respecto del *quantum* indemnizatorio, la Sala consideró:

> Estima la Sala que, no es lo mismo obtener una utilidad determinada aplicando las fuerzas de trabajo del contratista y todo lo que comporta la ejecución de la obra, que obtener por la vía indemnizatoria, igual suma dineraria, sin tener en cuenta, la incidencia que puede tener en la obtención de la utilidad, el no haber estado en la ejecución de la obra. En otros términos, no se compadece con el principio de equidad, que exige la consideración de la situación del responsable y no exclusivamente del perjudicado, reconocer una indemnización sobre la utilidad estimada de la real ejecución del contrato, prescindiendo de un hecho inequívoco, cual es que, el no adjudicatario no realizó las obras, esto es, no tuvo el compromiso dentro del plazo ofertado de haber dedicado sus esfuerzos y atención al cumplimiento del negocio que devino frustrado.
>
> A la luz del derecho de daños, no se trata de negar la indemnización al no adjudicatario, sino de reconocer, que el quantum indemnizatorio cuando ha de tasarse partiendo de la noción de utilidades esperadas, bien puede verse reducido razonable y equitativamente, 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 conforman el contenido del débito contractual que hubiera tenido que asumir y ejecutar de habérsele adjudicado el contrato, como que la Sala considera que no es lo mismo obtener las utilidades trabajando y ejecutando el contrato, que obtenerlas, sin haberlo ejecutado.
>
> (…) Como quiera que la Sala estima que para la obtención de la utilidad neta, se requieren erogaciones que implican costos de inversión o gastos para la producción de dicha rentabilidad, ante la ausencia de elementos probatorios que permitan conocer con exactitud el monto de dichos gastos para el caso concreto y, en aplicación del principio de equidad que, además, resulta procedente habida

[369] CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344.

> consideración de la ausencia de débito contractual, tal cual se afirmó atrás, se deducirá de la utilidad bruta estimada por el actor, el 50%, (…)[370].

En esta Sentencia el Consejo de Estado reconoció al contratista la reparación por la utilidad que habría podido recibir a través de la ejecución del contrato, cuya posibilidad de obtención perdió definitivamente, como consecuencia del hecho dañoso. Se trata entonces de la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad, a pesar de que se reconoció bajo el concepto de lucro cesante, tal como se señaló en la pare resolutiva:

> ii) se reducirá la condena emitida en primera instancia por concepto de lucro cesante, para en su lugar reconocer en favor de la unión temporal NUTRIR CAPITAL 2015, de acuerdo al porcentaje de su participación en esa agrupación, a cada uno de sus miembros, la suma de $112'109.991, por concepto de la utilidad dejada de recibir con ocasión de la no adjudicación del contrato derivado del procedimiento de selección abreviada por subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-110-2014[371].

1.2.2. Lucro cesante vs pérdida de la oportunidad por crisis del sector objeto del contrato.

De acuerdo con las demandantes, la sociedad Canal Regional de Televisión Teveandina Ltda., adjudicó de manera ilegal varios espacios de televisión a sociedades que no cumplieron con los requisitos exigidos en la licitación, por cuanto no aportaron sus estados financieros debidamente certificados, entre otros defectos. De haberse descartado las propuestas defectuosas, las actoras habrían sido adjudicatarias, tal como lo comprobó el Consejo de Estado. Dado que el *a quo* declaró la nulidad de la adjudicación, pero negó la pretensión resarcitoria y que solo las demandantes interpusieron recurso contra la Sentencia de primera instancia, la Sala se ocupó exclusivamente de lo concerniente a la indemnización, respecto de lo cual, señaló:

---

[370] CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344.

[371] CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344.

> (…) En casos como el presente, en los que el proponente dentro de un proceso de selección de contratistas adelantado por una entidad estatal, que ha cumplido con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y además ha presentado la oferta más favorable, se ha visto injusta e ilegalmente privado del derecho a obtener la adjudicación del contrato, la Sala ha considerado reiteradamente que esta actuación ilegal de la Administración le produce un daño a ese proponente vencido, consistente en la privación del derecho a la adjudicación del contrato licitado y por ende, a la celebración y ejecución del mismo, lo que se traduce en la producción de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, entendido como "la ganancia o provecho que deja de reportarse" (art. 1614, Código Civil), y que en estos casos corresponde al 100% de las utilidades que hubiera podido obtener dicho proponente, si la adjudicación lo hubiera favorecido y él hubiera podido ejecutar el contrato en los términos de su propuesta; (…)[372].

A pesar de lo anterior, dado que el objeto del contrato no adjudicado a las demandantes era la ejecución de un acuerdo de cesión de espacios televisivos, el Consejo de Estado consideró que era necesario establecer la certeza de los perjuicios derivados de la privación de la adjudicación, habida cuenta la crisis que en ese momento enfrentaba la televisión, hecho este que se calificó como "notorio"[373]. En consecuencia, la Sala estimó que no podía darse la indemnización por concepto del lucro cesante, equivalente al 100% de la utilidad prevista en la propuesta presentada por el entonces proponente, pero, en lugar de ello, debía darse una reparación por pérdida de oportunidad. Al respecto dijo:

---

[372] CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792. CONSEJO DE ESTADO. 10 de octubre de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 8.333.

CONSEJO DE ESTADO. 2 de mayo de 1996. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 9.282. CONSEJO DE ESTADO. 11 de marzo de 2004. C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Exp. 13.355. CONSEJO DE ESTADO. 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.577. CONSEJO DE ESTADO. 7 de diciembre de 2004. C.P. Alier E. Hernández Enríquez. Exp. 13.683.

[373] "Por la época en la que se debían ejecutar los contratos de cesión de derechos de emisión de programas de televisión celebrados por Teveandina Ltda. como resultado de la Licitación Pública 01 de 1998 y que fueron adjudicados para un plazo de 6 años, fue un hecho notorio en el ámbito nacional la crisis económica que se produjo a nivel general, y que afectó de manera especial al sector de la televisión en Colombia, el cual afrontó una grave crisis que condujo incluso a que el Congreso de la República se viera impelido a expedir una ley con la finalidad expresa de conjurar las consecuencias de la misma, mediante la introducción de correctivos en el mercado de la televisión, que fue la Ley 680 de 2001". CONSEJO DE ESTADO. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525. 8 de julio de 2009.

> Conforme a lo anterior y aplicándolo al presente caso, si en principio podría haberse admitido la existencia del perjuicio en la forma como fue reclamado en la demanda –lucro cesante, por el 100% de la utilidad prevista-, visto como futuro en el momento de la producción del hecho dañoso –emisión del acto administrativo ilegal de adjudicación-, toda vez que en condiciones normales así habría debido ser, lo cierto es que los hechos probados en el plenario, fueron demostrativos de que las condiciones de ejecución de los contratos adjudicados a través del acto acusado no fueron normales ni correspondieron a las previstas al momento de proponer en el proceso de selección, circunstancia que a juicio de la Sala, ha desvirtuado la existencia de los perjuicios en la forma como fueron reclamados en la demanda, de modo tal que resulta imposible ordenar su indemnización, como el equivalente al 100% de las utilidades que las sociedades demandantes previeron obtener de la ejecución de los contratos no adjudicados.
>
> No obstante lo anterior, para la Sala no cabe duda de que si bien no corresponde exactamente a los alegados por las demandantes, éstas sí sufrieron unos perjuicios derivados de la decisión ilegal de la Administración.
>
> En efecto, el sólo hecho de que no hayan podido ejecutar el contrato, las privó del derecho que tenían a intentar afrontar la crisis económica con sus propias herramientas y recursos, de lo que hubiera podido resultar la obtención de alguna utilidad, hecho que no es descartable del todo, puesto que, tal y como se expuso líneas atrás, las autoridades estatales tomaron medidas encaminadas a facilitar la normalización de las actividades en el sector de la televisión y además, cabía la posibilidad de que las demandantes hubieran tomado decisiones distintas y emprendido acciones diversas a las adoptadas por la mayoría de los concesionarios, que les hubieran reportado resultados diferentes.
>
> Es decir que, si bien no hay certeza en realidad, en relación con los perjuicios materiales por ellas alegados, consistentes en el lucro cesante -100% de la utilidad-, sí la hay respecto de la pérdida de oportunidad que se produjo para ellas, con ocasión de la no adjudicación del contrato a la que tenían derecho, pues fueron privadas de la ocasión de actuar en tal forma, que hubieran podido obtener alguna utilidad, y ese es un interés particular que también merece protección jurídica[374].

Dado que en este caso no se reconocería el 100% de la utilidad proyectada por las actoras, la Sala utilizó el siguiente criterio para determinar el monto de la indemnización:

[374] CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525.

A juicio de la Sala, en el presente caso existe certeza en cuanto a la existencia del daño, pues éste está constituido por la ilegal e injusta privación del derecho a la adjudicación de los contratos; ahora bien, en cuanto a los perjuicios que de tal daño se derivan, se observa que ese margen de probabilidad de que las sociedades demandantes, de haber podido ejecutar los contratos no adjudicados, hubieran sorteado con éxito la crisis del medio de la Televisión, conduce a reconocer a su favor los perjuicios derivados de la privación de esa oportunidad, los cuales corresponden a un porcentaje de la ventaja no obtenida, es decir, en este caso, a un porcentaje de la utilidad proyectada por las proponentes en sus ofertas –perjuicio material en la modalidad de lucro cesante que se da por descartado en el presente caso, como ya se vio-, el cual dependerá del mayor o menor grado de probabilidad de que ellas hubieran podido obtener tales utilidades, a partir de la ejecución de los contratos de cesión a Teveandina Ltda., de los derechos de emisión de programas de televisión en la modalidad de opinión, infantiles, familiares y para adultos.

Y al respecto, considera la Sala que para hallar ese porcentaje al que corresponden los perjuicios objeto de cálculo en el sub-lite, debe establecerse cuál era el grado de probabilidad de que las sociedades demandantes hubieran podido ejecutar los contratos no adjudicados, teniendo en cuenta todas aquellas circunstancias que obraron en contra de la obtención de una utilidad equivalente al 100% de lo proyectado.

Es así como de un lado, se encuentra el hecho de los contratos efectivamente celebrados como consecuencia de la licitación pública en la que participaron las demandantes, y que tuvieron que ser suspendidos: 7 en total; de otro lado, están los contratos con terminación anticipada por mutuo acuerdo: 6, para un total de 13 contratistas, de los 15 que, entre noticieros e informativos y el resto de programación - programas de televisión en la modalidad de opinión, infantiles, familiares y para adultos-, fueron favorecidos con la adjudicación de contratos por parte de Teveandina (Anexos demandada, Informe Pericial, Tomo II).

Lo anterior significa que, aparentemente, del 100% de contratistas resultantes de dicha licitación, sólo el 13,33% continuaron ejecutando los contratos sin solicitar, en principio, su suspensión o terminación; en consecuencia, éste es el porcentaje de posibilidades que tenían las sociedades demandantes de ejecutar sus contratos, de haber sido adjudicados, y por lo tanto, será el porcentaje que se tenga en cuenta para efectos de establecer el monto de los perjuicios por ellas sufridos, con base en la utilidad calculada en sus ofertas[375].

[375] CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525.

1.2.3. Pérdida de la oportunidad por incorrecta calificación de la oferta.

La Empresa de Licores de Cundinamarca no adjudicó un concurso de méritos, para la adjudicación de un contrato de intermediación de seguros, a la empresa que había quedado en el primer lugar en la evaluación, con fundamento en lo que denominó "respaldo financiero" y "estructura operativa y técnica", factores que no se encontraban en el pliego de condiciones que regía la escogencia. El Consejo de Estado concluyó que la adjudicación debió recaer en la sociedad demandante, por lo que declaró la nulidad de la resolución de adjudicación y ordenó indemnizar al demandante en un monto equivalente al 60% de la utilidad que esperaba obtener con la adjudicación y ejecución del contrato, a diferencia de lo solicitado por la actora quien había pedido el reconocimiento y pago correspondientes al valor de las comisiones recibidas por la empresa que tuvo la oportunidad de suscribir y ejecutar el acuerdo contractual. Al respecto el Alto Tribunal señaló:

> Concluye entonces la Sala que no puede reconocerse el valor correspondiente a la totalidad de las comisiones pagadas a Proseguros Ltda., en virtud de la ejecución del Contrato 104 de 1996, toda vez que, según se expresó, éstas no corresponden a las utilidades que hubiese obtenido la sociedad demandante, en tanto que con ellas también debía asumir los costos y los gastos que le demandara la ejecución de este contrato y, adicionalmente, no existía certeza de que recibiría estos mismos valores por concepto de comisiones pagadas por las aseguradoras, en tanto, según se explicó, ello dependía de muchas variables.
>
> (…) la Sala considera establecido en el proceso que la actora sufrió un perjuicio consistente en la imposibilidad de obtener unas sumas de dinero como consecuencia de no poder realizar la labor de intermediación ante las aseguradoras, para la consecución de los seguros que la entidad demandaba, todo lo cual constituye una pérdida de oportunidad.
>
> Debe precisarse entonces que la pretensión respecto del reconocimiento de sus derechos no corresponde al daño material de lucro cesante, sino a la pérdida de oportunidad de haber obtenido ese reconocimiento luego de que la entidad celebrara los respectivos contratos de seguros para los años 1996 a 1998, daños cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta

> Corporación, en que <<*mientras que la primera* [se refiere a la pérdida de la oportunidad] *constituye una pérdida de ganancia probable –dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no–, el segundo* [se refiere al lucro cesante] *implica una pérdida de ganancia cierta –se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían–*>>[376].

Para fijar el monto de la indemnización, la Sala manifestó lo siguiente:

> A juicio de la Sala, con base en las reglas de la experiencia y en la sana crítica, puede inferirse que la demandante, dentro del proceso de negociación con las compañías de seguros, tenía tantas posibilidades de obtener las comisiones reclamadas, como de que no las hubiere logrado en su totalidad, en virtud de lo cual, con sustento en la equidad, se considera que la indemnización que se debe reconocer a favor de la sociedad Colcordes S.A., por la pérdida de oportunidad que sufrió como consecuencia de la imposibilidad de realizar con las aseguradoras negociaciones tendientes a la suscripción de contratos de seguros con la entidad pública demandada, equivale a un 60% del beneficio que esperaba recibir, (…)[377].

1.2.4. No ejecución de contrato por no cumplir los requisitos de perfeccionamiento.

Posterior a la suscripción de un contrato de concesión de servicios de estacionamiento, la entidad contratante solicitó al contratista rescindir el acuerdo, señalando que la comunidad se opuso a la implementación del sistema de parquímetros, objeto principal del acuerdo. Ante la negativa del contratista, se le pidió desarrollarlo parcialmente, excluyendo operaciones en una de las zonas que hacían parte de la concesión, opción que fue igualmente rechazada por considerar que, en esas condiciones, los ingresos se

---

[376] CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 3 de mayo de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.169. CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15.772. CONSEJO DE ESTADO. 18 de marzo de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 14.390. CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593. CONSEJO DE ESTADO. 7 de julio de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20.139. CONSEJO DE ESTADO. 25 de agosto de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.718. CONSEJO DE ESTADO. 21 de marzo de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 22.017. CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20.968.

[377] CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967.

reducirían entre un 35% y 40%. En consecuencia, la sociedad demandante requirió el pago del 100% de la utilidad neta que esperaba percibir en el desarrollo contractual. Ante la ausencia de acuerdo se convocó a Tribunal de Arbitramento, el cual declaró de oficio la excepción de falta de perfeccionamiento del acuerdo contractual por ausencia de registro presupuestal y, como consecuencia, negó las pretensiones. Al respecto, el Consejo de Estado consideró:

> (…) la Sala estima que le asiste responsabilidad patrimonial al municipio de Rionegro, toda vez que la imposibilidad de ejecutar el contrato de concesión 089 de 2003, adjudicado y celebrado con la Sociedad Unión Temporal Espacios Móviles Rionegro S.A., se produjo por la omisión del ente territorial en la expedición del registro presupuestal, según lo dedujo el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente al momento de dirimir el conflicto contractual puesto en su conocimiento, según la cual el registro presupuestal constituía un requisito de perfeccionamiento de los contrato estatales.
>
> (…) para la Sala es dable concluir que, en aquellos eventos en los que por causas imputables a la administración se declara judicial o arbitralmente el no perfeccionamiento del contrato adjudicado, se configura un claro supuesto de responsabilidad precontractual o in contrahendo, tal como ocurrió en el caso concreto[378].

Respecto de la indemnización procedente, la Sala señaló:

> En el caso sub lite el daño causado a la sociedad demandante consiste en haberla privado del derecho que tenía a ejecutar el contrato, perjuicio que se concretó, en principio, en no haber percibido la utilidad que esperaba obtener como resultado de la ejecución del contrato de concesión que le fue adjudicado y que, incluso, alcanzó a celebrar con la entidad demandada.
>
> La indemnización a que está obligada la Administración en casos como el presente, debe responder a las pruebas que permitan cuantificar, de manera

[378] CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 7 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13.405. CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525. CONSEJO DE ESTADO. 12 de junio de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp. No. 21.324.

> precisa, el monto del perjuicio cuya reparación se demanda, lo cual impone señalar que la entidad contratante, en principio, está obligada a reconocer el cien por ciento (100%) de la ganancia o utilidad que la sociedad demandante tenía derecho a obtener por razón de la celebración y ejecución del contrato, dado que corresponde al lucro cesante que se genera para quien teniendo derecho a ejecutar el contrato, no lo puede hacer por causas imputables a la entidad demandada, y con ello dejará de percibir unos ingresos que, en condiciones normales, ingresarían a su patrimonio[379].

A pesar de lo anterior, la Sala tuvo en consideración que el contrato no hubiera podido ejecutarse en condiciones normales por la oposición de la comunidad frente al objeto contractual:

> En las anteriores condiciones, es claro para la Sala que aún si se admitiera que, en circunstancias normales, el demandante habría obtenido las utilidades que proyectó obtener a partir de la ejecución del contrato de concesión adjudicado, lo cierto es que ello no habría podido ser, por su propia decisión de desistir de la ejecución, en razón a la imposibilidad que encontró de ejecutarlo parcialmente.
>
> (…)
>
> Dadas las anotadas circunstancias, la Sala considera que, en el presente caso, no existe la certeza necesaria en torno al alegado lucro cesante por parte de la demandante como consecuencia del hecho imputable a la demandada, más allá de lo que se podría considerar como una pérdida de oportunidad, consistente en la imposibilidad de ejecutar el contrato en la forma prevista inicialmente y alcanzar, a través de su desempeño como concesionario, y de sus actuaciones y operaciones, las utilidades que previó obtener cuando elaboró su propuesta. O, dicho de otro modo, si bien no existe certeza sobre la producción del daño alegado -pérdida del 100% de las utilidades previstas- como consecuencia del hecho imputado a la entidad demandada, sí se produjo para la demandante una afectación derivada del mismo, que, en todo caso, no puede corresponder a igual porcentaje, pues no obedece a la pérdida de las utilidades previstas -daño eventual- sino a un daño diferente, derivado de una pérdida de oportunidad de obtenerlas, interés que también merece la protección del ordenamiento jurídico y su indemnización.

[379] CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

> Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que en el presente caso sí se produjo una pérdida de oportunidad como daño autónomo, que, en razón de las circunstancias anotadas, fue menor al reclamado en la demanda, debido al bajo grado de probabilidad de que el demandante hubiera ejecutado el contrato en las nuevas condiciones y obtenido las utilidades derivadas de dicha ejecución.
>
> Por ello, en virtud del arbitrio judice, considera la Sala que la pérdida de oportunidad, en el presente caso, debe corresponder al 10% de las referidas utilidades esperadas -restando lo correspondiente a la modificación de la extensión de la concesión-, (…)[380].

1.3. Reparación de la oportunidad perdida por declaratoria desierta de un proceso de selección por concepto de daño emergente.

En una excepción a todas las posturas jurisprudenciales que se han analizado, el Consejo de Estado en la Sentencia 23.734 del 3 de mayo de 2013 con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourth, decidió indemnizar por concepto de daño emergente la oportunidad perdida de ejecutar un contrato estatal como consecuencia de la declaratoria desierta del proceso de selección, pese a que el demandante no acreditó que se presentó una propuesta susceptible de ganar la adjudicación.

Esta decisión muestra una confusión entre los conceptos de daño emergente y la oportunidad perdida que no se ve en otras providencias del Consejo de Estado. En dicha Sentencia se argumentó que si se declara desierto ilegalmente un proceso, el daño causado se traduciría en los perjuicios por la pérdida de oportunidad, pese a lo cual la indemnización se ordenó por concepto de daño emergente consistente en el pago de los costos de la elaboración de la propuesta.

En nuestro concepto, este argumento resulta erróneo y muestra lo que parece ser más una confusión de los conceptos que la intención propiamente dicha de ordenar la

[380] CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

reparación con fundamento en la teoría de la *chance*. Esta observación se basa en dos consideraciones:

(i) En el caso en concreto objeto de la providencia no se pudo establecer si el demandante habría obtenido la adjudicación de no haber mediado la declaratoria desierta del proceso, por lo que no estaría configurado el elemento de certeza de la oportunidad y,

(ii) Los criterios señalados al Tribunal para determinar la indemnización ordenada en abstracto corresponden a parámetros propios del daño emergente en tanto tienen en cuenta los gastos que efectuó el demandante para participar en el proceso de selección y no la utilidad que esperaba obtener con la adjudicación de este.

Esta Sentencia resulta excepcional y, por tal razón, no se puede considerar como una línea jurisprudencial sino apenas como una posición alternativa claramente discutible de acuerdo con lo aquí observado.

A continuación se presenta el resumen del caso y los apartes más relevantes de la Sentencia referida.

1.3.1. Indebida declaratoria desierta y condena en abstracto por falta de pruebas del monto del perjuicio.

La Secretaría de Educación del Distrito Capital declaró desierto un proceso de selección arguyendo que no se efectuó la evaluación jurídica. El Consejo de Estado determinó que con ello se desconoció lo establecido en la Ley 80 de 1993 respecto del principio de selección objetiva, pero dado que el actor no aportó los elementos probatorios que le permitieran demostrar que, de no haberse dado la declaratoria desierta, habría obtenido la adjudicación, la Sala se abstuvo de ordenar la reparación en el monto solicitado en la demanda. No obstante, y pese a la omisión probatoria, se ordenó una indemnización en abstracto por concepto de daño emergente con fundamento en el siguiente argumento:

> La Sala tiene determinado[381] que si un proponente participa en un proceso de selección lo hace bajo el supuesto de que la entidad accionada le adjudicaría el contrato a la mejor propuesta. De manera que si se declara desierto, sin que se reúnan los presupuestos legales para ello, como sucede en el sub examine y el juez anula, en consecuencia, esa ilegal determinación, el daño causado se traduce en los perjuicios que provienen la pérdida de oportunidad, esto es, en los gastos que demandó la licitación, erogaciones que asumió el oferente, en igualdad de condiciones frente a todos los proponentes, con independencia de que resultara o no favorecido en la adjudicación. Sumas que deberán reintegrarse debidamente actualizadas.
>
> Ahora, como no está acreditado en el plenario el valor de dichos perjuicios, no existen bases suficientes para condenar en concreto por este concepto. Se proferirá, entonces, condena en abstracto.
>
> Para efectuar la liquidación por concepto de daño emergente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendrá el monto de los gastos, que se lleguen acreditar, en que incurrió el consorcio para la presentación de la oferta, en especial respecto de los siguientes ítems: (i) la preparación de la propuesta, (ii) compra del pliego de condiciones; (iii) compra de la póliza de seriedad (y sus respectivas renovaciones) y (iv) pago de fotocopias y encuadernación[382].

CONCLUSIONES

Las posiciones alternativas de aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad precontractual reflejan la existencia de criterios diversos respecto de esta al interior del Consejo de Estado colombiano.

El hecho de que la indemnización se haya ordenado expresamente por concepto del perjuicio por pérdida de la oportunidad en tres de las cuatro providencias en las que se analizaron las posibilidades de acceder a la utilidad y no solo de hacerse con la

---

[381] Cita original de la Providencia: CONSEJO DE ESTADO. 9 de abril de 2012. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 21.869.

[382] CONSEJO DE ESTADO. 3 de mayo de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth (E). Exp. 23.734.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 27 de abril de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 18.293. CONSEJO DE ESTADO. 9 de abril de 2012. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 21.869. CONSEJO DE ESTADO. 17 de marzo de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 15.682. CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.056. CONSEJO DE ESTADO. 13 de mayo de 1996. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 9.474. CONSEJO DE ESTADO. 9 de marzo de 2011. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 15.550. CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 25.591.

adjudicación, muestra que un análisis más profundo sobre las posibilidades frustradas permite diferenciar este concepto del lucro cesante con mayor facilidad.

La introducción del criterio por el cual se analizan las probabilidades de acceder a la utilidad y no solo de ganar la adjudicación evidencia lo que parece ser un interés por parte de un grupo de Consejeros de Estado, especialmente de la Subsección A, en trasladar la medida de la reparación, acercándose más a lo que la doctrina ha considerado como elemento esencial de la pérdida de la oportunidad: la incertidumbre de obtener el beneficio esperado. Al respecto, debe considerarse que dos de las cuatro Sentencias en las que se aplicó este criterio fueron expedidas por la Subsección A de la Sección Tercera y que en estas mismas dos providencias se calificó el perjuicio como pérdida de la oportunidad y no como lucro cesante.

El estudio de las posibilidades de obtener la utilidad como base para la reparación constituye un reconocimiento claro por parte del Consejo de Estado de que la ganancia no se recibe por el mero hecho de hacerse con la adjudicación y posterior celebración del contrato estatal, dado que hay un grado de duda que impide establecer si efectivamente el demandante a quien se le privó de la posibilidad de celebrar y, consecuentemente, ejecutar el acuerdo habría logrado por este medio adquirir la ganancia calculada en la oferta presentada a la Administración.

La consideración de las posibilidades de acceder a la utilidad a través de la ejecución del contrato estatal como medida de la reparación, y ya no la simple revisión sobre la imposibilidad de celebrar el acuerdo, refleja un progreso en la comprensión de la teoría de la pérdida de la oportunidad, en la medida en que implica reconocer que lo que perdido no es la ganancia en sí misma sino la posibilidad de ejecutar el acuerdo contractual para llegar a ella. Es decir, un reconocimiento de lo que se pierde es apenas un medio que se consideraba conducente para llegar a un resultado positivo y, por lo tanto, la evaluación del perjuicio debe tener en consideración tal situación a fin de que la reparación no sea ni

superior ni inferior a las posibilidades de obtener la ganancia mediante la ejecución de las actividades contratadas.

CAPÍTULO VII. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad no se restringe a los casos de responsabilidad precontractual del Estado. Para efectos de tener una visión más completa de la aplicación de esta doctrina en la responsabilidad precontractual del Estado es necesario revisar cuál ha sido la posición del Consejo de Estado cuando ha debido conocer de casos que aunque en principio son propios de la responsabilidad contractual, tienen efectos en el ámbito precontractual.

Por lo anterior, en este capítulo se estudiará la aplicación de la doctrina de la *chance* en los casos de ilícita declaración de caducidad de contratos estatales por parte de la Administración, con lo cual se causa un perjuicio adicional a la mera terminación abrupta del acuerdo, e incluso más grave que este mismo, consistente en la imposibilidad de participar en procesos de selección públicos y de celebrar contratos estatales por un término de cinco años, como consecuencia de la inhabilidad que surge de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993[383].

Teniendo en consideración las divergencias que se hallaron en la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la postura mayoritaria en los casos de responsabilidad precontractual, en este nuevo capítulo se revisará si en la aplicación de la teoría en los casos de ilegalidad en la declaratoria de caducidad existen igualmente las diferencias

[383] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 8, literal c.

respecto del concepto de la reparación y si se da la discusión sobre si la indemnización corresponde a un perjuicio por lucro cesante o por la oportunidad perdida.

Igualmente, se verificará cuál ha sido el criterio para la determinación del monto de la reparación habida cuenta que, en el caso de la imposibilidad de celebrar contratos como consecuencia de la inhabilidad establecida en el Estatuto de Contratación, se trata de un perjuicio incluso más futuro en el tiempo que el de la mera imposibilidad de celebrar y ejecutar un acuerdo contractual específico, como ocurre en la indebida adjudicación o declaratoria desierta de un proceso de contratación público.

Este capítulo se dividirá en dos partes, a fin de que revisar de forma independiente las decisiones en las que la indemnización se ordenó por concepto de lucro cesante de aquellas en las que se dicha orden se dio por pérdida de la oportunidad. Como se verá, a diferencia de lo que se vio en las Sentencias por las cuales se puso fin a los litigios por hechos ocurridos en la etapa precontractual, en esta postura el cambio de un concepto a otro sí se da de forma sucesiva en el tiempo. Por ello, en esta ocasión las providencias sí se presentan en estricto orden cronológico.

Siguiendo el criterio metodológico utilizado en el capítulo anterior, en esta parte se estudiarán solo las Sentencias en las que el Consejo de Estado hizo referencia expresa a la oportunidad perdida sin hacer referencia a los aspectos procesales que se hallan estudiado en tales decisiones.

1. POSICIÓN MAYORITARIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO SOBRE LA REPARACIÓN DE LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL

Existen decisiones de la Administración en la ejecución de contratos estatales que superan dicho marco y surten efectos en el ámbito precontractual, por cuanto limitan las

posibilidades a futuro de participar en procedimientos de selección públicos. Tal es el caso de la declaratoria de caducidad de contratistas que tiene como consecuencia no solo la terminación inmediata del acuerdo contractual objeto de la decisión, sino que genera la inhabilidad de contratar con el Estado por un término de cinco años, en virtud de lo dispuesto en el literal c del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En atención a la severidad de la consecuencia para el Administrado, el Consejo de Estado ha sostenido que la potestad extraordinaria de declarar la caducidad administrativa de los contratos estatales, es la sanción más drástica que una entidad pública contratante le puede imponer a su contratista, en la medida que no solo implica el aniquilamiento del acuerdo contractual, sino que comporta para el contratista la inhabilidad que le impide celebrar contratos con entidades públicas durante el término de cinco años además de una connotación resarcitoria, al implicar el cobro de la cláusula penal pecuniaria cuando se hubiere pactado[384], por lo que es claro que esta determinación tiene un alcance de alto impacto en el ámbito precontractual.

De acuerdo con el análisis de la jurisprudencia, la posición mayoritaria en los casos señalados fue determinada por la Sala Plena del Consejo de Estado y en su virtud se ordenan indemnizaciones equivalentes al 100% de la utilidad estimada del contrato indebidamente caducado por un período igual a la vigencia de la inhabilidad que afectó a los demandantes.

Esta postura se considera mayoritaria por cuanto fue aplicada en cinco de las once Sentencias halladas en esta investigación en las que el Consejo de Estado decidió casos de injusta declaratoria caducidad de contratos estatales, en las cuales se hizo mención expresa a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Adicionalmente, esta posición fue reiterada en la providencia más recientemente expedida de las once que cumplen con las condiciones aquí anotadas.

[384] CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031.

La Sentencia hito por la cual se estableció la postura mayoritaria es reiterada expresamente en cuatro de las cinco Sentencias en las que se aplicó de dicha posición, aun cuando entre ellas existen divergencias sobre el concepto por el cual se ordena la indemnización. La única excepción corresponde a una providencia en la que el Consejo de Estado revisó un laudo arbitral.

No obstante, e incluso pese a haber sido una posición jurisprudencial fijada por la Sala Plena del Consejo de Estado, la aplicación de la teoría de la oportunidad perdida en asuntos relacionados con la declaratoria de caducidad tuvo algunos ajustes en la Sección Tercera respecto del concepto y el porcentaje sobre el cual se calcula la indemnización.

En un principio, aunque incluso en los considerandos de la Sentencia de la Sala Plena se hizo referencia al perjuicio por pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado reconoció la reparación por concepto de lucro cesante, situación que fue modificada a partir de una Sentencia proferida en agosto de 2014, la Subsección A de la Sección Tercera en la que se ordenó la indemnización expresamente por concepto de la *chance*.

La evolución de la posición mayoritaria se refleja igualmente en que no en todos los casos el cálculo de la indemnización se hizo tomando como base el 10% del valor del contrato, como ocurrió en las dos primeras Sentencias en las que se aplicó esta postura. Así, en la Sentencia de agosto de 2014 en la que se hizo el cambio respecto del monto de indemnización, se solicitó que, mediante un trámite incidental, se estableciera cuál era el valor de la utilidad que hubiera podido obtener la demandante y, sobre dicha base, calcular el monto de la reparación. Por otra parte, en las dos providencias que fueron proferidas posteriormente, se redujo el porcentaje sobre el cual se calculaba la utilidad pasando del 10% al 5%. En todo caso, aún con este ajuste, se siguió reconociendo el 100% del valor de la utilidad esperada multiplicada por los cinco años de vigencia de la inhabilidad derivada de la caducidad y el cambio solo se dio respecto de la forma de calcular dicha ganancia.

En aras de mostrar igualmente la evolución de la aplicación de esta posición mayoritaria, las Providencias se organizarán de acuerdo con el concepto de reparación. En primer lugar, se presentarán las Sentencias en las que se reconoció la indemnización por lucro cesante y, en segundo término, aquellas en las que se ordenó por pérdida de oportunidad.

1.1. Indemnización por concepto de lucro cesante.

La determinación de reconocer una indemnización por un monto equivalente al 100% de la utilidad que se esperaba obtener mediante el contrato sobre el cual la Administración tomó la decisión ilegal, multiplicada por el término de vigencia de la inhabilidad para contratar en los casos de indebida declaratoria de caducidad de contratos estatales, se estableció en la Sala Plena del Consejo de Estado del 12 de julio de 2012.

En la Sentencia 15.024 de 2012, la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Danilo Rojas Betancourth, modificó su postura anterior sobre la oportunidad perdida en los casos de declaratoria ilegal de la caducidad y flexibilizó la exigencia probatoria para acreditar la seriedad del perjuicio que se sufre como consecuencia de la actuación indebida de la Administración por la cual se priva a los contratistas de participar de posteriores procesos de contratación y de celebrar contratos estatales.

En 2011, previo a la decisión de la Sala Plena, las Subsecciones C y B de la Sección Tercera de la Corporación, en Sentencias de los expedientes 18.048 y 18.879, se negaron a acceder a la pretensión de reconocimiento de una indemnización por concepto de la pérdida de la oportunidad de celebrar contratos con la Administración como consecuencia de la declaratoria ilegal de la caducidad, argumentando que no se había acreditado suficientemente la seriedad de las posibilidades de celebrar acuerdos con el Estado durante el tiempo en que estuvo vigente la inhabilidad que surge como consecuencia de la caducidad.

La situación del demandante de la Sentencia 15.024 de 2012 no distaba de la del actor de la Providencia 18.879 del 30 de junio de 2011, quien había acreditado ser contratista del Estado mediante certificaciones del año en que le fue declarada la caducidad y, como en el caso que dio origen al cambio de la jurisprudencia, a través del contrato que motivó la interposición de la acción.

En el caso concreto de la Sentencia 15.024, la Sala Plena estableció que había certeza sobre el objeto social al que se dedicaba la empresa y su capacidad de producción de los bienes objeto del acuerdo contractual -puentes-, pero que había dudas sobre la demanda de este bien. Pese a la existencia de dicha incertidumbre, valiendo como prueba el contrato que dio origen a la acción judicial, se estimó que el actor pudo haber perdido la oportunidad de celebrar al menos cinco contratos, esto es uno por cada año de duración de la inhabilidad.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena ordenó una indemnización correspondiente al 100% del valor de la utilidad esperada con la ejecución del contrato público que le fue caducado al demandante, multiplicado por cinco, en atención al número de años que dura la inhabilidad para contratar que se deriva de la declaratoria de caducidad.

Cabe aclarar que, en este caso en concreto, el 10% de la utilidad se calculó no sobre el valor total del contrato caducado, sino sobre el 90% de este monto, dado que se comprobó que este fue el monto realmente ejecutado por el contratista antes de la declaratoria. Disminución que no se efectúa en las Sentencias que reiteraron esta providencia.

La Sentencia 15.024 de 2012 fue reiterada en las decisiones de los expedientes 26.705 del 26 de junio de 2014, 30.257 del 29 de julio de 2015, 54.677 del 28 de enero de 2016 y 52.920 del 12 de mayo de 2016. No obstante, estas Sentencias difieren entre sí en lo que tiene que ver con la determinación del porcentaje considerado como utilidad del contrato y con el concepto por el cual finalmente se otorgó la indemnización.

Así, por ejemplo, aunque en la Sentencia 26.705 del 26 de junio de 2014 se siguió el mismo criterio que en la providencia proferida en Sala Plena en 2012 y se ordenó una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad calculada sobre el 10% del valor total del contrato multiplicada por los cinco años de la inhabilidad, en esta no se hizo referencia a la necesidad de hacer descuento alguno por ejecución parcial del acuerdo contractual, como sí se hizo en la Sentencia de 2012.

Por otro lado, las Sentencias 15.024 y 26.705, coinciden en que pese a que en la parte considerativa se señaló expresamente que la caducidad ilegalmente declarada, que conlleva a una inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco años, entraña una pérdida de la oportunidad que configura un daño indemnizable por el truncamiento de la posibilidad de participar de procesos de contratación por cinco años, en la parte resolutiva de estas providencias la indemnización se otorgó por concepto de lucro cesante y no por pérdida de la oportunidad.

1.1.1. Declaratoria de caducidad extemporánea.

La alcaldía de Chámeza, Casanare, declaró la caducidad de un contrato, cuyo objeto era la fabricación, montaje e instalación de un puente sobre el río Sunce, pese a que ya se había extinguido el plazo de ejecutoria del acuerdo, razón por la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos administrativos que contenían dicha decisión y ordenó a la entidad el pago del porcentaje pendiente a favor del contratista de acuerdo con lo efectivamente ejecutado del acuerdo contractual y, a su vez, el pago de una indemnización por concepto de pérdida de la oportunidad.

Ahora bien, dado que no estaba probado en el proceso el monto del perjuicio por la pérdida de la posibilidad de contratar con la Administración por el período de la inhabilidad, la Sala señaló:

Con referencia a los efectos que la declaratoria de caducidad generó sobre el contratista, la Sala concluye que está debidamente acreditado que hubo un perjuicio, puesto que estuvo inhabilitado para contratar con el Estado por espacio de cinco años[385]. A pesar de lo anterior, no hay certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio ocasionado al actor por la inhabilidad para contratar, en tanto que el dictamen pericial, al indicar que la sociedad demandante podría montar diez unidades de puentes en un año si contaba con una línea de producción y que el número se limitaría a cinco si estuviera a la espera de pedidos para la fabricación, está refiriéndose a la oferta pero no a la demanda de construcción de los puentes.

(…) la Sala debe tener en cuenta que en casos como el presente, en los cuales hay certeza sobre el perjuicio, pero no acerca de la cuantía, sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor del actor. La equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad que sufrió el actor de participar de procesos de contratación por espacio de cinco años y, en consecuencia, para condenar en concreto, debe contar con elementos objetivos que la sustenten, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos recaen en la certeza que tiene la Sala acerca de que el demandante se dedicaba profesionalmente a la ingeniería y a que contrataba con el Estado para la construcción de obras públicas, en tanto que Nimrod Mir Ltda., es una sociedad organizada conforme a las normas del derecho privado, con ánimo de lucro, cuyo objeto social es "ocuparse principalmente del ejercicio y la comercialización de la profesión de ingenierías (*sic*) y arquitectura" (f. 26, c. 1), la cual se dedicaba efectivamente al desarrollo de tal actividad, como lo demuestra el contrato celebrado con el municipio de Chámeza, que da lugar al presente proceso. Así, equitativamente, la Sala considera que el número de contratos respecto de los cuales el demandante estuvo inhabilitado para celebrar, fue de cinco, uno en razón de cada año que duró la inhabilidad.

En cuanto al valor que el demandante habría percibido por concepto de utilidad, de acuerdo con la posición que en casos anteriores ha asumido la Sala[386], se estima en un 10% del valor total del contrato; ahora bien, dado que en el caso concreto el contrato que se toma como referencia sólo se ejecutó hasta un 90%, que equivale a $57.564.000, se reconocerá sobre esa suma el 10%, es decir, por cada año $5.756.400. En relación con el período que se indemnizará, teniendo en

[385] Cita original de la Providencia: Decreto 222 de 1983: "artículo 8. De las inhabilidades.- No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto: 2) Quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaratoria de caducidad por parte de cualquier entidad pública. Parágrafo.- Las inhabilidades a que se refieren los numerales 2º y 3º, se extenderán por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad o de la firma del contrato". Ley 80 de 1993: "artículo 8. 1º Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contrato con las entidades estatales: c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad… Las inhabilidades a que se refieren los literal c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad…"

[386] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, expediente n.° 17.935, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

> cuenta que la inhabilidad produjo efectos a partir del 12 de agosto de 1994, fecha en la cual el alcalde de Chámeza expidió la resolución n.° 47, por medio de la cual confirmó la resolución n.° 44, que había declarado la caducidad del contrato –párrafo 9.4–, se hará el cálculo correspondiente a los años 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999, tomando para tal efecto como mes de referencia agosto de cada año, porque entonces se cumplía la anualidad correspondiente, y asumiendo que en esa fecha se habría pagado la utilidad respectiva[387].

1.1.2. Pérdida de la oportunidad por declaratoria de caducidad fuera del plazo de ejecución.

La Alcaldía Local de Barrios Unidos del Distrito Capital declaró la caducidad de un contrato de interventoría con posterioridad a la finalización del plazo de ejecución. Por esta razón, el Consejo de Estado consideró que el acto administrativo así expedido estaba viciado de nulidad. Al respecto, manifestó:

> (…) Las entidades públicas no están habilitadas para ejercer el poder exorbitante de declarar la caducidad del contrato una vez expirado el plazo de ejecución pactado en él o en los contratos adicionales que lo modifiquen o prorroguen y, por ello, el efecto punitivo de esta potestad no puede extenderse más allá de su terminación, vale decir, hasta la etapa de liquidación del contrato.
>
> En estos casos, lo que procederá, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista para hacer efectiva la cláusula penal y las garantías que amparen el contrato y podrá ocurrir ante los jueces en ejercicio de la acción de controversias contractuales por incumplimiento[388].

Sobre la indemnización, la Sala recordó lo dicho por la Corporación en la Sentencia de julio de 2012, señalando:

---

[387] CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa. Exp. 17.031. CONSEJO DE ESTADO. 28 de abril de 2010. C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.935.

[388] CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 26.705.

Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024 y CONSEJO DE ESTADO. 28 de abril de 2010. C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.935.

> Al efecto se dará aplicación al criterio sentado en sentencia de unificación de esta Sección, con arreglo al cual ante una caducidad ilegalmente declarada, que supone la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años, entraña una pérdida de la oportunidad que configura un daño indemnizable y, ante la falta de certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio, en aplicación del principio de equidad se deberá tomar el contrato terminado como demostración de que el mismo monto sería acordado en los cinco años siguientes: (…)[389].

Respecto del *quantum* indemnizatorio, en la providencia 26.705 del 26 de junio de 2014, la Sala siguió el criterio según el cual la utilidad se calcula sobre un 10% del valor total del contrato multiplicado por el tiempo de la inhabilidad, fijado en la Sentencia 15.024 de 2012, y señaló:

> Al efecto se dará aplicación al criterio sentado en sentencia de unificación de esta Sección, con arreglo al cual ante una caducidad ilegalmente declarada, que supone la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años, entraña una pérdida de la oportunidad que configura un daño indemnizable y, ante la falta de certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio, en aplicación del principio de equidad se deberá tomar el contrato terminado como demostración de que el mismo monto sería acordado en los cinco años siguientes.
>
> (…)
>
> Ahora, en relación con el valor que el demandante habría percibido por concepto de utilidad, se sigue también el criterio de la Sala con arreglo al cual esta se estima en un 10% del valor total del contrato[390]".

Por último, de esta Sentencia se destaca que, a pesar de la referencia a la oportunidad perdida, la condena se profirió por concepto de lucro cesante.

[389] CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 26.705.

[390] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. 17.935, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

1.2. Indemnización por concepto de pérdida de la oportunidad.

La posición jurisprudencial de ordenar la indemnización por el 100% de la utilidad estimada del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad fue igualmente seguida en la Sentencia 37.279 del 28 de agosto de 2014, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón. No obstante, a partir de esta decisión se presenta un ajuste en la posición jurisprudencial mayoritaria respecto del concepto de indemnización, en virtud del cual se empieza a ordenar por concepto de pérdida de oportunidad, aunque no hay variaciones respecto del monto de la reparación respecto de la utilidad que se sigue calculando con fundamento en el porcentaje de ganancia que se esperaba obtener con la ejecución del contrato.

Cabe advertir que las tres Sentencias, en las que se ordenó indemnizar la indebida declaratoria de caducidad por concepto de pérdida de oportunidad en un monto igual a la ganancia que se esperaba recibir con el contrato caducado multiplicado por los años de vigencia de la inhabilidad, fueron expedidas por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En la Sentencia 37.279 la Sala señaló expresamente que la reparación por el perjuicio causado por la imposibilidad de celebrar contratos durante la vigencia de la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad respondía al concepto de la pérdida de oportunidad, mientras que respecto de la indemnización que se reconoció por el pago de la utilidad que habría recibido la actora hasta la terminación del acuerdo contractual que le fue caducado la Sala indicó que correspondía al "monto de la utilidad que tenía derecho a obtener con la ejecución del contrato".

En el fallo del expediente 37.279 de 2014 la Sala ordenó una condena en abstracto y estableció que el Tribunal de primera instancia debía seguir los siguientes parámetros para establecer el *quantum* indemnizatorio:

a) Determinar el monto de las utilidades generadas durante la ejecución del contrato, con apoyo en los soportes contables que habría de llevar la demandante.

b) Actualizar el valor de las utilidades con base en el IPC certificado por el DANE desde que quedó en firme la declaratoria de caducidad hasta la fecha de la providencia que decida el incidente de regulación de perjuicios.

c) Multiplicar por los cinco años de duración de la inhabilidad para contratar con la Administración la suma obtenida como utilidad.

Esta postura fue igualmente seguida por el Consejo de Estado en la Sentencia 52.920 de 12 de mayo de 2016. En esta ocasión, se tomó como referencia para calcular el valor de la utilidad el 5% del total del contrato, en consideración a que era este el porcentaje de ganancia pactado y no el 10% utilizado en las decisiones de los expedientes 15.024 y 26.705.

Respecto del concepto por el cual se otorgó la indemnización, mientras que en la providencia 26.705, al igual que en la proferida por la Sala Plena, la condena se ordenó por concepto de lucro cesante, pese a la referencia a la doctrina de la *chance*; en la Sentencia 52.920 de 2016 la Sala decidió ordenar la reparación expresamente por concepto de pérdida de la oportunidad, siguiendo el ajuste a la posición jurisprudencial mayoritaria efectuado en la Sentencia 37.279.

Por último, esta posición jurisprudencial también fue aplicada por un Tribunal de Arbitramento en decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado en la Sentencia 64.143 del 13 de diciembre de 2019. Ante los árbitros, el demandante alegó que sufrió el perjuicio de pérdida de la oportunidad por la afectación de la capacidad residual de contratación (K). Es decir, que las posibilidades de contratar de las empresas que integraban el Consorcio demandante se vieron reducidas por tener suscrito y vigente el

contrato que fue suspendido por la Administración y finalmente no ejecutado por decisión unilateral de esta.

Aunque en el fallo del Consejo de Estado de 2019 no se hicieron mayores análisis sobre la aplicación de la doctrina de la *chance* en el laudo arbitral, la Sala validó la conclusión del Tribunal de Arbitramento según la cual la inejecución del acuerdo contractual y su prolongación e injustificada suspensión causaron perjuicios al Consorcio y a sus integrantes, en la medida en que su capacidad residual de contratación se vio afectada por un valor equivalente al 5% del valor total del contrato para el Consorcio y por un valor equivalente a su participación en dicha figura plural a favor de cada uno de sus miembros.

1.2.1. Declaratoria de caducidad sin observancia del debido proceso.

La Empresa Licorera del Meta declaró la caducidad de un contrato de distribución exclusiva de licores. De acuerdo con lo que pudo verificar el Consejo de Estado, la expedición del acto administrativo, mediante el cual se hizo dicha declaración, se hizo sin observar el debido proceso al no dar oportunidad a la contratista de ejercer su derecho a la defensa y contradicción antes de que se adoptara la decisión.

En consecuencia, además de declarar la nulidad de la Resolución correspondiente, ordenó al departamento del Meta a pagar a la actora el monto de la utilidad que tenía derecho a obtener con la ejecución del contrato por el tiempo en que el mismo se dejó de ejecutar y, a título de pérdida de oportunidad, el mismo valor multiplicado por el término en años que duró la inhabilidad para contratar con el Estado, con fundamento en lo siguiente:

> Con todo, al igual que ocurrió en el caso análogo que funge como referente para la adopción de la presente decisión, a la Sala no le asiste duda en cuanto a la efectiva y real causación del perjuicio pues no puede dejarse de lado que la declaratoria de caducidad trajo como consecuencia la ruptura del vínculo contractual, circunstancia que dio lugar a que cesara la ejecución del contrato desde el momento en que se adoptó la decisión objeto de nulidad, esto es desde

el 9 de septiembre de 1999 y por el resto de tiempo que faltaba para terminar el plazo de ejecución, esto es 15 meses y 23 días, teniendo en cuenta que el plazo contractual culminaba el 1 de enero del 2001, con lo cual ciertamente se despojó a la contratista del derecho a obtener la utilidad esperada por el plazo que faltaba para su vencimiento[391].

Sobre la condena, la Sala dispuso:

(…) se condenará en abstracto al departamento del Meta a pagar, a título de pérdida de oportunidad para celebrar contratos con el Estado como consecuencia de los cinco años de inhabilidad derivados de la declaratoria de caducidad, el 100% de la utilidad del contrato de distribución celebrado el 3 de febrero de 1997 entre la señora María del Carmen Isaza y la Empresa Licorera del Meta (fls. 40-47 c1), pues fue solamente ese contrato el que se celebró dentro de los últimos cinco años anteriores, o al menos el único que se acreditó.

(…)

La condena que en abstracto se ordena deberá seguir los siguientes parámetros:

1.- El incidente deberá promoverse ante el Tribunal de primera instancia en la forma y términos previstos por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

2.- Teniendo en cuenta que de los contratos y documentos que reposan en el plenario no es posible derivar el porcentaje de utilidad que arrojó la ejecución del contrato de distribución de licores celebrados el 3 de febrero de 1997 y el 28 de diciembre de 1998 y dada la condición de comerciante que ostenta la demandante María del Carmen Isaza de Pinzón, propietaria del establecimiento de comercio Estanco Llano y Selva, en observancia de los artículos 19, 48, y 53 del Código de Comercio, estatuto que regula su actividad, surge con claridad la obligación que le asiste de llevar su contabilidad en la forma que allí se señala, de suerte que será con apoyo en los soportes contables que habría de llevar la comerciante María del Carmen Isaza de Pinzón, con base en los cuales, dentro del correspondiente incidente de liquidación de perjuicios, se determine el monto de las utilidades que se habían generado desde el inicio de la ejecución contractual hasta la declaratoria de caducidad, valor cuyo promedio deberá ser proyectado por los 15 meses siguientes en que no fue posible su explotación por causa el acto ilegal que se anula.

---

[391] CONSEJO DE ESTADO. 28 de agosto de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Exp. 37.279.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 33.337.

> La anterior suma deberá actualizarse con base en el índice de precios al consumidor certificados por el DANE, desde la fecha en que habría de culminar el plazo contractual (1 de enero de 2001) hasta la fecha de la providencia que decida el incidente de regulación de perjuicios.
>
> Igual suerte correrá el monto del perjuicio por concepto de pérdida de oportunidad derivado de la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco años, el cual se establecerá con apoyo en los documentos contables de la contratista directamente relacionados con la ejecución del contrato de distribución celebrado el 3 de febrero de 1997 entre la señora María del Carmen Isaza de Pinzón y la Empresa Licorera del Meta (fls. 40-47 c1), valor que deberá ser actualizada en la misma forma antes señalada, desde en que cobró firmeza la declaratoria de caducidad del contrato (octubre de 1999) hasta la fecha de la providencia que decida el incidente de regulación de perjuicios. La suma obtenida como utilidad, a su turno se multiplicará por los cinco años durante los cuales se prolongó la inhabilidad de la demandante.
>
> 3.- Las sumas que se reconocerán en los dos casos anteriores se calcularán exclusivamente sobre el concepto de utilidad, es decir sin tener en cuenta rubros de administración e imprevistos por cuanto estos conceptos no están llamados a reconocerse. (…)[392].

1.2.2. Pérdida de la oportunidad por inhabilidad para contratar.

El Departamento del Valle del Cauca declaró la caducidad de un contrato de obra pública un año después de la finalización del plazo de ejecución. Por esta razón, el *a quo* declaró la nulidad del acto administrativo que contenía tal declaratoria. No obstante, el demandante apeló esta decisión por considerar que tenía derecho al pago de los perjuicios por pérdida de la oportunidad y por los perjuicios morales sufridos por el contratista con ocasión de la caducidad impuesta en su contra, así como al reconocimiento de los intereses moratorios causados como consecuencia de la falta de pago oportuno del saldo restante del acuerdo.

Respecto de la pérdida de oportunidad derivada de la inhabilidad que surgió por la declaratoria de caducidad, la Sala reiteró lo dicho en la Sentencia del 12 de julio de 2012 y señaló:

[392] CONSEJO DE ESTADO. 28 de agosto de 2014. C.P. Hernan Andrade Rincón (E). Exp. 37.279.

El gráfico plasmado refleja con claridad que durante los cinco años anteriores a la declaratoria de caducidad viciada de nulidad, el ingeniero Edgar Iván Quintero Zuluaga celebró varios contratos con distintas entidades estatales, con objetos que guardan semejanza con el que ocupa la atención de la Sala, relativos a la realización de obras de construcción de estructuras en instalaciones públicas y labores de pavimentación vial.

Además, la secuencia dinámica que muestra los antecedentes en comento permite concluir que la actividad económica desempeñada por el demandante, antes de ser inhabilitado por cuenta de la declaratoria de caducidad, consistía, principalmente, en la ejecución de contratos de obra suscritos con entidades estatales, lo que por contera lleva a colegir, a diferencia de lo afirmado por el a quo, que la inhabilidad proveniente del acto dictado en ejercicio de la potestad excepcional privó al demandante de la oportunidad de continuar dedicándose a esas labores durante los cinco años siguientes a la fecha en que cobró firmeza, configurándose de esta forma el perjuicio cuya negativa fue materia de impugnación

En consideración a lo anotado, la Sala estima procedente el reconocimiento del perjuicio reclamado a título de pérdida de oportunidad, de conformidad con los parámetros que sobre el particular ha trazado la jurisprudencia de esta Corporación.

Para efectos de su cálculo se procederá de la siguiente manera:

En primer lugar, para proyectar el valor de la indemnización que se debe por este concepto se tomará como utilidad el 5% de cada una de las cifras detalladas en el recuadro que antecede, considerando que fue ese el porcentaje que por utilidad se fijó en la propuesta presentada por el ingeniero Edgar Iván Quintero Zuluaga al atender la invitación pública que dio como resultado la celebración del Contrato No. 030175, en cuyo desarrollo se produjo el acto de caducidad acusado.

Una razón adicional para tomar dicho porcentaje de utilidad como parámetro de base para hallar las ganancias promedio recibidas por el contratista en la ejecución de contratos durante los cinco años anteriores obedece al hecho de que los contratos allegados como pruebas para acreditar el perjuicio que se analiza, al igual que ocurre en el que centra la atención de la Sala, versaron sobre objetos similares, correspondientes a ejecución de obras, cuya estructuración financiera posiblemente consultó factores técnicos y económicos similares.

Seguidamente, se calculará el promedio de la utilidad anual recibida por el demandante durante los cinco años anteriores a la declaratoria de caducidad de la siguiente manera:

> (…) Dicha cifra se multiplicará por los cinco años que duró la inhabilidad originada en dicha declaratoria. Una vez obtenida la suma correspondiente se procederá a actualizarla, (…)[393].

1.2.3. Terminación de contrato y afectación de la capacidad residual (k) de contratación.

La Empresa de Vivienda de Antioquia -Viva- y una fiduciaria, a través de un fideicomiso, suscribieron contrato de obra civil con el demandante para la construcción de viviendas el cual fue suspendido, según el actor, por un inconveniente técnico, pese a lo cual consideró que había cumplido con todas las obligaciones de la fase de pre-construcción. Finalmente, la entidad decidió no priorizar la ejecución del acuerdo contractual porque uno de los anteriores dueños del lote destinado para la ejecución del proyecto se encontraba en la lista *Clinton*.

Dada la existencia de cláusula compromisoria en el contrato, las partes sometieron inicialmente la controversia a la decisión de tribunal arbitral que negó las pretensiones formuladas contra la fiduciaria, aceptó algunas de las formuladas contra Viva, declaró que esta última incumplió lo acordado y la condenó por los perjuicios asociados a la utilidad razonable dejada de percibir por los integrantes del consorcio y por la afectación de su capacidad residual (K) de contratación y negó otras pretensiones[394].

---

[393] CONSEJO DE ESTADO. 3 de agosto de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 52.920.

Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.

[394] De acuerdo con lo señalado en la Sentencia del 13 de diciembre de 2019, por la cual se revisó el laudo, el tenor literal de la condena efectuada por parte del Tribunal por la utilidad dejada de recibir señala: "Décimo.- Condenar a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a favor de los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, JORGE ENRIQUE MORA S.A.S., HAG S.A.S. y JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR, la suma de MIL SESENTA y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA y OCHO PESOS CON CINCUENTA y DOS CENTAVOS ($1.061'277.948,52) por concepto de perjuicios asociados a la utilidad razonable dejada de percibir por los integrantes del CONSORCIO y a la afectación de su K de Contratación, la cual deberá ser pagada a cada uno de ellos así: a favor de la sociedad JORGE ENRIQUE MORA HENAO S.A.S., la cantidad de QUINIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA y CUATRO PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($536'638.974,26); a favor de la sociedad HAG S.A.S., la cantidad de DOSCIENTOS DOCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA y NUEVE PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($212'255.589,70) y a favor del señor JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR la cantidad de TRESCIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA y CUATRO MIL PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($318'383.384,50)".

Una de las causas por las cuales se solicitó la nulidad del laudo arbitral consistió en que el Tribunal habría proferido un fallo en conciencia, y no en derecho, por déficit probatorio, habida cuenta que se condenó a Viva a indemnizar al demandante por conceptos no probados como la pérdida de oportunidad por la afectación del K de contratación, la utilidad esperada y las actividades de pre-construcción. El Consejo de Estado declaró infundadas esta y las demás causales alegadas por la empresa Viva en calidad de recurrente y confirmó la decisión del Tribunal.

Sobre la causal relacionada con el fallo en conciencia, la Corporación concluyó:

> (…) El recurso extraordinario de anulación no constituye una segunda instancia del proceso arbitral y el juez de anulación no puede corregir la apreciación de la ley aplicable ni la valoración de las pruebas realizada por el tribunal de arbitramento[395].

A pesar de lo anterior, respecto de los criterios utilizados por el Tribunal de Arbitramento para determinar el daño por la pérdida de oportunidad y la utilidad, la Sala señaló:

> En cuanto a la llamada por el recurrente pérdida de oportunidad, referente al bloqueo, pérdida, afectación de la capacidad residual de contratación (K), el análisis que hizo el tribunal siguió el siguiente (*sic*) lineamiento, en primer lugar buscó determinar ese concepto, para ello acudió a la 'Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública'[396] de Colombia Compra Eficiente, luego acudió a la legislación que indica cómo se determina esa capacidad residual de contratación, artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 (corregido por el artículo 1 del Decreto 476 de 2014) y la manera en que aquella se acredita, artículo 1 del Decreto 791 de 2014, con fundamento en los cuales determinó la fórmula para encontrar el saldo de los contratos en ejecución. Posteriormente, una vez determinó lo anterior, acudió al dictamen pericial y lo armonizó con la teoría explicada. Finalmente, analizada la normativa legal y el peritaje concluyo (*sic*):

[395] CONSEJO DE ESTADO. 13 de diciembre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E). Exp. 64.143.

[396] Cita original de la Providencia: Fl. 148, cuaderno principal del recurso de anulación.

> "(…) es indudable que la inejecución del Contrato y la prolongación e injustificada suspensión del mismo causaron perjuicios al CONSORCIO y a sus integrantes, en la medida en que su capacidad residual de contratación se vio afectada por un SCE equivalente al valor total del Contrato para el CONSORCIO y por un valor equivalente a su participación en él para cada uno de sus miembros"[397].

Como consecuencia, acogió los valores contenidos en el dictamen pericial para condenar por ese ítem[398].

Así las cosas, queda desvirtuado que el fallo por ese perjuicio se profirió en conciencia, pues, por el contrario, el tribunal acudió tanto al derecho positivo que consideró aplicable como al dictamen pericial, para tomar una decisión sobre el monto de la indemnización.

En cuanto a la utilidad ocurre algo similar, el tribunal para determinar el monto de esa indemnización, primero acudió al dictamen pericial, según el cual la utilidad no fue calculada en la propuesta, motivo por el cual de ella no se podía establecer ese monto; sin embargo, se acudió al artículo 3 del Decreto 1372 de 1992, que al referirse al valor sobre el cual se genera el impuesto sobre las ventas, precisó que los honorarios o la utilidad no pueden ser inferiores a los que comercialmente correspondan a contratos iguales o similares; a su vez, el perito indicó que en contratos similares se previó una utilidad del 5%, lo que fue acogido por el tribunal de arbitramento.

Como se ve, el monto de la indemnización por concepto de utilidad se derivó del acervo probatorio y del respaldo legal, cosa diferente es que el recurrente considere que se debieron hacer descuentos que no fueron puestos de presente en el trámite arbitral, pues, como se señaló en el laudo, 'lo dicho por el perito en este punto, no fue objeto de debate por ninguna de las convocadas'[399] y no puede el recurrente ahora presentar argumentos que debió discutir en la etapa procesal pertinente ante la justicia arbitral, los que, por demás, no desvirtúan que en el

---

[397] Cita original de la Providencia: Folio 155, cuaderno principal recurso de anulación.

[398] Cita original de la Providencia: Para lo cual se dijo: "En este punto el dictamen se orientó a responder un cuestionario cuyo contenido después de las reformulaciones y rechazos quedo así:

"(…)

"Conviene anotar que una gran parte del dictamen pericial recoge las fórmulas y demás desarrollos que hace Colmbia Eficiente en la Guía tanta veces citada y en síntesis responde afirmativamente a las preguntas del literal a.1, y a.2 no hubo respuestas claras e incluso se incluyó apreciaciones del perito que no fueron pedidas, para las del literal b.1 y en cambio se responde afirmativamente la contenida en el literal c.1 tal como fue reformulada" (folios 152 y 153, cuaderno principal recurso de anulación).

[399] Cita original de la Providencia: Folio 147, cuaderno principal recurso de anulación.

laudo se haya realizado el correspondiente análisis en derecho, lo que lo aleja de un fallo en conciencia[400].

CONCLUSIONES

Los casos sobre indebida declaratoria de caducidad de contratos estatales ponen en evidencia que la teoría de la pérdida de la oportunidad tiene aplicación en la responsabilidad contractual del Estado con efectos calculables en el ámbito precontractual, por cuanto la consecuencia de dicha decisión es la inhabilidad para contratar con el Estado por un término de cinco años.

Si bien es posible identificar una posición jurisprudencial mayormente aceptada por el Consejo de Estado colombiano para la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en los casos en los que se da una indebida declaratoria de caducidad también es posible afirmar que esta no ha sido una posición estática.

El desarrollo de la postura mayoritaria en los casos de responsabilidad contractual con efectos en lo precontractual ha pasado tanto por lo conceptual como por lo económico.

En lo conceptual, se corrige lo que, a nuestro juicio, era un yerro de la Sala Plena y se establece que la indemnización se ordena por pérdida de la oportunidad y no por lucro cesante, con lo que queda claro que estamos ante casos en los que el perjuicio objeto de reparación es uno de aquellos sobre los que subsiste la incertidumbre sobre su ocurrencia en el futuro, pero que se puede deducir su existencia, con cierto grado de seguridad, gracias a los elementos probatorios a disposición de los Jueces.

En lo económico, el desarrollo de la postura llevó a que el porcentaje sobre el cual se calculaba la reparación fuera inferior, al pasar de calcularse el monto de la indemnización sobre un valor equivalente al 10% del monto total del contrato al 5% del mismo; aunque

[400] CONSEJO DE ESTADO. 13 de diciembre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E). Exp. 64.143.

respetando la idea de la Sala Plena de indemnizar las oportunidades perdidas en los cinco años de inhabilidad por el 100% de la utilidad que se esperaba recibir por la ejecución del acuerdo contractual que se terminó abruptamente.

De todas las posiciones jurisprudenciales que se identificaron en esta investigación sobre la aplicación de la pérdida de la oportunidad, la posición mayoritaria en los casos de responsabilidad contractual con efectos en el ámbito precontractual es la única que fue establecida directamente por la Sala Plena del Consejo de Estado. Por esta misma razón, es aún más notoria la importante evolución que se dio en las Sentencias en las que fue reiterada, las cuales fueron proferidas al interior de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, comenzando con la ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón en agosto de 2014.

En las Sentencias en las que se ha utilizado la posición jurisprudencial mayoritaria frente a la imposibilidad de celebrar nuevos contratos no ocurre el mismo fenómeno que se observó para los casos de responsabilidad precontractual, por el cual se pasa de juzgar el perjuicio surgido por de la indebida adjudicación de un acuerdo con el Estado como lucro cesante en una decisión, a ser calificado como pérdida de oportunidad en otra y, en la siguiente providencia, a ir de vuelta al criterio propio del Código Civil. Por el contrario, en las Sentencias por las que se resolvieron casos de indebida declaratoria de caducidad se observó una evolución lineal a favor de considerar la limitación de suscribir contratos estatales como un perjuicio por pérdida de la oportunidad abandonando, por el momento, el concepto de lucro cesante.

CAPÍTULO VIII. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL

INTRODUCCIÓN

Al igual que ocurre en los casos de responsabilidad precontractual en los que se empleó la teoría de la pérdida de la oportunidad para resolver, en los asuntos propios del ámbito contractual con impacto en la posibilidad de participar en procesos de contratación y celebrar futuros contratos con la Administración tampoco hay unanimidad respecto de la aplicación de esta doctrina.

En consecuencia, se requiere estudiar las Sentencias donde el Consejo de Estado, habiendo mencionado de forma expresa a la doctrina de la *chance*, decidió apartarse de la postura mayoritaria para resolver los pleitos cuyos hechos ocurrieron con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato estatal, pero que, por sus efectos, tuvieron un alcance en lo precontractual, por afectar las posibilidades de participar en procedimientos de selección públicos.

De acuerdo con la investigación realizada de las trece providencias mediante las cuales se resolvieron casos de responsabilidad contractual que afectaron las posibilidades de contratar y en las que se hizo referencia expresa a las oportunidades perdidas ocho contienen posiciones jurisprudenciales que se apartan de la más aceptada para dar solución a este tipo de asuntos. En estas decisiones, se encontraron cinco tendencias distintas a la mayoritaria, por lo que este capítulo se dividirá en el mismo número de apartados a fin de estudiar detalladamente cada una de ellas.

El análisis de estas posiciones alternativas es necesario a fin de establecer si la postura encontrada en el mayor número de Sentencias es la más adecuada para solucionar este tipo de casos, o si alguna de las alternativas puede ser más apropiada para ello, o si resulta necesario plantear una vía que integre postulados de varias posiciones a fin de mejorar la aplicación de la doctrina de la *chance*.

Al igual que con el estudio hecho en el capítulo sexto de este trabajo, el estudio de las posturas alternativas servirá para dos propósitos. El primero, general, comprender la aplicación de la teoría de la *chance* en los casos en los que el perjuicio se ubica en el ámbito precontractual, a pesar de que los hechos que lo ocasionaron son propios del marco contractual. El segundo, identificar si la aplicación de la doctrina de la oportunidad puede ser susceptible de mejoras o recomendaciones a fin de evitar decisiones que comprometan los principios de seguridad jurídica e igualdad.

Por último, al igual que en los capítulos precedentes, en esta revisión no se mencionarán las consideraciones sobre aspectos procesales que podrían haber sido objeto de análisis en las sentencias estudiadas, habida cuenta que el interés de este trabajo es lo relativo al fondo de las discusiones sobre la pérdida de oportunidad.

1. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ALTERNATIVAS PARA APLICAR LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL.

De acuerdo con el estudio efectuado, se identificaron cinco posiciones distintas a la mayoritaria que también han servido para justificar el empleo de la doctrina de la *chance* en los casos puestos a consideración en el contencioso administrativo, en los que se discutió la legalidad del ejercicio de la facultad exorbitante de la Administración de declarar la caducidad de un contrato estatal, limitando con ello las posibilidades futuras de celebrar nuevos acuerdos con el Estado.

Estas posturas están contenidas en ocho Sentencias de las cuales seis terminaron en condena por responsabilidad estatal y dos absolvieron al Estado. La divergencia fundamental en las posiciones que se apartan de la postura mayoritaria del Consejo de Estado radica en la manera en que se evalúa el perjuicio por pérdida de oportunidad, la medida de la reparación del daño y la consecuente forma de liquidar la indemnización a favor de los demandantes

Si bien entre las posturas alternativas hay diferencias en cuanto a la consideración del perjuicio como lucro cesante o como pérdida de oportunidad, estas divergencias son muy inferiores a lo que se vio en las posiciones de responsabilidad precontractual. De las seis Sentencias en las que se condenó al Estado analizadas en esta parte, solo en dos se trata el perjuicio derivado de la imposibilidad de celebrar contratos con la Administración como propio del concepto de lucro cesante. En las otras seis Providencias el perjuicio fue reconocido expresamente como pérdida de la oportunidad.

En cuanto a la forma de indemnizar el perjuicio, en la primera postura, hallada en la Sentencia 17.301 de 2008 la Sala consideró que la reparación debía calcularse sobre el 100% de la utilidad del contrato caducado aplicada sobre dicho acuerdo y sobre los otros que el actor demostró que había celebrado con la demandada en el año de la declaratoria injusta de la caducidad.

En la Providencia de 2008, el Consejo de Estado decidió ordenar la indemnización calculada sobre el total de la utilidad esperada por considerar que era lo procedente al no existir razones probadas que permitieran justificar deducciones sobre dicho valor.

En una segunda postura, en las providencias 18.048 y 18.879 proferidas en 2011, correspondió el Consejo de Estado decidió no condenar por el perjuicio de la oportunidad truncada por considerar insuficiente la evidencia sobre la seriedad de las posibilidades de volver a contratar con la Administración.

De acuerdo con lo decidido en las dos Sentencias en las que se negó la condena por concepto de la pérdida de la oportunidad en 2011, no es suficiente con demostrar la mera ilegalidad en la declaratoria de la caducidad, sino que, adicionalmente, corresponde a los demandantes demostrar que tenían verdadera vocación de contratar con el Estado en los años en que estaba vigente la inhabilidad generada por la decisión ilegal de la Administración.

En consecuencia, la no demostración de la seriedad de la oportunidad de contratar con el Estado durante el tiempo en que estuvo vigente la inhabilidad que surgió como consecuencia de la indebida declaratoria de un contrato estatal, dio lugar a que no se reconoció el perjuicio por la imposibilidad de celebrar nuevos acuerdos contractuales en el futuro, incluso a pesar de que, en los dos procesos judiciales, se declaró nula la decisión sobre la caducidad.

A pesar de que no hubo una condena en estas Sentencias, las mismas se consideran una postura alternativa por cuanto en casos similares, donde el Consejo de Estado tenía elementos probatorios parecidos, la decisión resultó favorable a los demandantes.

Una tercera posición jurisprudencial alternativa surgió en 2013 en la Sentencia 24.559 con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, por la cual el Consejo de Estado decidió reconocer expresamente que la indebida declaratoria de caducidad generaba el perjuicio de pérdida de oportunidad para cuya reparación era necesario determinar cuáles serían las probabilidades de obtener la utilidad esperada durante el tiempo en que estuvo vigente la inhabilidad.

De esta forma, en la providencia de 2013, la Subsección A se apartó doblemente de la posición que ya se había impuesto en la decisión 15.024 de la Sala Plena por la cual se estableció, por una parte, que el perjuicio correspondía al concepto de lucro cesante y, además que la medida de la reparación era el 100% del valor de la utilidad que se

esperaba obtener a través del contrato caducado multiplicado por el número de años que estuvo vigente la inhabilidad.

Para efectos de determinar el monto de la reparación en la Sentencia 24.559 de 2013, la Sala estableció que era necesario abrir un incidente en el que se siguieran los parámetros fijados por la Corporación para determinar cuál había sido el valor de los acuerdos celebrados con el Estado por el demandante en los cinco años anteriores a la declaratoria de caducidad, el porcentaje de utilidad que se había obtenido con la ejecución de dichos contratos para, con dichos valores, proyectar cuál sería la utilidad que hubiera podido recibir el demandante de no haber sido por la actuación ilegal de la Administración. Esta postura fue replicada en las Sentencias 30.257 del 29 de julio de 2015 y 54.677 del 28 de enero de 2016, del mismo Consejero Ponente.

Una postura cuya aplicación se dio en una única Providencia, está contenida en la Sentencia 24.464 de 2013. En este fallo se reconoció la indemnización por concepto de la imposibilidad de contratar con el Estado durante la vigencia de la inhabilidad derivada de la caducidad ilegalmente declarada, tomando como base el valor total del contrato caducado y no solamente el monto que correspondía a la utilidad que se esperaba recibir el contratista con su ejecución. De esta forma, la Subsección B se apartó completamente de lo dispuesto en todas las demás posiciones jurisprudenciales por las que se ha reconocido una reparación económica por la pérdida de la posibilidad, razón por la cual lo decidido en esta ocasión se considera excepcional.

Por último, en la Sentencia 39.249 del 21 de marzo de 2021 se encuentra una postura que, aunque guarda similitudes con las aplicadas previamente por el Consejo de Estado, salvo el caso excepcional de la Providencia referida en el párrafo precedente, es distinta de las aplicadas previamente por el Consejo de Estado.

Si bien en la Sentencia proferida en 2021 la medida de la reparación del perjuicio por pérdida de oportunidad está ligada a la utilidad recibida por el demandante en un período

de tiempo igual al que dura la inhabilidad, en esta Providencia no se analizan las probabilidades de obtener la ganancia, ni se tiene en consideración solamente el 100% del valor de la utilidad esperada con el contrato caducado para liquidar el perjuicio, ni se restringió el análisis a los acuerdos suscritos con la entidad demandada. En esta ocasión, la Sala tuvo en consideración un cálculo hecho con fundamento en las utilidades operacionales reflejadas en los estados financieros del contratista y no solamente en lo que se evidenció para el acuerdo contractual caducado.

Lo decidido en el fallo de 2021 muestra una evolución en cuanto a los medios de prueba tenidos como válidos a la hora de analizar la utilidad recibida por el contratista con anterioridad a la declaratoria de caducidad aunque, como se verá, en la metodología utilizada la Sala decidió tener en cuenta solo los resultados positivos del contratista y, deliberadamente, ignoró las pérdidas que había reportado en los estados financieros.

1.1. Indemnización por el 100% de la utilidad calculada del contrato caducado y los demás celebrados con la demandada por el tiempo de la inhabilidad.

La Sentencia 17.031 del 20 de noviembre de 2008, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, es la primera Sentencia hallada en la que el Consejo de Estado hizo referencia a la doctrina de la pérdida de la oportunidad para resolver un caso de indebida declaratoria de caducidad de un contrato estatal, la Sala tomó como referencia lo resuelto en las Sentencias 10.539 de 1998, 11.344 de 1999, 13.792 de 2002 y 14.040 de 2002, en las que se resolvieron casos de responsabilidad precontractual por indebida adjudicación.

En la Providencia de noviembre de 2008, el Alto Tribunal señaló que, en ejercicio del arbitrio judicial, que según lo manifestado en esta misma Sentencia impera en los casos de pérdida de la oportunidad, es posible reconocer la totalidad de la ganancia esperada, de acuerdo con lo que se establezca en el respectivo proceso, aunque es posible realizar una

reducción o ponderación del monto de indemnización, según las condiciones del propio contratista o los riesgos inherentes de la actividad que ejerza.

En esta ocasión, la Sala consideró que para la liquidación de la indemnización debía tenerse en cuenta el 100% de la utilidad que el demandante esperaba obtener con la ejecución del contrato caducado, aplicada sobre el valor de dicho acuerdo y sobre el valor de los demás acuerdos contractuales que el actor había celebrado con la entidad demandada en el mismo año. La cifra resultante fue actualizada a la fecha de la Sentencia y multiplicado por cinco, por ser este el número de años de vigencia de la inhabilidad.

Respecto del valor de la utilidad, la Sala aclaró que no consideraba procedente descontar ningún porcentaje sobre dicho monto, en atención a que no existía prueba que le permitiera concluir que dicha ganancia no había sido recibida en su totalidad y por que tampoco es posible deducir que el demandante no la habría obtenido completamente, si se le hubiese permitido participar en procesos de contratación estatales y ejecutar los contratos que habría suscrito de no haberse expedido el acto ilegal. Con ello se alejó de antecedentes jurisprudenciales como el contenido en la Sentencia 11.344 de 1999 y aplicó el precedente de la Providencia 13.792 de 2002.

Adicional al cálculo sobre el valor de la utilidad esperada por el demandante, la Sala decidió reconocer los frutos civiles que el capital histórico de la pérdida de oportunidad habría producido al demandante, los cuales integró al perjuicio material, aplicando para ello la tasa del interés puro o legal del 6% anual.

En esta Sentencia la Sala expresamente ordenó la condena “por concepto de lucro cesante correspondiente a la pérdida de oportunidad de contratar durante el período de la inhabilidad”, decisión que fundamentó en la aplicación de la posición jurisprudencial fijada en la Sentencia 13.792 de 2002, según la cual el perjuicio derivado de la injusta privación de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado representa un lucro cesante, por tratarse de un perjuicio futuro y cierto.

1.1.1. Indemnización según las ganancias que la demandante habría podido obtener.

El Consejo de Estado ordenó la nulidad de la Resolución por la cual el municipio de Sabaneta, Antioquia, declaró la caducidad de un contrato de obra por haber sido expedida de manera extemporánea al concluir que dicha decisión solo puede tomarse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre este vigente, y no durante la etapa de la liquidación.

Respecto de la indemnización por la decisión ilegal de la Administración, la Sala señaló:

> (…) Esta Corporación ante una caducidad ilegalmente declarada, que implica la inhabilidad para el contratista de celebrar contratos con entidades públicas durante cinco (5) años, ha considerado que se deben reparar los perjuicios materiales por la pérdida de la oportunidad (o la "chance") de contratar con entidades del Estado, siempre que se demuestre el daño".
>
> (…)
>
> Conforme a esta teoría, de acuerdo con la jurisprudencia[401], es viable reparar la pérdida de oportunidad, perjuicio que se presenta "…cuando el daño resulta de un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo y por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir. En este caso hay lugar a la reparación, únicamente, de las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad, es decir, ´la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca (...) y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo´"[402]
>
> Por consiguiente, en eventos como el que se viene analizando, el perjuicio económico se ocasiona por la pérdida de las nuevas oportunidades u ocasiones favorables para contratar con entidades públicas en un período de cinco (5) años, debido a la inhabilidad que por ese tiempo genera el acto que decreta en forma ilegal la caducidad del contrato, mientras éste surte efectos, lo que priva al contratista de unas utilidades razonablemente esperadas de los contratos que previsiblemente hubiera celebrado con aquellas durante ese lapso.

---

[401] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040.

[402] Cita original de la Providencia: Nota de la providencia antes citada: "Larroumet Christian. Teoría General del Contrato. Santa Fe de Bogotá D.C., Edit. Temis, 1993. Volumen II P. 85."

En otras palabras, se trata de un daño futuro y cierto, bajo la modalidad de lucro cesante (artículos 1613 y 1614 C.C.), que consiste en que el contratista perjudicado, al no poder celebrar contratos con la Administración en un determinado tiempo en virtud del ejercicio ilegal e indebido de la cláusula exorbitante, dejará de percibir un incremento patrimonial, situación por la cual debe ser indemnizado sobre la base de la probabilidad o posibilidad razonable de que habría suscrito otros negocios jurídicos con el sector público, si no hubiese mediado el acto ilegal que contiene la drástica medida excepcional. En rigor, dicha teoría no exime en modo alguno de una certeza razonable y objetiva del daño, ni mucho menos del nexo causal entre el hecho dañino y el propio daño, pues debe evitarse, a toda costa, que bajo su invocación se indemnice un perjuicio totalmente eventual e hipotético.

Este punto, sin embargo, como bien ilustra De Cupis[403], suscita una gran problemática para la valoración del daño, originada en las dificultades probatorias que se presentan para prever y calcular con precisión perjuicios materiales que, como al que se ha hecho alusión, comprenden un beneficio o utilidad esperada, como también la disyuntiva que se presenta acerca de si debe ser por el total o sólo por un porcentaje del mismo; de ahí que, la Sala teniendo en cuenta esta situación, con el fin de resarcir el daño proveniente de la afectación injusta de un interés futuro que guarda relación con un incremento patrimonial, ha empleado tanto el principio de valoración en equidad ante la ausencia de prueba sobre el quantum del daño[404], como el principio de reparación integral del daño en el evento de que las pruebas del proceso permitan cuantificarlo[405], establecidos, positivamente, para la reparación de daño antijurídico en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

En el marco de estas directrices, es claro que cuando el juez tiene la certeza de la existencia del daño futuro debe condenar al responsable a resarcir en orden a aplicar justicia al caso concreto, para lo cual habrá de liquidar la indemnización de dicho daño con base en la prueba que obra en el proceso, tanto directa como indirecta -indicios-, o, en caso de dificultades probatorias, como es el caso que se estudia, según el arbitrio iudices y con aplicación del criterio de equidad[406].

---

[403] Cita original de la Providencia: Cfr. DE CUPIS, Adriano. El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Casa Editorial Bosch, 1975, Págs. 556.

[404] Cita original de la Providencia: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de abril de 1999, Exp.11.344.

[405] Cita original de la Providencia: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de mayo de 1998; Exp. 10.539, y Sentencia de 27 de noviembre de 2002, Exp. 13.792.

[406] Cita original de la Providencia: Ver, por ejemplo, en este sentido, entre otras, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 2008, Exp. 16.680, en la que se reiteró la sentencia de 31 de mayo de 2007, en la que se resaltó la aplicación del principio de la equidad con apoyo en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que indicó: "Con referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por su puesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su

La valoración equitativa del daño futuro resulta procedente cuando el juez, a partir de la realidad probada del daño, llega al convencimiento de que éste producirá unas consecuencias negativas que se proyectaran en el porvenir, restando simplemente el cálculo de su entidad o monto, esto es, tiene por objeto establecer el quantum del daño ante su existencia y certidumbre; "[e]ntiéndase bien, debe probarse que a falta del hecho dañoso, teniendo en cuenta las razonables previsiones, se habría producido un incremento patrimonial. Pero una vez suministrada esta prueba, la falta de prueba sobre la entidad de tal incremento no impide la liquidación del daño..."[407]

Cabe precisar que el principio de valoración en equidad no se aplica respecto de la existencia del daño mismo, pues él debe estar demostrado en el proceso, sino que procede únicamente para la determinación del quantum a indemnizar en aquellos casos en que resulta difícil o compleja la acreditación de su valor[408].

Respecto del monto de indemnización, la Sala consideró lo siguiente:

Con todo, en estos eventos de daño futuro, como el que ocupa la atención de la Sala, no se puede ocultar que, aun cuando existe certeza del hecho dañino y del daño (pérdida de una oportunidad de contratar que priva al perjudicado de unas ganancias en el porvenir), también existe un margen de incertidumbre sobre la intensidad y entidad del perjuicio[409], pues, no es posible conocer con certeza absoluta la cantidad y el valor de los contratos que habría celebrado el perjudicado con entidades públicas de no habérsele impuesto la sanción de la caducidad y, por ende, precisar en forma exacta la magnitud de las ganancias que

---

cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas. De ahí que, atendiendo expreso mandato constitucional (art. 230 de la C.P.) y "en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho, al juez no le esté permitido pasar por alto que "el daño en cuestión, aunque futuro, ha de ser resarcido en tanto se muestra como la prolongación evidente y directa de un estado de cosas" que, además de existir al momento de producirse la muerte accidental del causante, "es susceptible de evaluación en una medida tal que la indemnización no sea ocasión de injustificada ganancia para quienes van a recibirla y comprenda por lo tanto, sin caer desde luego en el prurito exagerado de exigir exactitud matemática rigurosa en la evidencia disponible para hacer la respectiva estimación, el valor aproximado del perjuicio sufrido… ni más ni menos" (Sentencia de 7 de octubre de 1999. Exp. 5002).

[407] Cita original de la Providencia: Cfr. DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., Págs. 554 y ss.

[408] CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539. CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792. CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

[409] Cita original de la Providencia: DE CUPIS, Adriano. Ob. Cit. Pág. 556. Manifiesta que, en este ámbito de perjuicios, constituye un problema enorme, establecer y calcular el beneficio futuro de una empresa y en qué medida habría contribuido la actividad de la misma en su obtención.

hubiera reportado al no mediar el acto ilegal con el cual se le cercenó definitivamente la oportunidad de percibirlas.

Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, en principio, no existe sustento real alguno que permita al juez considerar o suponer que en situaciones normales y dada la contratación anterior con el sector público, el contratista perjudicado, al que se le declaró ilegalmente la caducidad de su contrato e injustamente se le inhabilitó temporalmente para realizar negocios jurídicos con entidades públicas, no habría logrado percibir una utilidad equivalente al 100% de la ya presentada, a menos, claro está, que en el caso concreto pudiera determinarse que esa forma y monto de valorar el perjuicio resulte desproporcionada e inequitativa frente a precisas circunstancias probadas dentro del proceso que se le pudieran predicar al contratista o por los riesgos derivados de la actividad que ejerce y de todo lo cual se dedujera la imposibilidad o dificultad para obtener o alcanzar el total de dicha ganancia.

En suma, en ejercicio del arbitrio iudices que impera en estos casos es posible reconocer la totalidad de la ganancia esperada (100%) que se pueda establecer en el respectivo proceso al sujeto que padece un daño por la pérdida de oportunidad de contratar y que se sufre cuando se le inhabilita mediante un acto administrativo que adopta en forma ilegal la caducidad del contrato, como también que pueda realizarse una reducción o ponderarse proporcionalmente ese monto indemnizatorio, de acuerdo con las condiciones atinentes al propio contratista o a los riesgos inherentes de la actividad que ejerza.

Por lo demás, es claro que averiguar la contratación del perjudicado con entidades públicas en años anteriores a la declaratoria ilegal de la caducidad para proyectar la utilidad frustrada y, por ende, el porcentaje de probabilidades de pérdidas de contratar, implica acudir a bases ciertas y objetivas, tales como los textos de los contratos celebrados por el afectado, balances y estados financieros, sus estados de pérdidas y ganancias, los libros de contabilidad, estados de cuenta, dictamen de peritos, etc.[410], elementos todos éstos de los que pudiera realizarse una proyección económica de la situación del contratista en cuanto a las utilidades esperadas por contratos suscritos con la Administración antes y después de ser inhabilitado[411].

Determinados los anteriores parámetros, respecto del caso concreto, la Sala decidió establecer el monto de indemnización tomando como base el valor del contrato por el cual se declaró la caducidad administrativa más otros que había celebrado el demandante

[410] Cita original de la Providencia: Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

[411] CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031.

con la demandada, cifra a la que aplicó el porcentaje de utilidad del acuerdo contractual caducado y liquidó el valor del perjuicio por concepto de lucro cesante en los siguientes términos:

> (…) Para determinar el valor de los contratos que la demandante hubiera podido celebrar en el evento de que no se hubiesen expedido los actos que se acusan, observa la Sala que a los $4.325.689, correspondiente al valor del contrato de 5 de febrero de 1991, deben sumársele los valores de los otros negocios jurídicos celebrados con el mismo municipio demandado y que se acreditaron en el proceso, (…), lo que arroja un total de $4.893.782,65.
>
> De esta suerte, como la declaratoria de caducidad implica que la contratista, de conformidad con el numeral 2º y el parágrafo del artículo 8º del Decreto ley 222 de 1983, quedó inhabilitada para contratar con entidades públicas durante un período de cinco (5) años a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad, injustamente se le privó de una utilidad por la pérdida de oportunidad de contratar, que la Sala en ejercicio de su arbitrio judicial, ante la inexistencia de otros elementos de juicio, liquida así:
>
> i.) El valor de $4.893.782,65, que representa la cuantía de los contratos que se acreditaron como celebrados con el sector público, se multiplicará por el 0.08, que equivale a la cifra de utilidad establecida por la sociedad contratista y ahora actora por la ejecución del contrato de 5 de febrero de 1991[412], lo que arroja un guarismo de $391.502,61 de utilidad, el cual se reconocerá totalmente, o sea, en el cien por ciento (100%), sobre la base de que no existe prueba en contrario que permita su reducción o inferir que ésta no habría sido percibida en dicho porcentaje por la actora en el evento de que no se le hubiera suprimido la oportunidad de contratar mediante el acto administrativo que lo sancionó ilegalmente con la caducidad del contrato y cuya nulidad se declarará.
>
> ii.) El monto de $391.502,61, que constituye el valor histórico de la pérdida de oportunidad o lucro cesante, es decir, estimado a 19 de diciembre de 1991[413], será actualizado a la fecha de esta sentencia, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para preservar su valor adquisitivo en el tiempo y dejarlo a salvo de cualquier pérdida o depreciación de la moneda originada del fenómeno inflacionario, con la siguiente fórmula:

---

[412] Cita original de la Providencia: Según discriminación del A.I.U. de 20% que la contratista y ahora demandante realizó en su oferta de 18 de febrero de 1991 (fl. 18 cd. ppal), así: A = 6 %; I = 6%; y U = 8 %.

[413] Cita original de la Providencia: La Resolución No. 177 de 5 de noviembre de 1991, que declaró la caducidad, quedó en firme el 19 de diciembre de 1991, fecha en la cual se notificó la Resolución 205 de 16 de diciembre de ese año que la confirmó, de manera que la inhabilidad consiguiente abarcó los años comprendidos entre el 20 de diciembre de 1991 al 20 de diciembre de 1996.

Ra = Rh x I. Final

I. Inicial

Ra = $391.502,61 x 190,78 noviembre de/08

26,63 diciembre/91

Ra = $ 2.804.764,09

iii.)- El anterior valor actualizado de la utilidad anual, esto es, $2.804.764,09, será proyectado por los cinco (5) años que estuvo la demandante inhabilitada para contratar con entidades públicas (entre el 19 de diciembre de 1991 al 19 de diciembre de 1996), en el entendido de que resulta sensato y ajustado a la experiencia inferir que de no haberse decretado la caducidad del contrato en controversia, la sociedad demandante habría celebrado con entidades públicas, dentro del período de la inhabilidad, como mínimo un contrato de similares características y monto al acreditado, el cual le hubiera reportado dicha utilidad:

$2.804.764,09 X 5 = $14.023.820,45.

iv.) Igualmente, se reconocerá y condenará el pago del valor correspondiente a los frutos civiles que el capital histórico de la pérdida de oportunidad por la declaratoria de ilegal de caducidad del contrato que le implicó una inhabilidad injusta de cinco (5) años para contratar, habría producido a su dueño, los cuales hacen parte de los perjuicios materiales -en la modalidad de lucro cesante- y pueden acumularse con la indexación o corrección monetaria[414]. Para tal efecto, se calcularán mediante la aplicación de la tasa del interés puro o legal del 6% anual, desde cada fecha en que anualmente durante el lapso que duró la inhabilidad habría percibido el porcentaje anual de utilidad proyectado, bajo la siguiente fórmula: I = Capital histórico ($391.502,61 de utilidad anual) x período de tiempo (19 de diciembre de los años de /91 a /92; /92 a/93; /94 a /95; 95/96 y hasta el 19 de noviembre de 2008) x tasa de interés (6%, art.1617 C.C.), aplicada así:

Por el primer año de 1991 a 1992: I = $391.502,61 x 16,11 x 0.06.

I= $378.426,42

[414] Cita original de la Providencia: "….se procederá a reconocer en su favor la indexación y los intereses remuneratorios, pues como lo ha señalado la Sección en repetidas oportunidades, éstos rubros ´tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria, según ZANNONI, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufrirá menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño en signo monetario envilecido. Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo revaluar y cobrar esa clase de intereses´…". Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719, reiterada en Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. 21.120.

Por el segundo año de 1992 a 1993: I = $391.502,61 x 15,11 x 0.06.

I= $ 354.936,26

Por el tercer año de 1993 a 1994: I = $391.502,61 x 14,11 x 0.06

I= $ 331.446,10

Por el cuarto año de 1994 a 1995: I = $391.502,61 x 13,11 x 0.06

I= $ 307.955,95

Por el quinto año de 1995 a 1996: I = $391.502,61 x 12,11 x 0.06

I= $ 284.465,79

TOTAL I = $ 1.657.230,52

v.) Por lo tanto, el lucro cesante correspondiente al valor de la indemnización total por la pérdida de oportunidad de contratar durante el período de la inhabilidad y, por ende, las utilidades que dejó de percibir la sociedad actora, al limitarse su capacidad de contratar con las entidades del sector público, más el interés legal, es de: $14.023.820,45 + $ 1.657.230,52 = $15.681.050,97[415].

1.2. No condenar por ausencia de la demostración de la seriedad de las posibilidades de celebrar contratos durante el término de la inhabilidad.

En dos de las providencias halladas en las que el Consejo de Estado hace mención a la teoría de la pérdida de la oportunidad para resolver asuntos sobre declaratorias de caducidad, el Alto Tribunal siguió una posición que, en comparación con la que se impondría posteriormente, se puede considerar rígida en la valoración de la seriedad de las probabilidades de los demandantes que solicitaban reparación por concepto de la pérdida de la posibilidad de celebrar contratos con la Administración como consecuencia de la inhabilidad generada por la caducidad ilícitamente declarada.

[415] CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031.

Mediante Sentencia 18.048 de 9 de mayo de 2011, la Subsección C de la Sección Tercera negó la condena por concepto de pérdida de oportunidad al considerar que la sociedad actora no demostró que hubieran tenido una oportunidad seria de celebrar contratos con el Estado durante los cinco años siguientes a la declaratoria de la caducidad, por cuanto se comprobó que la demandante había vendido su negocio cuatro años antes de la declaratoria.

Posteriormente, en la Sentencia 18.879 del 30 de junio de 2011, la Subsección B de la Sección Tercera también negó la pretensión de resarcimiento por concepto de la pérdida de la oportunidad. Sin embargo, en este caso la Sala adujo como fundamento de su decisión que, para que una posibilidad de contratar con la Administración sea considerada como seria, no es suficiente la mera verificación de las certificaciones de labores ejecutadas por el demandante durante el año de ejecución del contrato al cual se declaró la caducidad, decisión esta que contrasta y contradice lo manifestado en la Sentencia 17.031 del 20 de noviembre de 2008, analizada en el acápite anterior, en la que se indicó:

> Por lo demás, es claro que averiguar la contratación del perjudicado con entidades públicas en años anteriores a la declaratoria ilegal de la caducidad para proyectar la utilidad frustrada y, por ende, el porcentaje de probabilidades de pérdidas de contratar, implica acudir a bases ciertas y objetivas, tales como los textos de los contratos celebrados por el afectado, balances y estados financieros, sus estados de pérdidas y ganancias, los libros de contabilidad, estados de cuenta, dictamen de peritos, etc.[416], elementos todos éstos de los que pudiera realizarse una proyección económica de la situación del contratista en cuanto a las utilidades esperadas por contratos suscritos con la Administración antes y después de ser inhabilitado[417].

En estas dos Sentencias de 2011, en las que el Consejo de Estado negó las pretensiones de condena por pérdida de oportunidad por indebida declaratoria de caducidad, la

[416] Cita original de la Providencia: Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

[417] CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031.

Corporación recalcó que quien reclame una indemnización por concepto del truncamiento de la posibilidad de celebrar nuevos contratos, como consecuencia de la inhabilidad generada por una declaratoria de caducidad que resulte nula, deberá demostrar al juez que, en efecto, contaba con la oportunidad de suscribir dichos acuerdos, ya que tal probabilidad no se presume, por lo que será necesario satisfacer un mínimo nivel de certeza sobre la ocurrencia del perjuicio.

1.2.1. Prueba del perjuicio por pérdida de oportunidad de contratar como consecuencia de una indebida declaratoria de caducidad.

Como consecuencia de la nulidad en primera instancia de las resoluciones por las cuales se declaró la caducidad de un contrato de concesión de locales comerciales, que no fue apelada por la parte demandada, el Consejo de Estado estudió si procedía la indemnización solicitada por el actor, incluyendo la requerida por concepto de pérdida de oportunidad. Sobre esta pretensión y la carga de la prueba que corresponde al demandante, la Sala señaló:

> La Sala no desconoce que la decisión administrativa anulada por el a quo tiene como efecto la inhabilidad para contratar durante un lapso de 5 años –art. 8, inciso final, del Decreto 222 de 1983, norma que regía el contrato sub iudice-, y que esta sola circunstancia es constitutiva de un daño que se debe reparar. En este sentido, no es necesario acreditar un perjuicio concreto para ordenar su indemnización, pues se sabe que la privación de la libertad contractual genera esa consecuencia por sí sola.
>
> No obstante, eso no significa que la parte afectada quede exenta de demostrar que realizaba una actividad lucrativa que justifique la indemnización a la que aspira. Es decir, que si bien puede presumirse el perjuicio, por lo menos el afectado debe acreditar las condiciones bajo las cuales él se concretaría, de modo que el juez pueda proyectar con seguridad relativa la existencia del mismo.
>
> (…) La Sala considera que la sola declaración de caducidad de un contrato, que luego es anulada, genera un daño indemnizable, como lo plantea la parte actora. Sin embargo, esto no significa que la pérdida de la oportunidad no deba satisfacer

un nivel mínimo de certeza sobre su ocurrencia, porque necesariamente se debe demostrar que los supuestos de la ocasión se configuran.

(…) Para el caso concreto, la pérdida de oportunidad representada en la imposibilidad de ejecutar el contrato de concesión caducado no se configura, porque en el momento en que las EEVV adoptaron esta decisión, la parte actora no lo estaba ejecutando, porque vendió su negocio cuatro años atrás. Este supuesto, representativo del tema, demuestra que la sanción, en abstracto, no hace surgir automáticamente el perjuicio, porque es necesario analizar las demás condiciones de existencia del mismo. Claro está que si el contratista hubiera estado ejecutando el negocio, no cabe duda que habría que indemnizar ese daño, bien con ayuda de la prueba que sobre su monto obrara en el proceso, o en equidad si fuera el caso.

De otro lado, y con esta misma óptica, la Sala advierte que, objetivamente, la parte actora sí perdió la oportunidad de celebrar otros contratos con el Estado, durante los 5 años siguientes a la declaración de la caducidad. Basta considerar la norma que consagra esa inhabilidad. No obstante, subjetivamente también encuentra que nada indica que ese perjuicio tuviera algún nivel de certeza que justifique la condena en contra de EEVV. (…)

Por el contrario, lo único que se sabe en este proceso es que la actora sólo tuvo una relación contractual con una entidad pública –las EEVV-, y que en 1990 la terminó de forma voluntaria –y también irregularmente, desde el punto de vista de las reglas previstas por las EEVV- de allí que mal puede pedirse una indemnización por pérdida de la oportunidad, en un supuesto donde el contexto económico no permite suponer, con un grado medio de certeza, que de verdad la persona quedó afectada por eso.

En esto términos, la Sala negará la pretensión relativa a los perjuicios materiales reclamados[418].

1.2.2. Prueba de la pérdida de la oportunidad por inhabilidad para contratar.

La Alcaldía Local de Santafé del Distrito Capital declaró la caducidad de un contrato de consultoría cuando ya había vencido el término de ejecución. El *a quo* anuló dicha decisión, pero se abstuvo de ordenar reparación a favor del actor por cuanto, en concepto del Tribunal, hubo incumplimiento del actor y no aportó pruebas del daño.

---

[418] CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.048.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. CONSEJO DE ESTADO. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

En esta providencia llama la atención que, en el resumen de los alegatos finales del demandante, la Sala señaló:

> Para el actor, su pretensión indemnizatoria corresponde a la que la doctrina y la jurisprudencia llaman "pérdida de la oportunidad", porque no pudo seguir contratando a consecuencia de una ilegal declaración de caducidad, ocasionándole un perjuicio que alcanza la suma de $133 469 075,33, valor que corresponde, según la prueba documental y el dictamen pericial, lo que habría obtenido de haber podido contratar en los cinco años siguientes[419].

Pese a lo anterior, la Sala no hizo mención expresa del concepto de la pérdida de oportunidad en la parte considerativa de la Sentencia por la cual confirmó la anulación y, aunque ordenó pagar al actor los intereses de mora al considerar que no era válido afirmar que hubiera incumplido sus obligaciones, negó la reparación por daños morales y por concepto de los contratos que no se pudieron suscribir por cuenta de la caducidad, es decir, por la pretensión por pérdida de la oportunidad. Sobre esto último afirmó:

> La Sala comparte la decisión del a quo en negar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, reclamados por el actor a raíz de la inhabilidad que le generó la declaratoria de caducidad del contrato, pues la pérdida de la posibilidad de celebrar contratos durante los cinco años de dicha sanción no fue demostrada.
>
> Si bien la prueba pericial valora las certificaciones de labores ejecutadas por el señor Arturo Salcedo Lucas durante el año de 1994 y de la suma resultante proyecta los cinco años de inhabilidad, no se demuestra que el contratista hubiera visto frustrada una posibilidad seria de contratar con el Estado durante ese tiempo, ni que dicha medida hubiese truncado su aspiración de participar en procesos de selección o de suscribir contratos. De suerte que como no se tiene certeza sobre la real y efectiva causación del daño, tal y como fue considerado por el Tribunal a quo, se impone negar su reconocimiento[420].

[419] CONSEJO DE ESTADO. 30 de junio de 2011. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 18.879.

[420] CONSEJO DE ESTADO. 30 de junio de 2011. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 18.879.

1.3. Indemnización equivalente a las probabilidades de obtener las utilidades esperadas durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad.

La posición jurisprudencial alternativa surgida en 2013 se encuentra en tres Sentencias con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, consiste en reconocer expresamente que la indebida declaratoria de caducidad generaba el perjuicio de pérdida de oportunidad para cuya reparación es necesario estimar las probabilidades de obtener la utilidad esperada durante el tiempo en que estuvo vigente la inhabilidad.

En los tres fallos de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se consideró necesario ordenar una condena en abstracto por lo que, en consecuencia, el demandante debía abrir un incidente para que el Tribunal de primera instancia determinara el monto de la indemnización de la pérdida de oportunidad de contratar haciéndose allí la estimación de cuáles eran las probabilidades de los demandantes de acceder a las utilidades con fundamento en su historial de contratación con la Administración. Para ello, en estas Sentencias la Sala estableció unos parámetros que sirvieran para hacer dicho cálculo.

Los parámetros señalados en la Sentencia 24.559 del 27 de junio de 2013, se pueden resumir como una fórmula compuesta, la cual tiene dos objetivos. Por un lado, calcular la proyección de utilidades que hubiere podido recibir el demandante en los cinco años en que duró la inhabilidad y, por otro lado, calcular la probabilidad de acceder a las utilidades proyectadas en la primera parte de la operación. Para ello, según lo dispuesto por la Sala, en el incidente el Tribunal debía:

A. Proyectar la utilidad de los cinco años en los que permaneció vigente la inhabilidad, para lo cual se debía:

a. Sumar el valor los contratos celebrados por el demandante con el Estado en los cinco años anteriores a la declaratoria de caducidad.

b. Calcular el porcentaje de la utilidad de los contratos celebrados en los cinco años anteriores a la caducidad.

c. Con base en el método estadístico que se considerara adecuado, y teniendo en cuenta el valor de los contratos celebrados en los 5 años antes a la declaratoria de caducidad (literal a), proyectar dicho valor a los contratos que hubiera podido celebrar en los años en que duró la inhabilidad.

d. Aplicar el porcentaje de la utilidad que se calculó que el demandante obtuvo con los contratos ejecutados en los 5 años previos a la caducidad (literal b) al valor de los acuerdos contractuales que hubiera podido celebrar el demandante durante el tiempo de la inhabilidad (literal c).

Lo anterior, se podría resumir así:

a = Σ del valor de los contratos celebrados 5 años antes de la firmeza de la caducidad.

b = % de utilidad de los contratos celebrados 5 años antes de la firmeza de la caducidad.

c = Valor obtenido en a proyectado al valor de los contratos que hubiera podido celebrar en vigencia de la caducidad.

d = c * b

Ahora bien, como el juez no puede tener certeza absoluta de que efectivamente el cálculo sobre los valores de los contratos en realidad hubiera sido lo contratado en el futuro por el demandante, el Consejo de Estado señaló que se debía “ajustar tales valores en función de una interpretación probabilística que permita vislumbrar cómo puede ser afectado el resultado por diversas circunstancias externas”, por lo que se requiere una segunda operación para realizar dicho ajuste que, según lo ordenado por la Sala, consistente en:

B. Calcular las probabilidades de acceder a los contratos y de obtener las utilidades en el monto proyectado en el ejercicio inicial.

e) Al valor obtenido en la fórmula anterior (literal d), esto es el valor proyectado de la utilidad de los contratos que hubiera podido celebrar el demandante, se le deberá aplicar la probabilidad que hubiere tenido el demandante de obtener las utilidades así proyectadas. Probabilidad que, según la Sala, se podrá obtener con base en el método estadístico que se considere adecuado[421].

f) Aplicar la probabilidad obtenida en literal e) a la utilidad proyectada (literal d). Este sería el valor a indemnizar por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió la demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad.

Lo anterior, se podría resumir así:

e = d * probabilidad de obtener d.

f = e * d

Adicional a los parámetros ya señalados para la definición del monto de indemnización por concepto de pérdida de oportunidad, atendiendo a los hechos del caso en concreto, en la Sentencia 24.559 de 2013 se establecieron criterios para cuando la definición de dicho monto no corresponda al caso de un contratista habitual del Estado, sino a aquel demandante que ha celebrado un único contrato con la Administración, por lo que no es posible realizar las estimaciones sobre la oportunidad pérdida de la misma manera. En consecuencia, la Sala señaló que, en estos casos, se deberá realizar lo siguiente:

a) Calcular el valor de la utilidad con base en el método contable que se considere apropiado.

[421] Se aclara que la numeración de estos literales no es un error y corresponde a la efectuada por el Consejo de Estado en la Sentencia 24.559 del 27 de junio de 2013, la cual se sigue para efectos de que sea más sencilla la comparación con el texto original de la providencia.

b) Calcular la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener tales utilidades.

c) Aplicar la probabilidad de obtener las ganancias a la utilidad calculada. El resultado de esta operación será el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad.

Al igual que ocurre con los parámetros señalados para la determinación del monto de indemnización de los demandantes que habitualmente contratan con el Estado, en estos criterios tampoco se hace una indicación mínima de cuáles serán los elementos que servirán para calcular la probabilidad de conseguir las utilidades, situación que, como en el caso anterior, puede implicar la obtención de resultados disímiles en asuntos con hechos parecidos.

Por otra parte, sobre el concepto de la indemnización, en la Sentencia 24.559 de 2013 la Sala condenó no solo por concepto de la oportunidad perdida para el actor de contratar con el Estado mientras estuviera vigente la inhabilidad, sino que, además, condenó por el pago de los honorarios dejados de percibir y aclaró que el lucro cesante se distingue de la pérdida de la oportunidad en que mientras esta última constituye la pérdida de una ganancia probable, el lucro cesante implica la pérdida de una ganancia cierta, es decir, se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían.

Los parámetros para la determinación del monto a indemnizar establecidos en la Sentencia 24.599 de 2013 de la Subsección A de la Sección Tercera, fueron reiterados textualmente en la providencia 30.257 expedida el 29 de julio de 2015. Por el contrario, dicha postura no fue acogida por la Subsección B de la misma Sección en la Sentencia 24.464 del 29 de julio de 2013, mediante la cual se resolvió un caso basado en los mismos hechos que dieron origen a la providencia 24.559. Contrario a lo ocurrido en la Subsección A, donde se profirió condena en abstracto, en el expediente 24.464 la Subsección B decidió establecer directamente el *quantum* indemnizatorio tomando como base el valor

total del contrato multiplicado por los cinco años de inhabilidad. Es decir, sin considerar las probabilidades de obtener las utilidades.

Otra providencia en la que se aplicó la postura de acuerdo con la cual, para la determinación del monto de indemnización, se requiere verificar el valor de las probabilidades de acuerdo con la situación particular del demandante y se ordenó una condena en abstracto, fue la Sentencia 54.677 del 28 de enero de 2016. Si bien esta Providencia señala como referencia lo dispuesto en la Sentencia 15.024 del 12 de julio de 2012, dicho antecedente solo orientó lo que tuvo que ver con que, en un caso como el descrito, el demandante podía ejecutar un contrato igual a aquel cuya caducidad le fue declarada por cada uno de los cinco años de vigencia de la inhabilidad.

A pesar de que en la Sentencia 54.677 de 2016 pareciera indicarse que lo relacionado con los parámetros para la determinación del monto de indemnización corresponden al antecedente jurisprudencial de la Sentencia 15.024 de 2012 proferida por la Sala Plena, esto no es correcto por cuanto, en la Providencia de 2012 se ordenó una indemnización equivalente al 100% de la utilidad estimada del contrato caducado, mientras que, en la Sentencia de 2016 se ordenó al Tribunal resolver el incidente de fijación del monto de la reparación teniendo en consideración la probabilidad de obtener las utilidades. Para ello, en esta ocasión la Sala transcribió los parámetros para determinar el *quantum* indemnizatorio definidos en la Sentencia 24.559 de 27 de junio de 2013 respecto de los casos en los que se estuviera ante un demandante que no contratara habitualmente con el Estado, aunque no se hizo referencia expresa a esta providencia.

1.3.1. Parámetros para la determinación del monto de la utilidad dejada de recibir durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad para contratar.

El Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional declaró la caducidad de un contrato de servicios profesionales el mismo día en que la demandante no pudo

ingresar al lugar donde debía cumplir sus obligaciones como contratista de servicios profesionales, dado que los empleados de la entidad se encontraban en asamblea permanente y no permitieron su ingreso. La actora demandó la nulidad del acto así expedido y solicitó indemnización por los honorarios dejados de percibir durante el plazo restante del acuerdo, así como por el tiempo de inactividad laboral dada la inhabilidad para contratar con el Estado.

El Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal de primera instancia de declarar la nulidad del acto administrativo de caducidad, pero, a diferencia de este, concedió indemnización por concepto de pérdida de oportunidad, teniendo en cuenta lo siguiente:

> (…) Al revisar la petición de la parte demandante en lo que a este cargo de la apelación se refiere, es decir, el reconocimiento de "lucro cesante" correspondiente a "la pérdida temporal de la oportunidad para celebrar contratos" con el Estado, observa la Sala que se confunde el rubro del daño consistente en el lucro cesante con aquel consistente en la pérdida de la oportunidad, cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado la Corporación[422], en que "mientras que la primera [se refiere a la pérdida de la oportunidad] constituye una pérdida de ganancia probable –dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no–, el segundo [se refiere al lucro cesante] implica una pérdida de ganancia cierta –se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían[423]–"
>
> (…)

[422] Cita original de la Providencia: Al respecto, ver sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 11 de agosto de 2010, expediente 18953, reiterada, entre otras, en la sentencia proferida por esta Subsección el 7 de julio de 2011, expediente 20139, así como en sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20968.

[423] Cita original de la Providencia: Al respecto la doctrina afirma que "…"en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio"". Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

> En ese contexto, resulta razonable concluir que la demandante, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato de prestación de servicios No. 573 que suscribió con una entidad pública, cuya nulidad será confirmada en esta instancia por las razones anteriormente expuestas, sufrió un daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad para participar en procesos de selección para en procedimiento *(sic)* administrativos con entidades públicas en Colombia, para celebrar y ejecutar contratos estatales y, en tal virtud, se le privó también de la oportunidad que tenía para obtener un beneficio económico proveniente de tal actividad[424].

Respecto del valor de la indemnización la Sala decidió proferir una condena en abstracto, teniendo en cuenta que no contaba con los elementos probatorios para establecer la cuantificación del daño. Para el efecto, señaló los siguientes criterios para el cálculo:

> A continuación indicará la Sala las bases que se deben tener en cuenta por el Tribunal, a efectos de determinar: i) el monto de la contratación estatal, ii) las posibles utilidades derivadas de la misma y con base en la información arrojada de tales aspectos calcular iii) el costo de la pérdida de oportunidad.
>
> A través de un método estadístico apropiado se deberá proyectar la pérdida de oportunidad en relación con la contratación estatal durante los cinco (5) años en los cuales tuvo efecto la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad, a la cual alude el artículo octavo, letra c, de la Ley 80 de 1993, lo cual se hará con base en el comportamiento de la actividad contractual con el Estado de la demandante, durante el mismo número de años, inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia de tal inhabilidad.
>
> Comoquiera que la pérdida de oportunidad se debe calcular de manera proporcional al beneficio que se esperaba percibir, con base en la contratación estatal de los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, se deberá proyectar la utilidad de los cinco (5) años en los que permaneció vigente la inhabilidad.
>
> La proyección se deberá realizar con base las siguientes pautas:

---

[424] CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 24.559.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 13.168. CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593. CONSEJO DE ESTADO. 22 de noviembre de 1991. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6.223. CONSEJO DE ESTADO. 23 de enero de 2003. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 22.113.

a) Se debe obtener la suma de los contratos celebrados por el demandante con el Estado dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad administrativa del contrato 363 de 1992.

b) Con base en el método contable que se considere apropiado, se deberá calcular el porcentaje de las utilidades derivadas de los contratos celebrados por el demandante dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha en que quedó en firme la declaratoria de caducidad administrativa del contrato 363 de 1992.

c) Con base en el método estadístico que se considere adecuado y teniendo en cuenta la información obtenida según lo indicado en el punto a), se deberá proyectar el valor correspondiente a los contratos que hubiera podido celebrar el demandante durante los cinco (5) años en los cuales permaneció vigente la inhabilidad para contratar con el Estado.

d) Al valor que resulte después de desarrollar el punto anterior, se deberá aplicar el porcentaje de utilidad hallado según lo indicado en la letra b).

Así entonces, a partir de los valores contratados en los cinco (5) años anteriores a la declaratoria de caducidad, será posible predecir los valores de los contratos que corresponderían a los cinco (5) años posteriores a dicha declaratoria, sin embargo, como no se cuenta con la certeza absoluta de que efectivamente los hubiera contratado, toda vez que en la vida cotidiana la posibilidad real de recibir tales sumas se encuentra sometida a una serie de contingencias, resultará necesario ajustar tales valores en función de una interpretación probabilística que permita vislumbrar cómo puede ser afectado el resultado por diversas circunstancias externa, por tanto:

e) Al valor que resulte después de desarrollar el punto d), con base en un método estadístico que se considere adecuado, se le deberá aplicar la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener las utilidades anteriormente proyectadas.

f) La probabilidad aplicada a la proyección de la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió el demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 363 de 1992.

- Indemnización en caso de un único contrato estatal.

Precisa la Sala que la forma de efectuar los cálculos que antes se expresó parte del presupuesto de que se trata de una contratista habitual del Estado, cuyos volúmenes de contratación se ven perfectamente reflejados en sus estados de resultado; en virtud de lo cual es posible estadísticamente estimar tendencias y aproximarse a resultados respecto de la oportunidad perdida.

(…)

En el evento antes mencionado se deberá estimar el monto de la indemnización, de la siguiente forma:

i) Atendiendo a los criterios expuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 12 de julio de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 15.024, en la que, en un caso como el descrito, se estimó, con base en la equidad, que el contratista podía ejecutar un contrato igual a aquel cuya caducidad le fue declarada por cada uno de los cinco (5) años de vigencia de la inhabilidad, respecto de cada uno de los cuales debía serle indemnizada la utilidad.

En el caso en estudio, el contrato celebrado tuvo un valor de $7'200.000, lo cual, en cinco años equivale a $36'000.000.

Luego, siguiendo las pautas descritas anteriormente se deberá:

ii) Calcular el valor de utilidad con base en el método contable que se considere apropiado.

iii) Calcular la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener tales utilidades.

iv) La probabilidad aplicada a la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió la demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 573 de 1996[425].

1.3.2. Cálculo del perjuicio por pérdida de la oportunidad de contratar y devengar utilidades durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad para contratar.

Como consecuencia de la caducidad administrativa de un contrato, el demandante quedó inhabilitado para continuar ejecutando los acuerdos contractuales que tenía vigentes, percibir la utilidad esperada de los mismos, así como para celebrar y ejecutar contratos estatales durante los cinco años siguientes a la declaratoria de la caducidad.

El Consejo de Estado confirmó la decisión del *a quo* por la cual se declaró nula la Resolución que contenía la medida de caducidad administrativa por violación al debido

[425] CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 24.559.

proceso. No obstante, a diferencia del Tribunal de primera instancia, ordenó una indemnización por concepto de lucro cesante ante la imposibilidad de obtener la utilidad de otro contrato que se encontraba en ejecución y en abstracto por concepto de pérdida de oportunidad[426], dada la imposibilidad de suscribir nuevos acuerdos contractuales con la Administración durante cinco años. Sobre esta última circunstancia, señaló:

> Así las cosas, encuentra la Sala que en este caso se reúnen los requisitos necesarios para que se entienda configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad, pues existe **certeza** en cuanto a que, por disposición legal, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato No. 363 de 1992, el demandante quedó inhabilitado para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, **oportunidad que perdió definitivamente** durante ese lapso; así mismo, se encuentra demostrado que el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez, antes de la declaratoria de caducidad se **encontraba en una situación potencialmente apta para contratar con el Estado**, tanto así que celebró el negocio jurídico el cual fue objeto de la declaratoria de caducidad[427].

Teniendo en cuenta que el demandante no acreditó el monto del daño causado por concepto de la imposibilidad de contratar durante el tiempo en que estuvo vigente la inhabilidad, la Sala ordenó una condena en abstracto y reiteró textualmente lo dicho previamente en la Sentencia 24.559 de 2013 respecto de las bases para la liquidación del perjuicio que debían tenerse en cuenta en el incidente ante el Tribunal Administrativo.

---

[426] La Sala se abstuvo de condenar por concepto de la utilidad no alcanzada por el contrato en el que se declaró la caducidad, argumentando lo siguiente: "(…) de conformidad con el informe rendido por la Gerencia Técnica, Dirección de Interventoría, División de Supervisión de Obras, cuyo contenido no fue desvirtuado en este proceso, faltando un día para vencerse el plazo total del contrato, es decir, a 5 de agosto de 1994, el avance total de ejecución de las obras ascendía apenas a un 22%, por lo cual la Sala concluye sin dubitación alguna que el señor Jorge Humberto Vanegas Ramírez no se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender terminar las obras y obtener la utilidad esperada por ese trabajo, más aún si se tiene en cuenta que, según el contenido del acta de recibo final de la obra, en los frentes Diana Turbay, Moralva, y La Paz combinado el contratista no había efectuado ninguna actividad, lo cual impide que se reconozca indemnización alguna por este concepto".

[427] CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 30.257.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593. CONSEJO DE ESTADO. 24 de octubre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 25.869. CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.

1.3.3. Criterios para determinar la indemnización ante falta de prueba de la frecuencia de la contratación.

El Consejo de Estado declaró la nulidad de una Resolución por medio de la cual se declaró la caducidad de un contrato de prestación de servicios, se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la garantía única de cumplimiento y la liquidación del negocio jurídico. No obstante, el Máximo Tribunal decidió condenar en abstracto sobre la pérdida de oportunidad, respecto de lo cual indicó:

> Para efectos de decidir en relación con los argumentos expresados por la parte demandante en la apelación, resulta ineludible destacar que la circunstancia que motivó a la Sala a condenar en abstracto a la parte accionada en lo que concierne a la pérdida de oportunidad sufrida por la señora Cuellar Pérez y, en consecuencia, a imponer la necesidad de adelantar un trámite incidental para cuantificar el monto de dicho perjuicio, consistió en el desconocimiento en el proceso respecto de si la demandante era, o no, una contratista habitual del Estado, elemento este que, de acuerdo con lo expresado en la sentencia, se constituyó en una pauta para determinar no la pérdida de oportunidad, pues este aspecto se establece con el solo hecho de la inhabilidad, sino el número y el monto de los contratos que hubiera podido celebrar la demandante durante el período en que quedó imposibilitada para contratar con el Estado, para, a partir de ahí, calcular la cuantía de indemnización a reconocer por el perjuicio sufrido.
>
> En ese mismo sentido, en la sentencia de segunda instancia se advirtió también que el hecho de que una persona hubiere contratado una sola vez con el Estado, no era óbice para desconocer la pérdida de oportunidad sufrida por ésta en razón de una inhabilidad que opera ipso jure y que elimina la posibilidad de volver a celebrar un contrato estatal por el término que dure la sanción, lo que ocurre al margen de ser, o no, un contratista habitual del Estado; sin embargo, comoquiera que por no existir otros contratos no es posible realizar un análisis de probabilidades con base en estos, la pauta que se dejó sentada en la providencia para estos casos se basó en el criterio de equidad, previamente adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 12 de julio de 2012, proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 15.024.
>
> Las razones esbozadas fueron las que determinaron que en la sentencia de segundo grado, en lo que concierne a la condena en abstracto reconocida a título de pérdida de oportunidad, se establecieran dos supuestos básicos que el Tribunal a quo debía tomar como punto de partida para realizar la liquidación del mencionado perjuicio, supuestos que se encaminaban a determinar si la señora

> Edna Karolina Cuellar Pérez era una contratista habitual del Estado o si, por el contrario, el contrato que motivó la litis fue el único contrato que había celebrado con el Estado, toda vez que, como se dejó visto, esa era una condición que debía establecerse para determinar la cuantía del perjuicio a indemnizar[428].

Ahora bien, teniendo en cuenta que la accionante solicitaba una indemnización equivalente al valor total del contrato caducado, el máximo Tribunal aclaró que "debe tenerse en cuenta que la pérdida de oportunidad es una modalidad de daño autónomo en el que lo que se repara no es la ventaja esperada, sino la oportunidad o probabilidad perdida de obtenerla, por lo que, nada tiene que ver con ese perjuicio el lucro cesante que pretendía el incidentante le fuera liquidado"[429].

Por último, respecto de la liquidación de la pérdida de oportunidad, en esta Sentencia se señaló lo siguiente:

> Dicho lo anterior, conviene recordar que en la sentencia de segundo grado se estimó que en el evento de encontrarse ante un único contrato estatal, era necesario recurrir a los siguientes supuestos para liquidar el perjuicio reconocido en abstracto:
>
> i) Atender a los criterios expuestos por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 12 de julio de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 15.024, en la que, en un caso como el descrito, se estimó, con base en la equidad, que el contratista podía ejecutar un contrato igual a aquel cuya caducidad le fue declarada por cada uno de los cinco (5) años de vigencia de la inhabilidad, respecto de cada uno de los cuales debía serle indemnizada la utilidad.
>
> Luego, siguiendo las pautas descritas anteriormente se debía:
>
> ii) Calcular el valor de utilidad con base en el método contable que se considere apropiado.

---

[428] CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 54.677.

[*] Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. y CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. Exp. 18.593 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[429] CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 54.677.

iii) Calcular la probabilidad que hubiere tenido la demandante para obtener tales utilidades.

iv) La probabilidad aplicada a la utilidad constituirá el valor que ha de indemnizarse por concepto de la pérdida de oportunidad que sufrió la demandante para contratar con el Estado a causa de la declaratoria de caducidad del contrato 573 de 1996[430].

1.4. Indemnización equivalente al 100% del valor total del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad.

Una posición excepcional del Consejo de Estado consistió en establecer el *quantum* resarcitorio tomando como base el valor total del contrato y no solo el valor de las utilidades esperadas. Esta fue la postura adoptada en la decisión por la cual se resolvió un caso con hechos prácticamente idénticos a los que ocuparon a la Subsección A de la Sección Tercera un mes antes, en la Sentencia 24.559 del 27 de junio de 2013.

A pesar de la similitud de los hechos y que en ambos casos no había prueba sobre la cuantía del perjuicio causado por la pérdida de la oportunidad de contratar con el Estado mientras estuvo vigente la inhabilidad, la solución respecto de la indemnización fue distinta.

Mientras que en el caso resuelto en junio de 2013 por la Subsección A se ordenó una condena en abstracto y se dictaron unas pautas para la determinación del monto de la indemnización que tenían en consideración el valor de las utilidades que podría haber obtenido la demandante con la ejecución del contrato, en julio del mismo año la Subsección B de la Sección Tercera decidió tomar como base, no solo la utilidad, sino el valor total del acuerdo contractual multiplicado por los cinco (5) años de inhabilidad.

[430] CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 54.677.

Adicionalmente, mientras en la Sentencia 24.559 de junio 2013 se reconoció el perjuicio causado a la demandante por concepto de pérdida de la oportunidad, en la decisión del expediente 24.464 de julio de 2013 se reconoció por lucro cesante.

Cabe aclarar que esta postura no se encontró en otras Sentencias que hicieran referencia expresa a la doctrina de la *chance* en asuntos contractuales con alcance en el ámbito precontractual, pero constituye un antecedente relevante que demuestra la disparidad de criterios a la hora de indemnizar la pérdida de la oportunidad.

1.4.1. Declaratoria de caducidad sin dar a conocer al contratista los elementos en su contra.

El Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional expidió Resolución declaratoria de la caducidad de un contrato de prestación de servicios profesionales, el día después de que la contratista participó en un cese de actividades organizado por los empleados del contratante. Tanto el *a quo* como el Consejo de Estado consideraron que la decisión así adoptada desconoció el derecho a la defensa de la contratista por lo que se declaró la nulidad de tal actuación. Respecto de la reparación, si bien se negó el pago de perjuicios morales por carencia de pruebas, se ordenó el pago de indemnización por la pérdida de la posibilidad de contratar con el Estado como consecuencia de la inhabilidad que conlleva la declaratoria de caducidad.

En la Sentencia 24.464, por la cual se resolvió este caso del 29 de julio de 2013 con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, llama la atención que la Sala utiliza como sinónimos los conceptos de lucro cesante y pérdida de la oportunidad:

> En lo que tiene que ver con el lucro cesante, esta Sección, en sentencia de unificación, ante una caducidad ilegalmente declarada, que le implicó al afectado inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas, durante cinco años, consideró que la pérdida de la oportunidad constituye un daño indemnizable y que ante la falta de certeza sobre el monto o cuantía del perjuicio en aplicación

> del principio de equidad se deberá tomar el contrato terminado como demostración de que el mismo se suscribiría los cinco años siguientes[431].

Respecto del *quantum* indemnizatorio la Sala, señaló:

> (…) La actora venía desarrollando su labor a través de un contrato de prestación de servicios, a razón de $600.000 mensuales por doce meses. En consecuencia, atendiendo a las pautas fijadas por el pleno de la Sección, se tiene que se privó a la actora del chance de suscribir otro contrato como el analizado, durante el período en que se prolongó la inhabilidad. Sin que pueda entenderse que exista permanencia de ese tipo de relaciones contractuales, lo cual está proscrito legalmente, sino de la imposibilidad de suscribirlas con cualquier entidad estatal durante ese periodo. Ahora, como de la liquidación unilateral se observa que caducidad tuvo efectos retroactivos, toda vez que la actora sólo prestó sus servicios hasta el 1 de abril de 1997, el período indemnizable debe iniciar desde el día siguiente, hasta la finalización de los cinco años de la sanción, el 21 de abril de 2002, en consideración a la ejecutoria de la declaratoria de caducidad cinco años antes (fl. 43, c. 2). Para su cálculo se actualizará el valor histórico de lo percibido mensualmente por honorarios y se utilizará la fórmula aceptada por esta Corporación, (…)[432].

1.5. Indemnización equivalente al 100% del promedio de las utilidades operacionales de los cinco años anteriores a la caducidad excluyendo las pérdidas, por cada año de inhabilidad.

La última postura alternativa a la mayoritaria a efectos de estimar el perjuicio obra en la Sentencia 39.249 del 5 de marzo de 2021. En esta ocasión la Sala hizo directamente el cálculo del monto a indemnizar, sin condenar en abstracto y, por lo tanto, sin necesidad para el demandante de someterse a un trámite incidental, por concepto de pérdida de oportunidad.

---

[431] Cita original de la Providencia: Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2002, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 15,024. Salvamento de voto de la ponente de esta decisión.

[432] CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 24.464.

En la Sentencia de 39.249 de 2021, para la determinación de la utilidad obtenida por el contratista en el período previo a la declaratoria de la caducidad, la Sala empleó un medio de prueba que no había tenido considerado en sentencias anteriores en las que había hecho referencia expresa a la doctrina de la *chance*. Acudió a los resultados reflejados en los estados financieros del demandante y no restringió el análisis a la utilidad calculada en el contrato caducado, sino que tuvo en consideración los acuerdos que el demandante había celebrado con la Administración en los cinco años previos a la caducidad.

Para efectos del cálculo del monto de reparación se tuvieron en cuenta los siguientes parámetros:

a. Se identificó el valor total que el demandante facturó por la ejecución de contratos estatales durante los dos primeros años (1996 y 1997) del período correspondiente a los cinco años previos a la declaratoria de caducidad (enero de 1996 a diciembre de 2000). Dicho valor fue actualizado a pesos equivalentes a la fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución que contenía la medida de caducidad.

b. Al valor facturado en el primer año (1996) se le aplicó un porcentaje equivalente al margen de utilidad operativa obtenida en ese ejercicio contable y este cálculo se replicó para el año siguiente (1997), para obtener la utilidad operacional de ambos años. Este ejercicio no se hizo sobre los valores facturados en los tres años siguientes en los que el demandante reportó pérdidas.

c. El valor resultante de sumar la utilidad de los dos primeros años (1996 y 1997) se dividió entre 5 años, pues en los otros 3 años (1998 a 2000) el demandante reportó pérdidas, es decir utilidades equivalentes a $0.

d. Finalmente, la utilidad promedio obtenida en el literal anterior, se aplicó a cada uno de los 5 años que duró la inhabilidad. Para ello, el valor año a año de la utilidad calculada en el literal anterior fue actualizado a pesos de enero de 2021. La suma de

los cinco resultados de las operaciones de actualización constituyó la cuantía del perjuicio indemnizable.

Con la metodología así aplicada, y especialmente con la operación efectuada en el literal b, el Consejo de Estado tuvo en consideración únicamente los resultados positivos en el período de cinco años previo a la declaratoria de caducidad. Esto, pese a que en la parte considerativa de la Sentencia 39.249 de 2021 se señaló que la perito actuó correctamente cuando, para calcular el valor de la utilidad anual promedio, tomó en consideración tanto los años en los que el demandante reportó ganancias como aquellos en que reportó perdidas. En ese momento, la Sala consideró que para determinar el promedio de los resultados obtenidos en los cinco años anteriores a la caducidad no era procedente asumir que en todos esos años se generaron utilidades, pues ello implicaría cuantificar el daño sobre una conjetura, consistente en que en los años en que se reportaron pérdidas operacionales en los estados financieros se generaron utilidades por la ejecución de los contratos, pese a que dichos documentos prueban lo contrario.

Pese a la anterior afirmación, a la hora de aplicar la metodología planteada, en una nota al pie de la misma Providencia se señaló:

> La Sala estima procedente no sumar el resultado operacional de los ejercicios contables de 1998, 1999 y 2000 (es decir, asumir un valor de 0). De esta manera, no se parte de la base que se generaron utilidades (pues la prueba pericial demuestra lo contrario), pero tampoco se castiga al contratista promediando las pérdidas operacionales, pues, en el fondo, esto implica asumir que en los años que duró la inhabilidad la explotación de la empresa arrojaría resultados negativos [433].

Como se ve, la Sala se contradijo cuando, en la parte en que revisó una parte del trabajo llevado a cabo por la perito, celebró la decisión de esta de incluir la pérdida operacional en el cálculo de la utilidad promedio obtenida por el demandante, mientras que, en la

[433] CONSEJO DE ESTADO. 5 de marzo de 2021. C. P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249.

parte en que definió y aplicó la metodología para calcular el valor de la indemnización, decidió excluir la pérdida operacional reportada en los estados financieros del actor.

Por último, es necesario aclarar que esta postura se considera distinta a las demás posiciones alternativas halladas en la investigación, en la medida en que el cálculo del monto de la indemnización se hace tomando como referencia el valor de la utilidad operacional reportada en los estados financieros, mientras que, en las demás posturas el cálculo se hace tomando la utilidad del contrato caducado o de los acuerdos contractuales suscritos con el Estado por el demandante en los cinco años anteriores a la declaratoria de la caducidad. Además de la señalada exclusión de las pérdidas reportadas en el mismo período, factor este que no se encontró en las demás Providencias analizadas en las que se hizo referencia expresa a la oportunidad perdida en asuntos contractuales con alcance en el ámbito precontractual.

1.5.1. Indemnización calculada aplicando la metodología para valorar las ganancias que la demandante habría podido obtener.

En enero de 2011, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU- declaró la caducidad de un contrato de obra pública a la demandante, mediante una Resolución en la que se tomaron otras determinaciones relacionadas con dicha decisión como la orden de hacer efectiva la póliza de cumplimiento que amparaba la ejecución del contrato. Debido a que la apelante no presentó reparos a la decisión del *a quo* de anular el artículo 1º de la Resolución por el cual se declaró la caducidad el Consejo de Estado no realizó análisis sobre dicha decisión y la confirmó.

Respecto de la pérdida de la oportunidad por la imposibilidad de contratar como consecuencia de la inhabilidad generada por la indebida declaratoria de caducidad, en la Sentencia 39.249 del 5 de marzo de 2021[434], el Consejo de Estado señaló:

> Antes de analizar el mérito demostrativo de esos peritajes, se debe precisar que Aguilar y Cía –integrante de la Unión Temporal responsable de la ejecución de las obras y quien, por tanto, resultó inhabilitada para celebrar contratos con entidades estatales– sufrió un daño. Según lo señalado por la Sala Plena de la Sección Tercera[435], criterio que ha sido reiterado por la Subsección[436], la declaratoria de caducidad viciada de nulidad conlleva una pérdida de oportunidad, un daño jurídicamente relevante, que se deriva directamente de la inhabilidad prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, la cual impide al afectado contratar con las entidades estatales y obtener un provecho económico por ello[437].
>
> En este caso, el daño es cierto porque está probado que Aguilar y Cía celebraba contratos de obra con entidades estatales en el giro ordinario de sus negocios. Así, en los anexos de la propuesta de la Unión Temporal número 3.2 –experiencia específica en construcción– y 4.2 –información sobre contratos vigentes en construcción–, se relacionaron varios contratos celebrados entre 1993 y 1999 por Aguilar y Cía con entidades como el IDU, la Gobernación de Cundinamarca, el INVÍAS y municipios del Huila[438].

La Sala modificó el valor de la reparación ordenada en el fallo de primera instancia, en consideración a que encontró probada la objeción por error grave del dictamen pericial

---

[434] CONSEJO DE ESTADO. 5 de marzo de 2021. C. P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249.

* Nicho citacional: CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. CONSEJO DE ESTADO. 3 de agosto de 2017. C.P Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 52.920.

[435] Cita original de la Providencia: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 23.

[436] Cita original de la Providencia: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P Marta Nubia Velásquez Rico.

[437] Cita original de la Providencia: Ley 80 de 1993, art. 8 (versión previa a la reforma de la Ley 1150 de 2007): "1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (…) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (…) as inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad".

[438] Cita original de la Providencia: A esto cabe agregar que en el informe de evaluación final de evaluación, el IDU validó esta experiencia y concedió a la Unión Temporal el máximo puntaje previsto en los pliegos de condiciones para estos factores de evaluación (Folio 112, cuaderno de pruebas 2).

que sirvió para definir dicho monto, por haber incluido el valor de la utilidad de contratos celebrados por el demandante con el sector privado. Al respecto, la Sala indicó:

> Aunque en algunas decisiones el perjuicio se ha calculado (i) multiplicando el porcentaje de utilidad esperada en el contrato caducado por el valor total de los contratos celebrados en los 5 años anteriores a la declaratoria de caducidad, (ii) promediando las utilidades anuales así calculadas y (iii) multiplicando el valor promedio por el término de duración de la inhabilidad[439], la Corporación también ha precisado que la valoración del perjuicio debe consultar las particularidades de cada caso para evitar la indemnización de daños meramente eventuales e hipotéticos[440].
>
> En este caso, está probado que Aguilar y Cía, en los 3 años anteriores a la declaratoria de caducidad (1998 a 2000), reportó pérdidas operacionales en la ejecución de los contratos que la perito tuvo en cuenta para calcular el perjuicio indemnizable. Por esta razón, para determinar el promedio de los resultados obtenidos en el lapso comprendido entre 1996 y 2000, no es procedente asumir que en todos esos años se generaron utilidades. Esto implicaría cuantificar el daño sobre la base de una conjetura, consistente en que entre 1998 y el 2000 se generaron utilidades por la ejecución de los contratos, no obstante que los estados financieros y el dictamen contable prueban lo contrario. Implicaría, además, que la cuantía del perjuicio se dedujera prescindiendo de los elementos de juicio que dan certeza sobre la real extensión del daño y las condiciones personales del perjudicado.
>
> Ahora, a pesar de que en el punto señalado las premisas del dictamen resultan aceptables, las conclusiones son equivocadas. Como lo indicó el IDU[441], la perito incluyó en el cálculo de los resultados de 1996 a 2000 los registros de ingresos, costos y gastos asociados a contratos estatales, pero también a algunas operaciones mercantiles celebradas con Pavimentos de Colombia S.A., Conalvias

---

[439] Cita original de la Providencia: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Exp. 32.906A. C.P Stella Conto Díaz.

[440] Cita original de la Providencia: "Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, en principio, no existe sustento real alguno que permita al juez considerar o suponer que en situaciones normales y dada la contratación anterior con el sector público, el contratista perjudicado, al que se le declaró ilegalmente la caducidad de su contrato e injustamente se le inhabilitó temporalmente para realizar negocios jurídicos con entidades públicas, no habría logrado percibir una utilidad equivalente al 100% de la ya presentada, a menos, claro está, que en el caso concreto pudiera determinarse que esa forma y monto de valorar el perjuicio resulte desproporcionada e inequitativa frente a precisas circunstancias probadas dentro del proceso que se le pudieran predicar al contratista o por los riesgos derivados de la actividad que ejerce y de todo lo cual se dedujera la imposibilidad o dificultad para obtener o alcanzar el total de dicha ganancia". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. C.P Ruth Stella Correa Palacio.

[441] Cita original de la Providencia: Folio 590, cuaderno principal 2.

S.A. y Concesión Sabana de Occidente S.A.[442]. La inclusión de estos registros constituye una equivocación, porque, como se indicó antes, la declaratoria de caducidad no implica una merma en la capacidad jurídica de Aguilar y Cía para celebrar negocios civiles o comerciales, razón por la cual estos registros contables no podían considerarse para promediar la utilidad. Este error es grave, pues, de no haberse presentado, el valor promedio de la ganancia que calculó para el periodo 1996 a 2000 habría sido diferente[443]. La Sala declarará probada, entonces, la objeción por error grave formulada por el IDU.

En razón de lo anterior, para valorar las ganancias que la demandante perdió la oportunidad de obtener, se seguirá la siguiente metodología: (i) con base en el anexo 3.2 de la oferta de la Unión Temporal se identificará el valor total que Aguilar y Cía facturó en los años 1996 y 1997 por la ejecución de contratos estatales[444]; (ii) al valor facturado en el año 1996 se le aplicará un porcentaje equivalente al margen de utilidad operativa de ese ejercicio contable y este cálculo se replicará para el año 1997, con lo cual se obtendrá la utilidad operacional de ambos años; (iii) el valor resultante de sumar la utilidad de 1996 y 1997 se dividirá entre 5 años, pues en los otros 3 años (1998, 1999 y 2000) Aguilar y Cía reportó pérdidas[445], esto es, $0 de utilidades[446]; (iv) finalmente, la utilidad promedio se multiplicará por los 5 años de duración de la inhabilidad para establecer la cuantía del perjuicio indemnizable[447].

[442] Cita original de la Providencia: Folios 7 a 12, cuaderno de pruebas 29.

[443] Cita original de la Providencia: El error grave "es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Exp. 14.461. C.P Danilo Rojas Betancourth.

[444] Cita original de la Providencia: Para la valoración del perjuicio se computarán los ingresos facturados anualmente a las entidades estatales, pues varios contratos tuvieron un plazo de ejecución de 2 o más años y, por ende, los ingresos se causaron en diversos ejercicios contables. Teniendo en cuenta que en los años 1998 a 2000 se reportaron pérdidas operacionales, no se computarán los ingresos asociados a contratos celebrados entre 1996 y 1997 que se facturaron entre 1998 y 2000. En contraste, sí se computarán los ingresos realizados en los periodos contables de 1996 y 1997.

[445] Cita original de la Providencia: Según estados de pérdidas y ganancias de Aguilar y Cía. (folios 14, 15, 19 y 22 del cuaderno de pruebas 34).

[446] Cita original de la Providencia: La Sala estima procedente no sumar el resultado operacional de los ejercicios contables de 1998, 1999 y 2000 (es decir, asumir un valor de 0). De esta manera, no se parte de la base que se generaron utilidades (pues la prueba pericial demuestra lo contrario), pero tampoco se castiga al contratista promediando las pérdidas operacionales, pues, en el fondo, esto implica asumir que en los años que duró la inhabilidad la explotación de la empresa arrojaría resultados negativos.

[447] CONSEJO DE ESTADO. 5 de marzo de 2021. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249.

CONCLUSIONES

A diferencia de lo que ocurre en los casos de responsabilidad precontractual, en los asuntos de responsabilidad contractual con efectos en el ámbito precontractual en los que se han aplicado posturas alternativas, parece haber un relativo consenso en que la decisión injusta e ilegal de declarar la caducidad de un contrato estatal, que conduce a la imposibilidad de celebrar acuerdos contractuales con la Administración por un período de cinco años, causa un perjuicio que corresponde al concepto de pérdida de oportunidad.

A pesar del relativo consenso sobre el concepto del perjuicio entre quienes defienden posturas alternativas para solucionar asuntos contractuales que impactan las posibilidades en el ámbito precontractual de los demandantes, subsisten profundas diferencias en cuanto a la medida de la reparación.

La coexistencia de tal variedad de posturas alternativas con la posición mayoritaria y su aplicación intermitente y, en algunos casos prácticamente simultánea, respecto de la reparación, genera una inseguridad jurídica para los demandantes que debe superarse.

La existencia de una diversidad tan amplia de posiciones para aplicar la doctrina de la *chance* y, especialmente, para medir el perjuicio y liquidar la indemnización, en los casos de responsabilidad contractual con efectos en el ámbito precontractual, muestran la necesidad de la consolidación de criterios de valoración del daño más claros que sirvan para evaluar un perjuicio que, al materializarse en un término de cinco años, entraña una incertidumbre aún más alta que la que surge ante la imposibilidad de ejecutar un contrato por indebida adjudicación o declaratoria desierta de un proceso de selección.

La jurisprudencia por la cual se ha empleado la doctrina de la pérdida de oportunidad para resolver casos relacionados con la declaratoria de caducidad de contratos celebrados con la Administración ha tenido una evolución que muestra la inquietud por parte de los integrantes de la Sección Tercera del Consejo de Estado por plantear soluciones que

tengan en consideración distintos elementos que puedan servir para la tasación más precisa del perjuicio por la posibilidad pérdida de contratar con el Estado.

Lo decidido en las Sentencias que contienen posturas alternativas para resolver casos de responsabilidad contractual con efectos en el ámbito precontractual muestra una evolución en cuanto a los medios de prueba tenidos como válidos a la hora de analizar la utilidad recibida por el contratista con anterioridad a la declaratoria de caducidad.

En el esfuerzo por hacer un análisis más serio de las probabilidades de obtener la ganancia esperada en los cinco años en que se privó a los demandantes de acceder a la contratación estatal, las Sentencias de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, lideradas por el Consejero Hernán Andrade Rincón, contienen un inmenso aporte que debería ser profundizado por la doctrina y la Jurisprudencia.

Los parámetros fijados en las Sentencias proferidas por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado constituyen un interesante antecedente a fin de establecer un método de reparación que tenga en consideración que, en la reparación de la oportunidad perdida, existe un elemento de incertidumbre en la obtención de las utilidades que debe ser valorado y que debe servir como medida de reparación del daño a fin de que esta remunere la afectación sufrida. Ni más ni menos que el perjuicio sufrido.

Pese a los avances en cuanto a la inclusión de mecanismos alternativos de tasación del perjuicio distintos a la postura mayoritaria, por la que se toma como referencia la utilidad del contrato caducado multiplicada por cinco años, persiste el reto de que el Consejo de Estado asuma una postura más sólida que tenga en consideración no solo el valor de la utilidad de los contratos, bien sea la del acuerdo caducado o la del histórico de contratación, sino avanzar hacia una posición que permita analizar la probabilidad de que el demandante pueda obtener la ganancia esperada, de manera que se trascienda a un estudio más completo que oriente el otorgamiento de indemnizaciones cada vez más acordes con la realidad de las víctimas.

Prueba de la necesidad de una postura sólida que constituya línea jurisprudencial es la profunda diferencia en la reparación de un daño prácticamente idéntico sufrido por las dos demandantes cuyos casos fueron resueltos de forma diametralmente opuesta en las Sentencias 24.559 de junio 2013 y 24.464 de julio de 2013. Con estas decisiones se demostró que tal disparidad de criterios termina por afectar el derecho a la igualdad de quienes reclaman una reparación y el principio de seguridad jurídica.

La necesidad de una consolidación de criterios de indemnización se refleja igualmente en la decisión tomada en el año 2021. Una aplicación coherente del propio criterio de la Sala debía incluir tanto la ganancia reportada por el demandante como sus pérdidas. Solo con esta información completa en consideración podría tenerse una estimación realista de la utilidad promedio obtenida en los cinco años anteriores a la declaratoria ilegal de la caducidad. Excluir datos del período implica, como dijo la Sala en la misma Sentencia, prescindir de elementos de juicio que dan certeza sobre la real extensión del daño y las condiciones personales del demandante.

En últimas, lo que revela la diversidad actual de criterios para medir el perjuicio por pérdida de oportunidad es que el Consejo de Estado tiene el desafío de encontrar métodos de tasación que le permitan tanto a dicha Corporación como a Tribunales y Jueces Administrativos evaluar la probabilidad de obtención del beneficio esperado por los demandantes, estimándola en función de la situación real y particular propia de estos y del mercado en el que se encuentran.

CAPÍTULO IX. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA

INTRODUCCIÓN

El estudio hasta aquí realizado de la pérdida de la oportunidad ha permitido identificar la multiplicidad de criterios que tanto doctrinantes como Consejeros de Estado tienen alrededor de esta construcción teórica.

Como se vio en los capítulos precedentes, aunque existen posturas mayoritariamente aceptadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano para reparar las oportunidades perdidas en los tipos de responsabilidad analizados en este trabajo, persisten disparidad de criterios respecto de varios aspectos relevantes para la definición de los litigios, lo cual ha soluciones distintas en asuntos con fundamentos de hecho similares[448].

No obstante, la existencia de tal variedad de posturas también puede ser comprendida como un esfuerzo por parte de los jueces por entender y perfeccionar la aplicación de la doctrina de la *chance* en los asuntos en los que la Administración ha limitado injustamente las posibilidades de los particulares de acceder a una ganancia a través de la contratación con el Estado.

---

[448] Ejemplo las Sentencias CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sección 3. Subsección A. Exp. 24.559 y CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 24.464; y CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031 y CONSEJO DE ESTADO. 30 de junio de 2011. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 18.879.

En este sentido, conviene hacer una revisión crítica de las principales posturas que se describieron en los capítulos anteriores a fin de hacer una aproximación a una propuesta con el ánimo de contribuir a mejorar la aplicación de la doctrina de la *chance* en el ámbito precontractual, propósitos estos que constituyen el objeto de este capítulo final.

En consecuencia, este capítulo se dividirá en dos partes. La primera contentiva de las observaciones a las posturas aplicadas por el Consejo de Estado, tanto en los casos de responsabilidad precontractual como contractual en los que se resolvieron asuntos relacionados con la imposibilidad de obtener una utilidad como resultado de una decisión ilegal de la Administración que privó a un particular de la posibilidad de ejecutar contratos estatales.

De forma correspondiente a las críticas que se plantearán en la primera parte, en la segunda, se presentarán las propuestas que, se cree, podrían servir para el propósito de mejorar la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia colombiana, teniendo siempre en consideración la necesidad de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica a quienes puedan resultar afectados con decisión injustas de la Administración en el país.

1. CRÍTICAS A LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL

Como resultado del estudio efectuado sobre la jurisprudencia colombiana en la que se ha aplicado la teoría de la pérdida de la oportunidad en los casos de responsabilidad precontractual y contractual con efectos en la posibilidad de celebrar contratos con la Administración, y teniendo como fundamento la doctrina analizada en los primeros capítulos de este trabajo, a continuación, se mostrarán algunas observaciones respecto de

la aplicación de la doctrina, especialmente dada la consideración que de esta hace el Consejo de Estado como un daño autónomo.

Las observaciones por plantear están concentradas en tres aspectos de la aplicación de la teoría. 1.1. Respecto de la existencia del daño por pérdida de oportunidad, 1.2. Sobre el concepto del perjuicio y 1.3. En relación con la medida de este que sirve como parámetro para establecer y liquidar el monto de la reparación.

1.1. Respecto de la verificación de las condiciones de existencia del daño.

Si tal como lo considera el Consejo de Estado Colombiano, la oportunidad perdida se tiene como un daño autónomo, el análisis de esta debería incluir un estudio juicioso sobre la existencia del daño en sí mismo. Para ello, en el análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos de las demandas habría que entrar a revisar si el hecho que se acusa como dañino efectivamente cumple con los elementos para que la *chance* sea resarcible.

Al efecto, valga recordar que en las Sentencias 18.593 de 2010[449] y 25.706 de 2017[450] el Consejo de Estado definió los requisitos para la consideración de un daño como pérdida de la oportunidad. En los casos resueltos antes de la Sentencia 25.706 de 2017, los elementos que se debían verificar eran (i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, (ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, (iii) situación potencialmente apta de la víctima para pretender la consecución del resultado esperado.

A partir de 2017, siguiendo la reorganización de los elementos de la pérdida de la oportunidad, a la hora de analizar este tipo de casos debe comprobarse (i) que la oportunidad tuviera un componente de falta de certeza sobre si su resultado habría

[449] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.
[450] CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 25.706.

beneficiado a su titular, aunque esta duda no podía ser de tal magnitud que solo existiera entonces la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación (ii) certeza sobre existencia de la oportunidad y que de no haber ocurrido el hecho dañino la víctima habría mantenido la expectativa, y (iii) que la oportunidad se perdió definitivamente. En esta Sentencia, el Consejo de Estado dejó el estudio de idoneidad de la víctima para obtener la ventaja a través de la posibilidad, para el análisis de causalidad y no de la existencia del perjuicio.

Como se concluyó en el capítulo cuarto de este documento, para el Consejo de Estado el análisis del elemento certeza versa sobre la seguridad de que existía una oportunidad que se perdió la cual debía contar con un grado de probabilidad de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio. Esta concepción del elemento certeza difiere de la expresada reiteradamente por la doctrina que considera que el análisis de la certeza está relacionado con que la posibilidad truncada no podrá realizarse en el futuro, es decir que allí se estudia lo que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo analiza en el elemento que denomina pérdida definitiva de la oportunidad.

Revisado el contenido del concepto del elemento certeza dado por el Consejo de Estado se tiene que este estaría incluyendo en él dos atributos distintos de la *chance*. Por un lado, lo relacionado con la existencia de la oportunidad que deberá tener entidad suficiente para producir el resultado esperado y, por otro lado, la verificación de que, de no haber ocurrido el hecho dañino, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de lograr la ventaja, aspecto este último que, consideramos estaría siendo objeto de estudio en el tercer elemento que la jurisprudencia denomina “pérdida definitiva de la oportunidad”.

La conceptualización así dada puede llevar a equívocos entre los operadores jurídicos quienes podrían terminar haciendo un análisis solo de la imposibilidad de lograr el resultado en ambos elementos y, con ello, omitiendo el estudio sobre la seriedad de la

chance que tenía la víctima, aspecto este de particular importancia para evitar la reparación de perjuicios meramente eventuales.

Si se tiene en consideración lo dicho por la doctrina respecto de la seriedad de la oportunidad resulta que este aspecto estaría más relacionado con el elemento que el Consejo de Estado denominó en 2010 como situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado que con la certeza de la existencia de la oportunidad.

Lo anterior, toda vez que puede ocurrir que, en efecto, una oportunidad que ciertamente hubiera existido era conducente para la realización del resultado esperado, pero que, por las condiciones particulares de la víctima, esta no estuviera en posición de alcanzar el resultado esperado a través de dicha posibilidad, por lo que no se estaría ante una probabilidad seria respecto del caso concreto de quien alega su frustración.

Adicionalmente, el cambio de posición jurisprudencial dada en 2017, por el cual se eliminó el requisito en el que se verificaba la aptitud de la víctima para obtener la ventaja esperada, su reemplazo por la verificación de que la oportunidad se perdió de manera definitiva y el traslado del análisis de dicho elemento al momento en que se estudia el nexo causal, trastoca el objeto de estudio de la causalidad. Esto, teniendo en consideración que una cosa es analizar si la oportunidad frustrada era o no conducente para obtener la ventaja y otra, distinta, es si la actuación de la administración provocó la pérdida de la oportunidad. Lo primero es propio de la existencia del daño y lo segundo del análisis de causalidad.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta que, si del estudio efectuado por el Juez se evidencia que la situación de la víctima frente a la oportunidad truncada no permitía generar el resultado esperado por el demandante, no tendría sentido continuar con el análisis de responsabilidad, por cuanto no habría daño por pérdida de oportunidad.

Estando en una postura que considera que la *chance* es un daño autónomo, trasladar el análisis de la aptitud de la oportunidad a la verificación del nexo implica una modificación del objeto de estudio y de la prueba que debe aportar la víctima[451]. Bajo esta consideración, lo que debería estudiarse en sede de causalidad es si la conducta de la Administración frustró esa posibilidad. Allí es donde debe hallarse la certeza sin la cual no habría responsabilidad incluso aunque hubiera daño, por haberse comprobado que a través de la oportunidad frustrada el demandante habría podido recibir el beneficio que esperaba, mas no si tal posibilidad podía servir para alcanzar el resultado dada la situación de la víctima.

Por lo expuesto, discrepamos de la exclusión efectuada en 2017 del elemento de la pérdida de oportunidad que se había incluido en 2010 y compartimos la postura sobre este tema de Luis Felipe Giraldo[452], de acuerdo con la cual se considera necesario estudiar como elemento del daño si la víctima se encontraba una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado finalmente esperado, máxime si se tiene en cuenta que, por medio de este elemento se puede determinar si se estaba ante una posibilidad seria de alcanzar el beneficio, respecto de las circunstancias particulares de la víctima.

En consecuencia, en nuestro concepto es necesario que, en el mismo momento en que se estudie el daño como primer elemento de análisis de existencia de la responsabilidad, se revise si la oportunidad que se alega como perdida era de tal entidad que permitía a la víctima considerar que, a través de ella, podía obtener la ventaja esperada y si de esta verificación resulta que la posibilidad truncada era insuficiente para lograr el beneficio

[451] GRAVELLIER. La réparation du préjudice de perte de chance. *Op. cit.,* p. 18.

[452] "De forma respetuosa disentimos del cambio realizado por el Alto Tribunal en este punto y creemos que el requisito analizado debe continuar siendo estudiado como un elemento del daño, y no de la imputación, en atención a que si no se cumple con la prueba de la situación potencialmente apta o idónea para conseguir el resultado esperado por la víctima estaríamos frente a un caso donde no existe una oportunidad seria susceptible de reparación, lo cual conllevaría una ausencia de daño y, por ende, a la imposibilidad de declarar la responsabilidad del que se considera como su autor". GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 109.

buscado por la víctima, no habría una oportunidad indemnizable por ser, apenas, una expectativa.

Ahora bien, dado que se considera necesario que los Jueces se ocupen de verificar si la oportunidad era o no apta para producir el resultado esperado por la víctima, vale la pena revisar cómo se da el análisis de este aspecto en los casos de responsabilidad precontractual y en aquellos de responsabilidad contractual que afectan la posibilidad de celebrar contratos con la Administración.

En primer lugar, en los casos de indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos de contratación públicos el Consejo de Estado exige al demandante una doble carga probatoria[453]. La víctima debe probar que el acto administrativo desconoció el ordenamiento jurídico y que efectivamente la propuesta presentada a la Administración era la mejor. Aunque con diferentes resultados, esta verificación se realizó en todas las Sentencias de casos de responsabilidad precontractual en los que se analizaron asuntos de indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos de selección de contratistas del Estado.

La acreditación de que, de no haber ocurrido la injusta adjudicación o declaratoria desierta, el demandante habría accedido a la oportunidad -celebrar el contrato- y, con ello, habría mantenido la expectativa de obtener la ventaja, esto es, la ganancia derivada de la ejecución, brinda al Juez elementos suficientes para determinar la certeza de la oportunidad. Igualmente, estas pruebas permiten acreditar la existencia del nexo causal, en tanto permiten comprobar que la actuación ilícita de la Administración fue la causa por la que el demandante no pudo acceder a la oportunidad.

Por otro lado, dado el carácter definitivo[454] de los actos administrativos de adjudicación y de declaratoria desierta[455] del proceso de selección de contratación estatal, se puede

[453] CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.056. CONSEJO DE ESTADO. 29 de enero de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 13.206.

[454] CONSEJO DE ESTADO. 15 de agosto de 2017. C.P. Álvaro Namén Vargas. Exp. 2346.

considerar que con la prueba de la expedición del acto que excluyó al demandante de la adjudicación se acredita que la oportunidad se perdió de manera irrevocable.

Ahora bien, respecto de la incertidumbre, dado que lo frustrado no es la mera celebración del contrato sino la posibilidad de conseguir una utilidad a través de la ejecución, en la Sentencia 13.792 de 2002, el Consejo de Estado indicó que, ante la duda que se le presenta al Juez sobre si el demandante habría sido acreedor de toda la ganancia con la ejecución del acuerdo contractual, este no tiene fundamento real para considerar que el proponente en situaciones normales no habría de percibir la totalidad de la utilidad que había calculado, razón por la cual, en este precedente jurisprudencial se otorgó el 100% del valor total de la utilidad esperada.

Sobre este aspecto es necesario señalar que, aunque es evidente la incertidumbre sobre la obtención de la utilidad por quien resultó privado de la celebración y ejecución un contrato estatal, este elemento no riñe con la verificación de si la posibilidad truncada era o no idónea para producir el resultado teniendo en consideración las condiciones particulares e individuales de la víctima. Es decir, el Juez podría utilizar elementos de prueba adicionales a los establecidos en la dupla de la carga de la prueba actual para identificar si el demandante habría obtenido el beneficio esperado con la oportunidad frustrada, en consideración a la situación específica del afectado.

Tal verificación es necesaria en tanto permite determinar si el monto de la reparación a otorgar al demandante corresponde o no con la medida del daño sufrido. Si de la comprobación de la probabilidad de obtener la ganancia mediante la adjudicación se encuentra que era altamente probable que el actor hubiese podido ejecutar el contrato a cabalidad y, consecuentemente, adquirir el derecho a una remuneración igual a la totalidad del valor del acuerdo, la indemnización deberá ser de la totalidad de la utilidad estimada en la oferta. De lo contrario, si se encuentra que tal probabilidad era reducida, por ejemplo, porque el afectado no tenía buena liquidez al momento del daño, y, por

[455] CONSEJO DE ESTADO. 14 de marzo de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 24.059.

tanto, que la posibilidad truncada de ejecutar el contrato no era conducente para que el demandante obtuviera la ganancia esperada, no habría lugar a la reparación, o al menos no a una equivalente al total de la utilidad inicialmente calculada en la propuesta presentada a la Administración.

En segundo lugar, de acuerdo con los casos analizados de indebida declaratoria de caducidad de contratos estatales, en los que no se exige la doble carga de la prueba, el Consejo de Estado exige a la víctima probar que el acto administrativo por el cual se declaró la caducidad fue contrario al ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo visto en la jurisprudencia de los casos de caducidad administrativa, la acreditación de que dicha declaratoria fue ilegal parece ser prueba suficiente de que la oportunidad obtener futuras utilidades derivadas de la ejecución de contratos está totalmente perdida, especialmente en atención a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por el cual se impone al afectado la inhabilidad de manera automática.

Por otro lado, dado el carácter conmutativo de los contratos estatales[456], se puede presumir que era seria la probabilidad de obtener una ganancia, de haber tenido la posibilidad de celebrar este tipo de acuerdos. No obstante, lo que no es posible presumir es si, de manera específica y concreta, el contratista se encontraba en una situación apta que le permitiera alcanzar el resultado a su favor a través de la oportunidad que le fue truncada. El particular se podía encontrar en una situación tal que podría no haber logrado el resultado esperado, pese a que, de manera general, la posibilidad era seria a efectos de alcanzarlo.

Para estos efectos, el caso de la Sentencia 39.249 del 5 marzo de 2021 resulta ilustrativo. En este asunto el Consejo de Estado pudo evidenciar en los estados financieros del demandante que este venía sufriendo pérdidas operacionales durante los tres años

[456] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En : Revista Digital de Derecho Administrativo 0, Núm. 1 SE-Artículos (2009). p. 13. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589.

previos a la declaratoria de la caducidad por parte de la demandada, pese a lo cual se indemnizó al demandante por un valor equivalente al promedio de la utilidad actualizada de los dos años anteriores a aquellos tres en los que reportó pérdidas.

Este ejemplo permite cuestionar qué tan realmente seria era la probabilidad de celebrar contratos con la Administración para una empresa en tales circunstancias, de no haber operado la caducidad. Al respecto, debe considerarse que contar con indicadores negativos en los estados financieros reduce las posibilidades de cualquier empresa de participar individualmente en procesos de contratación estatal, en tanto estos son requisito de habilitación. En consecuencia, para poder presentar ofertas en estos casos es normal acudir a figuras de participación plurales, como consorcios o uniones temporales, en las cuales tampoco son altas las probabilidades de contar con un porcentaje de participación interesante que le permita obtener utilidades altas o cercanas al 100% de la ganancia total por la ejecución, pues el porcentaje de participación suele afectar el cálculo de los indicadores financieros del proponente plural.

Las decisiones adoptadas en las Sentencias en las cuales se analizaron las probabilidades de acceder a la utilidad, tanto en los casos de responsabilidad precontractual[457] como contractual[458], dejan en evidencia que, a pesar de la seriedad general de la posibilidad, no en todos los casos una indemnización por el valor total de la ganancia esperada y calculada en la oferta corresponderá con la realidad de la oportunidad, por lo que la revisión de las circunstancias particulares del demandante es necesaria a fin de evitar la reparación de perjuicios meramente eventuales y, por lo tanto, un enriquecimiento injusto a favor del demandante.

[457] CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525. CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967. CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

[458] CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sección 3. Subsección A. Exp. 24.559. CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2015.C.P. Hernán Andrade Rincón. Sección 3. Subsección A. Exp. 30.257. CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Sección 3. Subsección A. Exp. 54.677.

1.2. Respecto del concepto del perjuicio.

Del estudio de la jurisprudencia, por la cual se ha aplicado la doctrina de la *chance* en casos de responsabilidad precontractual y contractual derivada de declaratorias de caducidad ilegales, se evidenció que el Consejo de Estado en unos casos ha considerado el concepto del perjuicio causado como lucro cesante y en otros como pérdida de la oportunidad.

Al respecto, en primer lugar, es necesario considerar que la consecuencia derivada de la imposibilidad de ejecutar contratos estatales como consecuencia de decisiones ilegales de la Administración es el de perder la posibilidad de poner en acción la actividad personal o empresarial mediante la ejecución un acuerdo contractual para, a través de ello, obtener una suma de dinero por concepto de utilidad. Al ser el resultado de un proceso en el que intervienen distintas variables, tal utilidad no está garantizada con la mera celebración del contrato con el Estado, por lo que este tipo de casos entrañan una incertidumbre sobre si se hubiera obtenido o no la ganancia esperada, de no haber ocurrido el hecho dañino de la Administración.

Es decir, en los casos donde es aplicable la teoría de la pérdida de la oportunidad hay una incertidumbre acerca de la obtención de la utilidad, aunque haya certeza de que por medio de la oportunidad misma era posible alcanzar la ventaja. Esto, a diferencia del lucro cesante en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, se está ante una ganancia o provecho que deja de reportarse, en la pérdida de la oportunidad la utilidad no se tiene.

Como se señaló al analizar los requisitos de la oportunidad, la distinción entre los perjuicios de pérdida de oportunidad y lucro cesante es necesaria a efectos de que los operadores jurídicos puedan identificar cuándo están ante un caso que requerirá la evaluación del perjuicio como un todo y cuando están ante un asunto en el que es menester la verificación de la existencia del truncamiento de una oportunidad, esto es de

la privación injusta para la víctima de un medio que consideraba legítimo y conducente para obtener finalmente un beneficio, como consecuencia del actuar ilegítimo de la Administración.

En este punto, es necesario aclarar que no compartimos la postura de Luis Felipe Giraldo ni del Consejo de Estado según la cual la pérdida de oportunidad debe ser entendida solo como un daño y no como una calificación del perjuicio, pues ello podría limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño[459]. Postura que fue expresada como válida por el Consejo de Estado en la Sentencia 25.706 de 2017 en la que se señaló que indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente conduciría a desconocer el principio de la reparación integral, por considerar que, con ello, "las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima".

Contrario a lo afirmado en la Sentencia del Consejero Ramiro Pazos y a lo dicho por Giraldo, creemos que la indemnización por concepto de la pérdida de oportunidad, que corresponde entonces a la medida del daño probado, entendida como el porcentaje de probabilidad de acceder a la ventaja final esperada por medio de la posibilidad ilícitamente truncada, es la reparación justa y suficiente para quien ha sido privado de una *chance* y, a la inversa, cualquier indemnización por encima de ello sería contrario al principio de reparación integral.

De acuerdo con lo anterior, la idea según la cual la pérdida de la oportunidad como un perjuicio distinto del lucro cesante resulta contraria al principio de reparación integral desconoce la esencia misma del concepto de la *chance.* A diferencia de este concepto, en nuestro criterio, reparar la pérdida de la oportunidad implica que la indemnización que se otorgue por la frustración de una expectativa legítima deberá corresponder al valor de la

[459] GIRALDO GÓMEZ. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. *Op. cit.,* p. 145.

probabilidad de alcanzarla, teniendo en consideración la incertidumbre intrínseca a la oportunidad, sin perjuicio de que se reparen perjuicios adicionales respecto del caso en concreto si se comprueba su existencia en el juicio de responsabilidad.

Adicionalmente, cabe aclarar que la distinción entre los perjuicios de lucro cesante y pérdida de oportunidad no impide que se puedan indemnizar, si en el caso en concreto se verifica la existencia de los dos o de cualquier otro que sea debidamente probado en el juicio de responsabilidad.

No obstante, como respecto de todo perjuicio, se requerirá la prueba que así lo acredite y, es necesario advertir, que en los casos de responsabilidad precontractual por indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos de selección se advierte una mayor dificultad para acreditar perjuicios adicionales distintos de la destrucción de la posibilidad de ejecutar un contrato para, por su intermedio, hacerse acreedor a una utilidad económica.

Lo anterior, a diferencia de lo que podría ocurrir en los casos de responsabilidad contractual ligados a la indebida declaratoria de la caducidad que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación colombiana, tiene entre sus consecuencias la terminación inmediata del contrato consecuencia y la inhabilidad para contratar con el Estado por cinco años, efectos que pueden dar lugar a distintos tipos de perjuicios dentro de los cuales se pueden encontrar tanto el daño emergente originado por los costos que no sean efectivamente reconocidos a la víctima en la liquidación que sucede a la caducidad, o el lucro cesante derivado de la utilidad dejada de percibir por la no ejecución del contrato indebidamente caducado, en el entendido de que, en este tipo de casos, el juez si podría llegar a determinar, en grado de certeza que, de no haber sido por la actuación indebida de la administración el contratista sí habría adquirido el derecho a la utilidad. Así mismo, podría concurrir con estos otros perjuicios el de pérdida de la oportunidad en lo que tiene que ver con la inhabilidad para celebrar nuevos contratos con la Administración.

Respecto de la necesidad de distinguir el perjuicio por pérdida de oportunidad del lucro cesante cabe agregar que con ello se puede tener una mayor claridad respecto de los elementos del daño a evaluar y, además, dotar a la evaluación del perjuicio de un mayor grado de certeza respecto del monto a reparar, lo cual contribuye a reducir las indemnizaciones por montos superiores al daño efectivamente causado que afecten el principio de reparación y que terminen generando un enriquecimiento sin causa a favor de los demandantes.

Fijada la posición respecto de la consideración de la pérdida de la oportunidad como un perjuicio independiente del lucro cesante, es pertinente revisar si la jurisprudencia analizada en este trabajo coincide con esta postura y si, la calificación del perjuicio como uno u otro ha tenido un impacto en el monto de la indemnización ordenada.

Un análisis cuantitativo de las Sentencias, en las que se hizo referencia expresa a la oportunidad perdida, da como resultado que en el 36% de ellas el perjuicio fue calificado como lucro cesante, de estas, en un 92% la indemnización se ordenó por la totalidad de la utilidad esperada por el demandante.

La única excepción donde la reparación se dio por concepto de lucro cesante y hubo una disminución del valor de la indemnización respecto de la ganancia se encuentra en la Sentencia 11.344 de 1999, en la cual la Sala decidió reducir en un 50% el monto del perjuicio por considerar que el demandante no había puesto su esfuerzo y trabajo en la ejecución, aunque no detalló la razón por la cual el concepto del daño seguía siendo el de lucro cesante.

De estos datos se podría afirmar que, cuando se califica el perjuicio como lucro cesante el monto de la indemnización ordenada corresponde al 100% de la utilidad que el demandante esperaba recibir.

No obstante, dos hechos verificados en este estudio ponen en entredicho la anterior afirmación. En primer lugar, se evidenció que, aunque en la parte resolutiva de tres de las

Sentencias[460] el perjuicio fue calificado como lucro cesante, en la parte de considerativa de estas mismas la Sala había señalado que el perjuicio correspondía a la pérdida de la oportunidad, lo que muestra un uso sinónimo de los conceptos, hecho este que se da igualmente en la jurisprudencia francesa donde la indemnización de la oportunidad perdida por posibilidades serias de ganar la adjudicación de contratos estatales, se ordena por concepto de lucro cesante[461].

En segundo lugar, en el 47% de las Sentencias en las que el perjuicio fue expresamente considerado como pérdida de la oportunidad, la indemnización correspondió al 100% de la utilidad esperada, de acuerdo con los distintos criterios que para la determinación de este valor aplicó el Consejo de Estado. Por esta razón, no resulta totalmente cierto afirmar que cuando la reparación es igual a la totalidad de la ganancia la calificación del perjuicio será de lucro cesante, aunque mayoritariamente se ordene de esta manera.

En consecuencia, hay una división en la jurisprudencia respecto de la calificación del perjuicio como pérdida de oportunidad que no parece ligada directamente al valor de la indemnización, como sí se observa de manera más marcada en el caso de la consideración del perjuicio como lucro cesante.

De la existencia de esta variedad de criterios a la hora de calificar el daño causado por la Administración, derivado de decisiones relacionadas con la etapa precontractual o con efectos en esta, llama la atención que no se observa de manera consistente una consecuencia distinta de la consideración del perjuicio como pérdida de oportunidad. Es decir, en nombre de esta doctrina se ordenan indemnizaciones iguales a las que se hubieran dictado si el perjuicio se hubiera considerado como lucro cesante, esto es

[460] CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 26.705. CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26.903.

[461] CORTE ADMINISTRATIVA DE APELACIONES DE PARÍS. 15 de febrero de 2019. Province Nord de Nouvelle-Calédonie. N° 17PA00007. CONSEJO DE ESTADO FRANCES. 8 de febrero de 2010. Commune de La Rochelle. Nº 314075. Consejo de Estado Francés. 18 de junio de 2003. Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe. N° 249630.

equivalentes al 100% de la utilidad esperada, al mismo tiempo que se ordenan reparaciones por montos inferiores a dicha ganancia.

Por otra parte, analizada la evolución en el tiempo de la calificación del perjuicio, se observa una tendencia creciente a considerarlo como pérdida de oportunidad cuando se hace referencia expresa a esta teoría. En las Sentencias proferidas en el período comprendido entre 2016 a 2021 se halló solo una en la que el perjuicio se consideró como lucro cesante y siete en las que se calificó como pérdida de la oportunidad, una proporción del 13% a favor del lucro cesante frente al 88% de providencias que consideraron el perjuicio como propio de la *chance*. Entre 2011 a 2015 esta proporción fue del 44% al 50%[462] y, entre 1998 a 2010, ambas posturas compartieron una proporción del 44% cada una[463], lo que muestra una evolución en favor de la aplicación de la teoría de la *chance.*

Sin embargo, la anterior evolución a favor de la doctrina de la *chance* aún no va de la mano con un estudio de las probabilidades de alcanzar la utilidad y no solo de ganar la adjudicación o de celebrar contratos. Solo en el 32% de todas las Sentencias en las que se ordenó la indemnización por concepto de pérdida de la oportunidad se analizaron las probabilidades de acceder a la utilidad. Es decir, que permanece vigente la idea de que lo que debe analizarse es solamente la posibilidad de hacerse con el contrato y no la de obtener la ganancia esperada, situación que conduce a que existan decisiones en las que el monto a indemnizar corresponda al total de la utilidad cuando el daño es calificado como oportunidad perdida.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que existe un número elevado de fallos en los que en los que se habría podido tener en cuenta la doctrina de la *chance* y, por tanto, analizar las probabilidades de acceder a la utilidad y no solo a la adjudicación para efectos

[462] En este período se profirió una Sentencia que consideró el perjuicio como daño emergente, lo que corresponde al 6%.

[463] En este período se profirió una Sentencia que consideró que se presentaban tres perjuicios correspondientes a daño emergente, lucro cesante y pérdida de la oportunidad, lo que corresponde al 11%.

de la determinación del monto de indemnización, en lugar de haber acudido al concepto de lucro cesante. Se hallaron Sentencias en las que se resolvieron casos relacionados con indebida adjudicación o declaratoria de desierta de procesos selección públicos y de caducidad, en los que no se hace referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y que califican el perjuicio como lucro cesante[464] o simplemente refiriendo el concepto de utilidad esperada[465], en los que, salvo algunas excepciones[466], la regla general es ordenar indemnizaciones equivalentes al 100% de la ganancia que el actor esperaba recibir.

Todo lo expuesto muestra que la calificación del perjuicio como oportunidad perdida o como lucro cesante no necesariamente está llevando a una consecuencia distinta respecto de la forma de obtener el monto de la reparación, situación con la que se estaría desconociendo la diferencia entre los dos conceptos, esto es la certeza respecto de la utilidad en cabeza del demandante.

[464] CONSEJO DE ESTADO. 11 de marzo de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.355. CONSEJO DE ESTADO. 11 de febrero de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 16100A. CONSEJO DE ESTADO. 14 de octubre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.811. CONSEJO DE ESTADO. 3 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 22.898. CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014.C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986. CONSEJO DE ESTADO. 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32.434. CONSEJO DE ESTADO. 2 de marzo de 2020. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 43.738. CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 51.412.

[465] CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 7 de diciembre de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.683. CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto 2011. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 18.338. CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 19.216. CONSEJO DE ESTADO. 22 de mayo de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 24.560. CONSEJO DE ESTADO. 24 de julio de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28.041 acumulado 28.598. CONSEJO DE ESTADO. 9 de octubre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 30.763. CONSEJO DE ESTADO. 21 de noviembre de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 25.397. CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 23.048. CONSEJO DE ESTADO. 27 de marzo de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 24.454. CONSEJO DE ESTADO. 16 de marzo de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 28.040. CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2015. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 29.555. CONSEJO DE ESTADO. 1 de julio de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 32.535. CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 25.740.

[466] CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725. CONSEJO DE ESTADO. 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32.434.

1.3. Respecto de la medida del perjuicio.

En las Sentencias proferidas por el Consejo de Estado colombiano en las que se ha hecho referencia expresa a las oportunidades perdidas para resolver asuntos cuyos hechos están relacionados con la imposibilidad de celebrar contratos con el Estado, ya sea por indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos de selección públicos o por imposibilidad de ejecutar los acuerdos, así como por declaratoria de caducidad ilegal de contratos estatales respecto de la inhabilidad para contratar con el Estado, se han empleado criterios distintos a la hora de liquidar el monto de la indemnización a favor de los demandantes, cuatro en los casos de responsabilidad precontractual y seis en los asuntos contractuales con impacto en lo precontractual, los cuales pueden resumirse así:

- En asuntos de responsabilidad precontractual:

    1. Reparación depende de las probabilidades de celebrar el contrato (postura mayoritaria en casos de responsabilidad precontractual). En el cual se definió que si dichas probabilidades eran iguales al 100% el monto de la reparación igualmente corresponde al 100% de la utilidad esperada[467] y, cuando se verificó que eran inferiores, el valor de la indemnización fue calculado por debajo de la utilidad teniendo en consideración distintas variables, en un par de casos se descontó un porcentaje sobre el valor de la ganancia considerando que la determinación de la reparación por pérdida de la oportunidad queda al arbitrio

[467] CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792. CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576. CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.167. CONSEJO DE ESTADO. 31 de marzo de 2014. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 25.340. CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26.903. CONSEJO DE ESTADO. 10 de agosto de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 34.713. CONSEJO DE ESTADO. 14 de febrero de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 58.894. CONSEJO DE ESTADO. 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.462. CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.088 acumulado 39.109. CONSEJO DE ESTADO. 20 de mayo de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 23.787. CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 29.855. CONSEJO DE ESTADO. 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 49.025.

del juez[468], mientras que en otros casos se consideró la posibilidad de resultar adjudicatario[469].

2. Indemnización depende de las probabilidades de acceder a la utilidad[470].

3. Indemnización se puede otorgar tanto por concepto de daño emergente, como por lucro cesante y pérdida de oportunidad[471].

4. Indemnización de la oportunidad perdida de ejecutar un contrato estatal corresponde a un daño emergente[472].

- En asuntos de responsabilidad contractual con impacto en el ámbito precontractual:

1. Indemnización corresponde al 100% de la utilidad que se estimó obtener mediante el contrato caducado por un término igual a la duración de la inhabilidad (posición mayoritaria)[473].

2. Indemnización por indebida declaratoria de caducidad corresponde al 100% de la utilidad del contrato caducado más la de los demás celebrados con la demandada por el tiempo de la inhabilidad[474].

---

[468] CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963. CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

[469] CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 22.760. CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 38.339.

[470] CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344. CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525. CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967. CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

[471] CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539.

[472] CONSEJO DE ESTADO. 3 de mayo de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth (E). Exp. 23.734.

[473] CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 26.705. CONSEJO DE ESTADO. 28 de agosto de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Exp. 37.279. CONSEJO DE ESTADO. 3 de agosto de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 52.920. CONSEJO DE ESTADO. 13 de diciembre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E). Exp. 64.143.

[474] CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 17.031.

3. Indemnización no procede cuando no se demuestra la seriedad de las posibilidades de celebrar contratos durante el término de la inhabilidad derivada de la indebida declaratoria de caducidad[475].

4. Indemnización debe equivaler a las probabilidades de obtener las utilidades esperadas durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad[476].

5. Indemnización equivale al 100% del valor total del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad[477].

6. Indemnización debe ser igual al 100% del promedio de las utilidades operacionales de los cinco años anteriores a la caducidad excluyendo las pérdidas, por cada año de inhabilidad[478].

Como se ve, se han considerado múltiples criterios para determinar cuál debe ser la medida de la reparación del daño por pérdida de oportunidad. En todo caso, tanto en los asuntos de responsabilidad precontractual como contractual estudiados en este trabajo, la mayor parte de dichos criterios tienen como base del cálculo del monto de la utilidad esperada por los demandantes.

En los asuntos netamente precontractuales, la ganancia estimada por el demandante en la oferta fue considerada como base del cálculo de la indemnización en prácticamente todos los fallos hallados, a excepción del caso de la Sentencia 23.734 del 3 de mayo de 2013, en el cual se condenó por concepto de daño emergente correspondiente al costo de la elaboración de la propuesta. Con esta decisión se desconoció reiterada jurisprudencia por la que se exige una doble carga de la prueba en cabeza del demandante, pues en el caso

[475] CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.048. CONSEJO DE ESTADO. 30 de junio de 2011. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 18.879.

[476] CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 24.559. CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 30.257. CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 54.677.

[477] CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 24.464.

[478] CONSEJO DE ESTADO. 5 de marzo de 2021. C. P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249.

resuelto mediante la Sentencia 23.734 no se acreditó que el actor hubiera ganado el proceso de contratación, de no haberse declarado desierto.

Incluso en aquellos casos de responsabilidad precontractual en los que el Consejo de Estado decidió reducir el monto de indemnización en consideración al análisis de las probabilidades de acceder a la ganancia, esta sirvió como medida de la reparación, en tanto fue sobre el valor de la utilidad que se calcularon los descuentos efectuados en la indemnización finalmente ordenada.

Así mismo, en los casos de responsabilidad contractual relacionados con la declaratoria de caducidad, por la cual se impide a los actores celebrar contratos con la Administración por un período de cinco años, la utilidad esperada sirve, por regla general, como medida de la reparación. Salvo el caso de la Sentencia 24.464 de 29 de julio de 2013 donde el monto de la indemnización se calculó con base en el valor total del acuerdo contractual, en los demás fallos analizados la condena se liquidó teniendo como base el valor de la utilidad, aunque con diferencias en cuanto a tomar solo la ganancia calculada para el contrato que fue ilegalmente caducado, o la históricamente recibida por la ejecución de contratos estatales, o la utilidad operacional registrada en los estados financieros.

1.3.1. Sobre el monto de indemnización determinado en las posturas mayoritarias.

El empleo de la utilidad como medida de la reparación del perjuicio resulta útil en la medida en que por su medio se excluyen de entrada los demás costos del contrato que no habrían entrado al patrimonio de la víctima aún si hubiera podido ejecutar el contrato. No obstante, el hecho de que las posturas mayoritarias tanto en casos de responsabilidad precontractual como contractual privilegien el otorgamiento por concepto de indemnización de la totalidad de la utilidad esperada no resulta conforme con el valor del daño efectivamente padecido.

La consideración de que el daño por pérdida de oportunidad es autónomo e independiente de la no obtención de la ventaja esperada tiene como consecuencia que la

medida de la reparación del daño por el truncamiento de una posibilidad es el valor de esta misma y, por esta razón, no puede corresponder a la totalidad de la ventaja que se esperaba obtener[479]. Entender lo contrario, esto es que la oportunidad perdida equivale al beneficio no alcanzado desconoce la naturaleza aleatoria del resultado esperado y el elemento incertidumbre propio de este último que caracteriza a la *chance*[480].

Por lo anterior, consideramos que la posición mayoritariamente aceptada por el Consejo de Estado, en casos de responsabilidad precontractual, desconoce la esencia del perjuicio por pérdida de oportunidad, toda vez que la indemnización se liquida por el valor de la ventaja esperada, como si dicho beneficio ya hubiera sido adquirido por la víctima, y no se tiene en consideración el valor real de la oportunidad en función de la probabilidad de que, por su medio, se pudiera alcanzar el resultado anhelado.

El reconocimiento de una indemnización inferior a la que correspondería si el derecho a acceder a la utilidad ya se hubiere consolidado mediante la adecuada ejecución del contrato estatal[481] se justifica en que, aún ganando la adjudicación, persiste un elemento de incertidumbre en la posibilidad de finalmente acceder a la ganancia que se espera obtener con la ejecución del acuerdo con la Administración. La celebración de un contrato no garantiza que, incluso con una adecuada ejecución, el contratista obtendrá el 100% de la utilidad calculada en la oferta. Para que se pueda acceder a la totalidad de dicho valor se requerirá no solo cumplir con todas las obligaciones pactadas de manera oportuna, sino que, además, se necesitará de la confluencia de diferentes factores que pueden estar o no en la órbita de control del contratista y de la misma entidad contratante.

---

[479] SALAS PASUY. "La pérdida de oportunidad y la propiedad intelectual: Una mirada desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa". *Op. cit.,* p. 202.

[480] CHABAS. "La pérdida de una oportunidad ('chance') en el derecho francés de la responsabilidad civil". *Op. cit.,* p. 30.

[481] "(…) al distinguirse el daño pérdida de oportunidad de la lesión al beneficio que se esperaba y que puede ser catalogado como el menoscabo final, cabe resaltar que la indemnización de aquél se otorga en menor medida a la reparación que correspondería otorgar con ocasión de éste, puesto que generalmente se reconoce que el cercenamiento de un derecho o de un provecho consolidado se configura en un detrimento de mayor entidad al de una expectativa, lo que no descarta que ésta tenga un valor que deba ser resarcido". PLATA PRINCE. La naturaleza de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños. *Op. cit.,* p. 164.

Incluso, ante la ocurrencia de eventos que determinen un desequilibrio contractual, quien haya efectivamente sido beneficiado con la adjudicación de un contrato estatal podrá ver frustrado el acceso al 100% de la utilidad por cuanto el restablecimiento del equilibrio puede conseguirse hasta el punto de no pérdida[482] y, en consecuencia, no necesariamente se logrará la ganancia que se esperaba obtener con la ejecución. Adicionalmente, con la reforma introducida mediante la Ley 1150 de 2007, por la cual se modificó el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, se eliminó la protección hasta entonces existente sobre las utilidades a favor de los particulares, por lo que ni siquiera ante el rompimiento del equilibrio del contrato el contratista tiene garantizada la obtención de la totalidad de la ganancia esperada.

Más aún, durante la ejecución de los contratos pueden ocurrir eventos o contingencias, que superen el valor que tenía inicialmente calculado el contratista para cubrir los imprevistos, que no sean de tal magnitud que impliquen un desequilibrio contractual y que probablemente deban ser sufragados por el contratista para lograr el objeto pactado a costa de su propia utilidad, habida cuenta que, dependiendo del tipo de contrato, los demás recursos del presupuesto pueden estar destinados al cumplimiento de obligaciones específicas.

En consecuencia, es imposible tener plena certeza de que la adjudicación de un contrato estatal significará para el beneficiario el acceso a la totalidad de la ganancia que calculó en su oferta. Por el contrario, podría decirse que hay una certeza en la incertidumbre de la posibilidad de conseguir el 100% de lo estimado.

Por lo anterior, más allá de las meras consideraciones sobre el esfuerzo o dedicación puestas en la ejecución del contrato, y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no opera el concepto de daño punitivo[483], cabe preguntarse si, ante la existencia

[482] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 5.

[483] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. p. 45.

casi innegable de una incertidumbre en la obtención de un resultado, corresponde una indemnización por el total de una cifra que, aunque posible, no es infalible o si, con la orden de una reparación por el 100% de dicho monto, sin atender elementos que podrían disminuirlo, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de los demandantes de este tipo de casos.

Por lo tanto, para efectos de que la indemnización del daño por pérdida de oportunidad en responsabilidad precontractual y en asuntos contractuales que impidan la ejecución y celebración de contratos nuevos o ya perfeccionados, resulta necesario establecer cuál es el valor de la oportunidad truncada y no solo el valor de la utilidad que se esperaba obtener mediante los acuerdos con la Administración.

De otro lado, la aplicación del criterio según el cual la reparación económica podría reducirse teniendo en consideración solo las probabilidades de ganar la adjudicación y no las de acceder a la ganancia, podría darse en un número muy importante de casos de responsabilidad precontractual, toda vez que los asuntos que llegan a esta instancia suelen ser aquellos en los que el demandante puede probar, o al menos así lo alega, que su oferta era la mejor, en atención a la exigencia de la doble carga probatoria por la cual el Consejo de Estado exige demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, además, que efectivamente la propuesta del demandante era la mejor[484].

Es decir que, aplicando la postura mayoritariamente aceptada para los casos de responsabilidad precontractual, en todas las demandas en las que se cumpla la doble carga de la prueba exigida por el Consejo de Estado los actores tendrían derecho a que se ordenara una indemnización equivalente al 100% de la utilidad esperada. Con ello, se estaría dando por sentado que, con la mera celebración del contrato, el actor iba a recibir la totalidad de la utilidad calculada en la oferta, situación que, como se ha dicho, no

[484] CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 23.048.

corresponde con la realidad de la contratación pública, ni con la naturaleza del perjuicio por pérdida de oportunidad.

Esta misma observación cabe para las posturas aplicadas en los casos de responsabilidad contractual por indebida declaratoria de caducidad, por las cuales se ordenó la indemnización teniendo como base el valor de la utilidad, bien sea del contrato caducado o del histórico de acuerdos contractuales previo a la declaratoria, multiplicada por el número de años que estuvo vigente la inhabilidad para contratar.

En dichas posturas no se consideraron las probabilidades de acceder a la contratación estatal, ni las de obtener las utilidades derivadas de dicha actividad durante el período en que se vio truncada la posibilidad de celebrar contratos estatales. Al igual que ocurre en los casos de responsabilidad precontractual, el Juez no puede tener como totalmente cierto que, de no haberse dado la indebida declaratoria de caducidad por parte de la Administración, el demandante habría de obtener la misma utilidad que esperaba recibir con la ejecución del contrato caducado o la recibida durante su historia como contratista del Estado, durante el período de inhabilidad.

Nuevamente, aplicando estos criterios se ignora el elemento incertidumbre propio de la oportunidad perdida y se da por cierta la obtención de la ventaja esperada que, a pesar de la seriedad del medio que conducía a ella, lleva intrínseca la posibilidad de no ocurrir, o de suceder en menor medida a la calculada por quien alega el daño.

Adicionalmente, la postura mayoritaria de los asuntos de responsabilidad contractual, por la cual se toma como base para la liquidación de la indemnización el 100% del valor de la utilidad que se esperaba recibir con la ejecución del contrato caducado multiplicada por los años de vigencia de la inhabilidad, resulta problemática por cuanto con ello se puede terminar reparando al contratista por encima o por debajo del perjuicio realmente sufrido.

Con lo anterior, se rompe el principio de reparación plena de acuerdo con el cual la medida del resarcimiento está dada por el daño sufrido. Como señala Henao "'se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño' (…) si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin 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"[485].

Al efecto de analizar lo dicho, debe tenerse en consideración que pueden presentarse casos en los que el valor del contrato caducado era excepcional en la historia de contratación del demandante, por tratarse de un valor particularmente alto o bajo en comparación con los acuerdos contractuales estatales regularmente ejecutados por el afectado con la decisión de la Administración. En consecuencia, al tomar solo el valor de la utilidad del contrato caducado podría ordenarse una indemnización que supere o que desconozca las expectativas reales de contratación que tenía el demandante de acuerdo con su historial de contratos ejecutados, situación puede generar condenas que enriquezcan o empobrezcan ilícitamente a los afectados.

Al respecto, vale la pena considerar un ejemplo. Supóngase que un contratista normalmente ejecuta contratos que oscilan entre los 1.000 y 10.000 millones de pesos que le permiten obtener utilidades entre el 5% y el 10%. Es decir que sus utilidades regulares son de unos 1.000 millones en el mejor de los escenarios. No obstante, encuentra la posibilidad de hacerse a una adjudicación de un contrato por 30.000 millones con una utilidad del 5%, es decir, un acuerdo cuya cumplida ejecución le podría significar ganancia de 3.000 millones, evidentemente un suma excepcional de acuerdo con su historial de contratación que nada garantiza que podrá volver a obtener o, al contrario, que nada impide repetir, si se considera que ello le permite mejorar sus estados financieros y su experiencia, pero, de todas maneras, una cifra fuera de sus expectativas regulares de contratación.

[485] HENAO. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. *Op. cit.,* p. 45.

En un caso como el planteado es claro que una reparación por la injusta declaratoria desierta del contrato cuyo monto es excepcional en la historia contractual del demandante equivalente al 100% de la utilidad de dicho acuerdo multiplicada por 5, siendo este el factor utilizado por el Consejo de Estado colombiano atendiendo el número de años que dura la inhabilidad por caducidad, terminaría por constituir un enriquecimiento ilícito a favor del demandante, pues nada garantiza que en el futuro hubiera corrido con la misma suerte de alcanzar la adjudicación de contratos por valores extraordinariamente altos en comparación con los que solía suscribir.

Teniendo en cuenta que, como señala Gravellier, "la pérdida de oportunidad no constituye una excepción al principio de la reparación integral"[486] toda indemnización de la *chance* que no tenga en consideración los elementos de valoración de la oportunidad y pretenda reparar por un valor que exceda el monto real de la posibilidad truncada será contraria a dicho principio, por lo que se considera necesario que el Consejo de Estado revise la postura mayoritaria por la que la reparación se ordena por el 100% de la utilidad del contrato no adjudicado o del acuerdo caducado multiplicado por cinco.

1.3.2. Sobre el monto de indemnización determinado mediante las posturas alternativas.

En contraposición a las posturas por las que se ordena reparar por un valor igual la utilidad esperada se encuentran las posiciones alternativas en las que el Consejo de Estado colombiano decidió liquidar la indemnización del perjuicio de acuerdo con el cálculo de probabilidad de acceder a la utilidad y no solo a la celebración de contratos. Así, en las Sentencias de responsabilidad precontractual en las que se consideraron las probabilidades de acceder a la utilidad, se tuvieron en cuenta elementos propios de la ejecución del contrato estatal para ordenar indemnizaciones por montos inferiores al de la ganancia esperada por los demandantes al momento de presentar la oferta o de celebrar el contrato.

[486] GRAVELLIER. La réparation du préjudice de perte de chance. *Op. cit.,* p. 54.

Salvo en caso de la Sentencia 11.344 de 1999, en la que el descuento en la reparación, equivalente al 50% de la ganancia esperada, se hizo bajo la premisa de que el demandante no podía recibir sino la mitad de la utilidad por no haber puesto su esfuerzo y trabajo en la ejecución; en las otras tres Providencias de responsabilidad precontractual[487] en las que se tuvieron en cuenta las posibilidades de acceder a la utilidad se consideraron elementos relacionados con las circunstancias propias de la ejecución de los contratos frustrados y de los demandantes.

Por su parte, en los casos de responsabilidad contractual, en una de las posturas alternativas se consideraron las probabilidades que tenía el demandante de recibir ganancias como consecuencia de la actividad propia de la contratación estatal durante el período de inhabilidad. En estas Providencias[488], el Consejo de Estado estableció unos parámetros para calcular tanto las probabilidades de que en dicho término el demandante hubiera podido celebrar contratos por un valor similar a los suscritos en los cinco años previos a la declaratoria de caducidad, así como las probabilidades de obtener utilidades en una proporción similar a las recibidas en el mismo período de inhabilidad.

La anterior postura resulta un desarrollo positivo dado que con ella se supera la limitación de las posiciones mayoritarias y de algunas alternativas por las cuales solo se analizan las probabilidades de celebrar acuerdos contractuales. Sin embargo, la aplicación de los parámetros en los términos indicados por el Consejo de Estado puede generar resultados distintos en casos similares. Ello, toda vez que se permite que el Tribunal que resuelva el incidente, y en últimas los peritos, definan cuál será el método estadístico más adecuado para "proyectar" el monto de los contratos estatales que podría haber celebrado el demandante durante el tiempo que duró la inhabilidad, así como el método para calcular

[487] CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525. CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967. CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

[488] CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 24.559. CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 30.257. CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 54.677.

la probabilidad de obtener las utilidades que se hubieren hallado según el histórico de contratación.

Esta falta de claridad en los parámetros para la determinación del valor de la oportunidad perdida puede implicar para los demandantes que los jueces hagan interpretaciones diversas de lo dicho por el Consejo de Estado o que precisen de la ayuda de un perito para establecer dicho resultado, con las consecuentes demoras para el pago final de las indemnizaciones y la generación de intereses a favor del demandante y en contra del erario.

Por último, llama la atención que en la más reciente Sentencia[489] proferida por el Consejo de Estado en la que empleó la doctrina de la *chance*, la Corporación reconoció que, a pesar del error de haber incluido en el dictamen contratos de carácter privado, la perito actuó correctamente al incluir en el cálculo de la utilidad anual promedio obtenida por el actor tanto los años en los que este reportó ganancias como aquellos en los que reportó perdidas.

A pesar de lo anterior, al calcular la indemnización, el máximo Tribunal omitió las pérdidas registradas por el actor en sus estados financieros, por lo que esta decisión contiene una evidente contradicción que resulta particularmente grave si se tiene en cuenta que había prueba de que el demandante registraba pérdidas operacionales en sus estados financieros en los tres años anteriores a la declaratoria de caducidad.

En contraste, si en el caso anterior el Consejo de Estado hubiera hecho un análisis de probabilidades, considerando las pérdidas registradas por el actor en los estados financieros, habría evidenciado que era menor la posibilidad de recibir una utilidad similar a la recibida en los cinco años anteriores a la declaratoria de caducidad durante el período de inhabilidad y, por lo tanto, el monto de la indemnización habría sido inferior. Al respecto, vale la pena tener en consideración no solo el elemento estadístico según el cual

[489] CONSEJO DE ESTADO. 5 de marzo de 2021. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249.

es claro que el contratista venía perdiendo utilidades operacionales sino, además, el hecho de que dicho elemento en rojo en sus estados financieros le implicaba una reducción significativa de la posibilidad de resultar habilitado en procesos de contratación en los que, seguramente, en otras ocasiones habría podido participar dada la experiencia acumulada. En consecuencia, la contradicción de la Sala dio como resultado una reparación por encima del monto real de las posibilidades del demandante de volver a contratar y, por lo tanto, por encima del perjuicio, lo que constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de este.

A pesar del error, y aunque en esta Sentencia no se analizaron las probabilidades de que el demandante hubiera obtenido durante el tiempo de inhabilidad una utilidad similar a la recibida en el período anterior a la declaratoria de caducidad, esta última Providencia constituye un avance en dos sentidos. Por un lado, al reconocer que en la estimación del perjuicio deberán tenerse en cuenta tanto los resultados positivos como los negativos de la ejecución de contratos estatales y, por el otro, al permitir nuevos elementos probatorios que pueden ser tenidos en cuenta por parte de jueces y apoderados para estimar u objetar el monto del perjuicio reclamado.

2. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL

Dadas las observaciones efectuadas en la primera parte de este capítulo respecto de la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en sede jurisprudencial, y con fundamento en la doctrina estudiada a lo largo de este trabajo, a continuación, se presentan varias propuestas de ajuste o mejora, con el propósito de superar los aspectos que fueron señalados como disonantes de una aplicación de la doctrina de la *chance* considerada como daño autónomo tal como ocurre en la jurisprudencia colombiana.

2.1. Respecto de la verificación de las condiciones de existencia del daño.

Para efectos de verificar la existencia del daño que pueda ser considerado como propio de la teoría de la *chance* se propone, en primer lugar, eliminar la distinción que actualmente hace el Consejo de Estado respecto de los elementos certeza y pérdida definitiva de la oportunidad y reunir estos dos en uno solo en el que se analice la certeza sobre la imposibilidad definitiva para la víctima de alcanzar la ventaja.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que en la conceptualización actual dada por el Consejo de Estado a la seriedad de la oportunidad se estaría analizando en realidad lo que compete al elemento de certeza, se sugiere recuperar lo señalado en la Sentencia 18.593 del 11 de agosto de 2010, respecto de la verificación de que la víctima se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Es decir, se propone que en el elemento denominado "seriedad" se analice si la oportunidad perdida era efectivamente seria y no si era cierta. Por ello, en este elemento deberá demostrarse que, para el momento en el cual ocurrió el hecho dañino, el demandante realmente se hallaba en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el beneficio esperado, por lo que se trataba de una expectativa legítima de lograr su cometido y que no estaba en una situación meramente quimérica.

El estudio de dicho requisito hace parte de la existencia misma de la oportunidad, pues la frustración de esta no constituirá un daño cuando se compruebe que el demandante no estaba en circunstancias aptas para obtener el resultado, incluso de no haberse dado el ilícito. En tal situación no se estaría ante una *chance* que constituya un daño indemnizable, sino simplemente ante una mera ilusión de quien se cree afectado por la actuación indebida de la Administración que no debe ser reparada por falta de

seriedad y, en consecuencia, no sería necesario continuar con el estudio de la responsabilidad extracontractual.

En concordancia con la consideración del daño por pérdida de oportunidad como un daño autónomo, se propone que el estudio de las condiciones particulares del actor respecto de la *chance,* no sea trasladado a la causalidad, sino que su estudio se realice en el momento en que se analizan los demás elementos de este tipo de perjuicio, pues este aspecto permite establecer si, en el caso concreto, la oportunidad frustrada era conducente para obtener la ventaja y, por tanto, si su truncamiento constituyó un daño antijurídico.

Así las cosas, para verificar la existencia del daño por concepto de la oportunidad perdida se tendrían que estudiar tres elementos, a saber: (i) seriedad de la oportunidad, mediante la verificación de la situación particular de la víctima que hacía que esta estuviera en una circunstancia potencialmente apta para alcanzar la ventaja esperada (ii) incertidumbre sobre la realización del resultado final y (iii) certeza sobre la pérdida definitiva de la oportunidad.

Adicionalmente, en el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado por pérdida de la oportunidad se deberá analizar la existencia del vínculo causal, de acuerdo con la consideración de que este es necesario para la configuración de dicho tipo de responsabilidad y de que estamos ante un tipo de daño autónomo. En consecuencia, la víctima deberá demostrar al juez que, en efecto, perdió la oportunidad de obtener una ventaja, o de impedir un menoscabo, como consecuencia de la actuación u omisión que se alega como causante del perjuicio.

Por lo anterior, respecto de los elementos de prueba para determinar la seriedad de la posibilidad truncada, en casos de responsabilidad precontractual, se propone que se requiera al demandante aportar evidencia que permita concluir que, dadas sus condiciones particulares, tenía la facultad y capacidad de convertir la posibilidad en un resultado exitoso. Es decir que, atendiendo a sus circunstancias individuales tenía altas

probabilidades de ejecutar el contrato exitosamente, por lo que se hubiera podido hacer acreedor de la utilidad que había calculado en la oferta presentada en el proceso de contratación.

En consecuencia, para determinar de manera integral la existencia de la probabilidad truncada se propone establecer una triple carga probatoria en cabeza del demandado, consistente en acreditar, como hoy se exige, que la Administración cometió un ilícito declarando desierto el proceso de contratación o adjudicándolo a otro proponente por cuanto la propuesta presentada por el actor debía ser la ganadora de la adjudicación, y, además, que dadas sus condiciones particulares habría logrado obtener la utilidad esperada, si hubiera podido ejecutar el contrato.

En casos de responsabilidad contractual relacionados con la indebida caducidad, el demandante también debería probar que, dadas sus circunstancias particulares, de no haber entrado en vigencia la inhabilidad para contratar habría podido no solo celebrar contratos con el Estado durante el tiempo que estuvo vigente la limitación, sino, además, que mediante la ejecución de éstos habría logrado obtener beneficios económicos.

Para efectos de probar sus circunstancias especiales, los demandantes podrán valerse, por ejemplo, de los documentos que permitan acreditar cuántos contratos estatales suscribieron y ejecutaron exitosamente con anterioridad al ilícito de la Administración, así como el cumplimiento de los mismos, el valor finalmente pagado por concepto de utilidad derivada de la ejecución de dichos acuerdos, no haber sido objeto de multas o sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales, así como todos aquellos elementos probatorios que permitan al Juez concluir que se encuentra ante un contratista serio de la Administración que, de haber podido celebrar el acuerdo que no le fue adjudicado o de no estar limitado para contratar por la inhabilidad, habría tenido altas probabilidades de obtener utilidades como consecuencia de la ejecución de dichos contratos.

2.2. Respecto del concepto del perjuicio.

La diferencia sustancial entre los conceptos de lucro cesante y pérdida de oportunidad estriba en la certeza respecto de la utilidad. Es decir, una cosa es no percibir una ganancia, a la cual su titular tenía derecho, y otra es verse desprovisto de la posibilidad de obtener una utilidad, sin aún tener derecho a ello, por ejemplo, por no haber podido ejecutar un contrato.

Esta diferenciación en los conceptos de lucro cesante y pérdida de la oportunidad debería ser reconocida expresamente en las Sentencias de responsabilidad precontractual y contractual con efectos en las posibilidades de celebrar contratos con la Administración, mediante la aplicación de los dos criterios de manera clara.

En virtud de lo anterior, en aquellos casos donde lo frustrado sea la posibilidad de celebrar y ejecutar contratos estatales, el Consejo de Estado debería reconocer que el perjuicio consiste en el truncamiento de una oportunidad de obtener una ganancia a través de la ejecución de acuerdos, mas no radica en la pérdida de la utilidad *per se* por cuanto, como consecuencia del hecho dañino, el demandante pierde la opción de poner su actividad al servicio de la adquisición del derecho de hacerse acreedor a la utilidad, el cual se adquiere con el cumplimiento de las obligaciones del contrato y no con su mera celebración y perfeccionamiento.

Como se vio en la parte antecedente, esta distinción no es meramente teórica, sino que tiene repercusiones en la forma de calcular el monto de la indemnización por cuanto el perjuicio en sí mismo es distinto. Por esta razón, una interpretación consistente con la consideración de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, como la que sostiene actualmente el Consejo de Estado, debe ser coherente con la diferenciación entre este tipo de daño de aquel que surge por concepto de lucro cesante, el cual difiere en el objeto mismo de la afectación y por tanto su medida de reparación debería ser distinta, como se ha venido señalando.

En los casos de responsabilidad precontractual en los cuales por una indebida actuación de la Administración se impida a las víctimas ejecutar contratos estatales para alcanzar con ello una utilidad económica, lo prematuro de la etapa hace imposible saber con certeza si el contratista iba o no a alcanzar la utilidad; existe entonces una incertidumbre en la producción del resultado que hace necesaria la aplicación de la teoría de la *chance* para reparar a la víctima.

A diferencia de los casos de responsabilidad precontractual, en los asuntos contractuales por indebida declaratoria de caducidad la ejecución del contrato ya ha iniciado y gracias a ello es posible determinar en el proceso judicial con un mayor grado de certeza si la víctima habría podido o no acceder a la utilidad de habérsele permitido continuar con la ejecución. En estos casos, habría, por lo menos, un doble tipo de perjuicio, el que corresponde al lucro cesante y la pérdida de oportunidad, sin perjuicio de que incluso pueda demostrarse un daño emergente u otro tipo de perjuicios.

Por una parte, estaría el perjuicio que corresponde al lucro cesante por cuenta de la utilidad que habría podido ciertamente adquirir la víctima si se le hubiera permitido culminar con el cumplimiento del objeto y las obligaciones acordadas, cuya indemnización ciertamente debería corresponder al valor total de la utilidad no reconocida al demandante por cuenta de la terminación del contrato, consecuencia de la declaratoria de la caducidad administrativa.

Por otra parte, estaría el perjuicio que corresponde a la *chance* de que, en el futuro, la víctima de la decisión ilícita de la Administración pueda celebrar y ejecutar contratos con esta y, a través de ellos, acceder a una ganancia. Es claro que sobre esta situación no hay más que incertidumbres, pues resulta imposible determinar si ello habría de ocurrir, en la medida en que la producción de dicho resultado está marcada por el alea propio de las adjudicaciones de los procesos públicos de selección de contratistas y, además, por la falta de certeza sobre si, de haber podido suscribir contratos estatales,

estos habrían significado para la víctima la posibilidad de acceder a una utilidad económica.

Respecto de lo anterior, debe tenerse en consideración que la suscripción de futuros contratos estatales depende, no solo de que la Administración convoque en el futuro procesos de selección a los que pueda participar el contratista, sino, además, de que este se encuentre en condiciones que le permitan volver a ganar las adjudicaciones o a celebrar los acuerdos directamente, situación que resulta imposible de determinar en grado absoluto de certeza, pero que, en todo caso, podría ser objeto de valoración si se analiza la situación anterior de la víctima para establecer el grado de probabilidad de volver a ser contratista y obtener utilidad a través de ese medio, se lleva a cabo un ejercicio de revisión estadística por el cual se tomen en consideración elementos que pueden servir de prueba como el histórico de contratación, las utilidades recibidas por dicho concepto, utilidades operacionales registradas en los estados financieros, declaraciones de impuestos como el de renta y complementarios, etc.; elementos estos que, pueden igualmente servir cuando se estén decidiendo casos de responsabilidad precontractual para determinar cuáles eran las probabilidades de obtener la utilidad calculada en la oferta indebidamente rechazada.

En consecuencia, en los casos de responsabilidad contractual con impacto en el ámbito precontractual estamos ante varios tipos de perjuicio que pueden ser reconocidos de manera autónoma en este tipo de asuntos:

Uno es el daño causado por la abrupta terminación del contrato estatal que impide continuar su ejecución y que, dado que esta ya había iniciado su éxito y que es demostrable que por su medio se hubiera podido alcanzar una utilidad. Por tanto, estamos ante una situación carente de incertidumbre que nos presenta un perjuicio por concepto de lucro cesante si es dable probar que, de no haber sido por la actuación indebida de la Administración, la víctima sí habría resultado acreedora de la

utilidad por cuanto había ya iniciado el proceso de cumplimiento del contrato que le daba derecho a ello.

Otro perjuicio, independiente y autónomo, es el perjuicio por pérdida de oportunidad que surge por la inhabilidad que recae en cabeza del contratista, y sus socios si es del caso, como consecuencia de la declaratoria de caducidad administrativa, por la cual al afectado con la decisión ilegal de la Administración le es imposible volver a celebrar acuerdos con esta por un período de cinco años. En este perjuicio en particular lo que se tiene es la pérdida de la posibilidad de celebrar contratos estatales mas no la pérdida directa de una utilidad toda vez que esta depende no solo de la celebración de dichos acuerdos sino, además, de su adecuada ejecución, por lo que aquí sí estamos ante un resultado frustrado que no se sabe si se va a conseguir o no[490].

Adicionalmente, en este tipo de casos es posible que se presenten igualmente perjuicios de daño emergente si la Administración no remunera debidamente a la víctima la totalidad de los costos y gastos de acuerdo con la liquidación o, incluso, si el afectado no está de acuerdo con lo señalada en dicho documento.

En consecuencia, se propone que el Consejo de Estado defina que, si se priva a un particular de la posibilidad de acceder a utilidades gracias a la ejecución de contratos estatales, por cuenta de una decisión ilegal proferida por la Administración, el perjuicio causado por el surgimiento de la inhabilidad para celebrar nuevos acuerdos contractuales con el Estado corresponde al de pérdida de oportunidad de obtener una ganancia y no al lucro cesante, de ser así, establecer que para fijar la medida de dicho perjuicio deberán analizarse elementos que permitan determinar cuál era el grado de probabilidades de acceder a nuevos contratos que pudieran servir para la obtención de ganancias por parte del afectado con la indebida declaratoria de caducidad.

[490] GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana. En : Revista de Derecho Privado 41 (2021). p. 231. Disponible en https://doi.org/https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08.

2.3. Respecto de la medida del perjuicio.

El beneficio final esperado por quien tiene la expectativa de celebrar y ejecutar contratos es adquirir una ganancia. Por ello, a la hora de determinar la indemnización de los daños producidos por la frustración de la oportunidad de acceder a la utilidad derivada de la ejecución de contratos estatales, hay que considerar que el perfeccionamiento del acuerdo contractual no garantiza al contratista el derecho de recibir la ganancia calculada y que este solo se adquiere si se logra el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales.

En consecuencia, la medida de la reparación del daño por la pérdida de la oportunidad de celebrar y ejecutar contratos estatales está determinada por la probabilidad que tenía la víctima de la decisión ilícita de la Administración de obtener la utilidad y no solamente por la posibilidad que tenía de celebrar dichos acuerdos contractuales.

En virtud de lo anterior, tanto para los casos de responsabilidad precontractual por la indebida adjudicación o declaratoria desierta de procesos de contratación públicos como para aquellos propios de la responsabilidad contractual por declaratoria ilegal de caducidad, se propone que para definir el monto de la indemnización los jueces evalúen las probabilidades de acceder a la utilidad esperada a través de un método estadístico por el cual se revise el histórico de contratación de los demandantes.

Al respecto, conviene tener en cuenta que tanto autores que tienen la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación causal, como quienes la consideran un daño autónomo, estiman pertinente el uso de métodos estadísticos para establecer la medida del perjuicio.

Así, por ejemplo, Luis Felipe Giraldo considera:

> Para satisfacer esta carga, el demandante debe aportar pruebas tendientes a demostrar no solo la existencia de la posibilidad de obtener un resultado –curarse, sobrevivir, ganar un proceso judicial, una carrera, un concurso–, sino también el grado de probabilidad de ocurrencia de ese evento según las circunstancias particulares del caso. En este punto resulta indispensable acudir a la estadística con el ánimo de hacer una aproximación probabilística de lo que habría podido suceder en caso de no haberse truncado la oportunidad que tenía en su patrimonio. El uso de la estadística en este punto no tiene como función establecer la causalidad o autoría del daño, sino servir de instrumento aproximativo y teórico para establecer el porcentaje de probabilidad de obtención del resultado que le fue arrebatado a la víctima de este daño[491].

Así mismo, Jaqués Boré, citado por Maxime Grevellier, respecto de la evaluación del perjuicio, indicó que "el método estadístico aporta a la presunción del hombre un contenido científico que disminuye la arbitrariedad y refuerza considerablemente su valor; es más bien el apoyo del juez que no pretende basarse en simples impresiones"[492].

Para este propósito, es necesario preguntarse si es posible que, para hacer la proyección de la celebración de contratos y de las utilidades derivadas de éstos, el Consejo de Estado pueda determinar claramente cuál será el método para obtener dicha probabilidad. Sin embargo, teniendo en consideración que el cálculo de probabilidades es un tema complejo que depende de múltiples y diversas variables, no parece posible la definición de una fórmula única que resuelva todos los casos[493].

No obstante, dado que, como hasta aquí se ha visto, los asuntos relacionados con la posibilidad de celebrar contratos con el Estado presentan ciertas similitudes, podría acudirse a estas para establecer unos criterios mínimos que sirvan para hallar la probabilidad de que el demandante efectivamente hubiera alcanzado la utilidad de no

---

[491] Ibid., p. 231.

[492] GRAVELLIER. La réparation du préjudice de perte de chance. *Op. cit.,* p. 51.

[493] "(…) esta búsqueda del porcentaje de probabilidad perdida no puede ser entendida como una invitación a utilizar modelos de la lógica matemática tales como el teorema de Laplace, la probabilidad frecuencial o el teorema bayesiano, como sugestivamente se ha planteado por parte de la jurisprudencia. El proceso judicial no es el escenario idóneo para hacer este tipo de análisis, por lo cual esto debe ser tomado como un llamado al demandante para cumplir con su carga de aportar elementos estadísticos previamente establecidos haciendo uso de cualquier medio de prueba". GIRALDO GÓMEZ. "El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana". *Op. cit.,* p. 231.

haber sido por la intervención ilegal de la Administración, sin perjuicio de la evaluación que de cada caso en concreto deberá hacerse para determinar la pertinencia de los elementos que aquí se proponen y de la posibilidad de integrar otros atendiendo las circunstancias particulares del litigio.

Así, por ejemplo, de forma parecida a cómo se hizo en algunas Sentencias con posturas alternativas, para el cálculo de la probabilidad de obtener una ganancia por la ejecución del contrato que no le fue adjudicado al demandante, a pesar de tener derecho a ello, creemos que los jueces podrían tener en consideración los siguientes parámetros:

a. Establecer el porcentaje de utilidad recibida por el demandante gracias a la ejecución de cada uno de los contratos estatales dentro de los cinco años anteriores al acto ilícito de la Administración, cuyos objetos sean similares a aquel cuya adjudicación le fue negada, teniendo en cuenta si suscribió individualmente el acuerdo o si lo hizo como parte de una figura plural de participación, ya sea consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, caso en el cual se deberá tener en cuenta solo la parte que le corresponda según el porcentaje de participación.

b. Establecer el valor porcentual de la utilidad recibida por la ejecución de cada uno de los contratos considerados en el literal a.

c. Multiplicar el porcentaje promedio de la utilidad obtenido en el literal b por el valor total del contrato cuya ejecución le fue privada al demandante, siendo este el monto de la reparación.

Los parámetros así señalados parten del entendimiento de que no es suficiente el valor de la utilidad incluido en la propuesta de la víctima para determinar el monto del perjuicio toda vez que para que este sea medido de acuerdo con las posibilidades reales de acceder a la ventaja final por medio de la ejecución, se requiere establecer cuáles eran las probabilidades de que así fuera, situación que no se analiza cuando se tiene en cuenta el

valor de la utilidad calculada en la propuesta sin hacer un verdadero análisis de las posibilidades de acceder a ella.

Con el valor finalmente obtenido en el literal c se están teniendo en cuenta las utilidades que el demandante efectivamente logró conseguir gracias a los contratos estatales ejecutados en los últimos cinco años, tiempo este que permite vislumbrar si se está ante un contratista que regularmente obtenía la totalidad de las utilidades calculadas o solo un porcentaje de ellas, siendo entonces este el valor que probablemente habría de obtener con la ejecución del contrato que le fue privada. Por ello, se tienen en cuenta acuerdos con riesgos parecidos y se establece que deberán tenerse en cuenta contratos con objetos similares, toda vez que, por ejemplo, no es lo mismo el riesgo de construir una obra pública que el de hacerle mantenimiento.

Al respecto, se considera que es más preciso obtener el valor porcentual de la utilidad por cada contrato ejecutado y no simplemente el valor que resulta de la acumulación de todas las utilidades dividida por el monto total pactado. Para comprobar lo aquí señalado se propone el siguiente ejemplo:

Un demandante ejecutó 7 contratos estatales por un valor total de $500 durante cinco años, gracias a los cuales recibió $28 de utilidad. Si solo se hiciera una división del monto total de dichos acuerdos sobre el valor finalmente recibido como ganancia, se tendría una utilidad del 6% sobre el total de los contratos. Sin embargo, el valor así obtenido no es exacto, por cuanto no tiene en consideración que no necesariamente en todos los acuerdos contractuales se obtiene el mismo porcentaje de utilidad. Para el efecto, en la siguiente tabla se proponen valores aleatorios que muestran como la diferencia en dichos porcentajes puede modificar el resultado final del promedio de utilidad:

Valor total del contrato	Valor utilidad recibida	% de utilidad recibida
$70	$4	5,71%
$50	$3	6,00%
$60	$4	6,67%

$80	$3	3,75%
$100	$6	6,00%
$50	$3	6,00%
$90	$5	5,56%
$500	**$28**	**5,67%**
		Utilidad promedio recibida

Con esta propuesta, se supera la dificultad que plantea la postura mayoritaria del Consejo de Estado para la indemnización de asuntos de pérdida de oportunidad en responsabilidad precontractual por la que se asume que la no adjudicación del contrato es mérito suficiente para otorgar al demandante el 100% de la utilidad que esperaba ganar con la ejecución del acuerdo. En su lugar, con estos parámetros se toma en consideración la actividad del mismo demandante para estimar cuál sería la utilidad que probablemente podría obtener, tratándose de un contrato con objeto similar a aquellos que ya ha ejecutado.

Así mismo, para el cálculo de la probabilidad de obtener utilidades durante el tiempo en que estuvo vigente la inhabilidad por la indebida declaratoria de caducidad de un contrato estatal, se propone que los jueces podrían tener en consideración los siguientes parámetros:

a. Establecer el valor anual de la utilidad recibida por el demandante gracias a la ejecución de contratos estatales dentro de los cinco años anteriores al acto ilícito de la Administración, de acuerdo con la participación del actor, esto es si suscribió los contratos individualmente o a través de una figura plural, ya sea consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, caso en el cual se tendrá en cuenta el porcentaje de participación que le corresponda.

b. A las sumas anuales de utilidad obtenidas en el literal a, aplicar la fórmula de indexación a fin de actualizar a valor presente dichos montos.

c. La sumatoria de los valores obtenidos en el literal b, será el monto de la reparación.

En este caso, no se establece que los contratos a considerar deberán ser aquellos con objetos relacionados con el acuerdo contractual caducado, teniendo en cuenta que la inhabilidad impide al demandante la celebración de todo tipo de contratos con el Estado.

Estos parámetros, tienen en consideración elementos que fueron incluidos en las posturas alternativas para indemnizar la oportunidad perdida por indebida declaratoria de caducidad, especialmente en lo relacionado con el histórico de contratación, y permiten superar las dificultades que se plantearon respecto de la fórmula mayoritariamente aceptada por el Consejo de Estado en la que se toma en cuenta solo el valor de la utilidad del contrato caducado. Para demostrarlo, se propone el siguiente ejemplo:

La utilidad esperada del valor del contrato caducado indebidamente por la Administración al demandante era por $118. Sin embargo, este acuerdo superaba en un 28% la ganancia promedio recibida por el actor en los últimos cinco años gracias a la ejecución de contratos estatales. En consecuencia, de aplicarse la postura mayoritaria, se estaría remunerando muy por encima el valor de la oportunidad que tenía el demandante de contratar en el futuro, teniendo en consideración sus promedios históricos.

Monto total de los contratos estatales ejecutados en 5 años	**Utilidad recibida**
$300	$25
$200	$10
$200	$8
$250	$7
$300	$12
$200	$11
$900	$45
$2.350	**$118**
Promedio U en 5 años	**$17**
Promedio * 5 años (Sin actualizar)	$84
Aplicando la postura mayoritaria ($45*5)	**$225**

Es claro que no en todos los casos podrán obtenerse los valores de la utilidad recibida por el contratista. Sin embargo, dado que esta es información que actualmente obra en sistemas de información públicos como el SECOP, se propone que los Jueces utilicen estas herramientas para determinar lo aquí señalado, para lo cual podrán recurrir a peritos que les ayuden en esta labor, sin necesidad de ordenar condenas en abstracto que obliguen al afectado a abrir un trámite incidental que dilate aún más la reparación que le es debida.

Igualmente, tal información podría servir para efectos de la defensa del Estado, cuyos apoderados podrían valerse de los recursos disponibles en los registros públicos para evaluar si efectivamente el demandante tenía o no probabilidades serias de obtener la utilidad esperada o no y si lo aportado por este es verídico.

Ahora bien, tratándose de un demandante que por primera vez celebraba contratos con la Administración los valores aquí señalados podrían obtenerse de acuerdo con el histórico de contratos con objetos iguales o similares celebrados por la entidad demandada. No obstante, dado que con esto no es posible tener en consideración las condiciones particulares del afectado, en aplicación del principio de buena fe, y ante la ausencia de elementos de comparación de su propia actividad contractual, podría presumirse que el demandante habría de obtener el 100% de la utilidad señalada en la oferta presentada a la Administración.

Con los parámetros aquí propuestos para calcular una reparación que tenga en cuenta la probabilidad de obtener la utilidad, se tienen en consideración las condiciones particulares del demandante respecto de su propia actividad contractual, con la esperanza de que, a través de estos, se reduzca la posibilidad de ordenar condenas que terminen por enriquecer o empobrecer injustamente a los actores, sin necesidad de acudir a otros elementos que complejicen de tal manera el cálculo que impidan la materialización de los principios de seguridad jurídica y de igualdad.

CONCLUSIONES

La consideración de la oportunidad perdida como un daño autónomo implica la acreditación de los elementos establecidos por la jurisprudencia para verificar la existencia del daño mismo. De lo contrario, no podría reputarse la existencia del daño y, por consiguiente, no habría lugar a la declaración de responsabilidad de la Administración.

El Consejo de Estado incluye el análisis de dos atributos distintos de la *chance* en el elemento de certeza de la pérdida de la oportunidad. Por un lado, lo relativo a la seriedad y, por otro lado, lo relacionado con la pérdida definitiva de la posibilidad. Dado que este último hace parte de otro elemento que es considerado por la Corporación como independiente de la certeza, esta situación podría llevar a equívocos, por lo que se evidencia la necesidad de revisar la conceptualización de los elementos de la aplicación de la teoría.

El análisis de la existencia de una oportunidad perdida como daño indemnizable requiere revisar las condiciones de seriedad de la posibilidad truncada. En consecuencia, quien se considera afectado por un hecho dañino de la Administración deberá demostrar que realmente estaba en posición de concretar el resultado esperado a través de la oportunidad que le fue truncada. De encontrarse que quien alega el daño realmente no tenía cómo lograr el resultado a través de la oportunidad no se estará ante nada más que una esperanza lejana que no tiene por qué ser reparada.

Trasladar al análisis de causalidad el estudio de las condiciones que hacen potencialmente apto al demandante para pretender la consecución del resultado esperado implica modificar el objeto del análisis y, de paso, desconocer el carácter de daño autónomo que se le ha otorgado a la *chance*.

Aunque se ha progresado en la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad, entendida como un daño autónomo, es necesario profundizar en el desarrollo

jurisprudencial que permita alcanzar una coherencia mayor en los casos relacionados con la responsabilidad precontractual y contractual ligada a las posibilidades de contratar con el Estado.

Confundir el análisis de las condiciones del demandante en relación con la oportunidad, con el estudio de la vocación de la actuación de la administración para provocar la destrucción de la oportunidad es un error, por cuanto lo primero hace parte del estudio de la existencia misma del perjuicio, mientras que, lo segundo, corresponde a análisis de causalidad.

La doble carga probatoria actualmente impuesta al demandado resulta insuficiente para determinar la seriedad de la posibilidad truncada. Se requiere que, además de la prueba del ilícito de la Administración y de la evidencia de que se había presentado la mejor propuesta, el demandante aporte elementos probatorios que permitan establecer que contaba realmente con probabilidades importantes de cumplir con las obligaciones emanadas del contrato exitosamente, de modo que hubiera podido hacerse acreedor de la utilidad que esperaba obtener y no que, de haber ganado el contrato habría fracasado estrepitosamente en la ejecución.

La dubitación en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del tipo de perjuicio derivado de la imposibilidad de celebrar contratos con el Estado por una actuación ilícita por parte de este desconoce la persistencia del elemento de incertidumbre latente en este tipo de casos, por el cual no se puede afirmar si, de haber tenido la posibilidad de ejecutar el contrato se habría podido acceder a la ganancia que se espera obtener.

El otorgamiento de consecuencias iguales a dos perjuicios distintos desdibuja la necesidad de clasificarlos. A pesar de ello, dicha necesidad se hace evidente cuando se considera que no es lo mismo perder una utilidad que ya estaba en cabeza de la víctima que simplemente no hacerse con la posibilidad de tomar acciones para convertirse en acreedor de tal ganancia.

La diferencia entre los supuestos de hecho del lucro cesante y la pérdida de la oportunidad debe ser considerada y medida con parámetros independientes que permitan reparar en justa forma cada tipo de perjuicio.

La distancia entre los perjuicios de lucro cesante y pérdida de oportunidad se revela cuando se calcula el monto de la reparación. No es lo mismo reparar la no obtención de una ganancia que ya se tiene como cierta, que el rompimiento de una situación que era potencialmente apta para obtener dicha ganancia.

Aún habiéndose perfeccionado el contrato estatal, persiste un elemento de incertidumbre en la posibilidad de finalmente acceder a la ganancia que se espera obtener con la ejecución que debe ser tenido en cuenta a la hora de medir el perjuicio y calcular el monto de la reparación.

Al analizar la responsabilidad por la frustración de la oportunidad de acceder a una utilidad económica por no poder ejecutar contratos estatales, deberán tenerse en cuenta cuáles eran las circunstancias particulares del demandante cuando tal posibilidad no le fue truncada y, por el contrario, tuvo la oportunidad de poner en acción su capacidad para obtener lo que esperaba. Para ello, se propone acudir a elementos probatorios que permitan al juez acceder a la información que le muestre cómo se comportaba el demandante cuando tuvo la oportunidad de ser contratista y, mediante estos, podrá tener una visión más certera y medible de cuál era el grado de probabilidad de acceder a la utilidad mediante la posibilidad truncada, con lo cual se disminuye el riesgo de ordenar indemnización que estén por encima o por debajo del perjuicio realmente causado y se cumple el principio de la reparación integral.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo analizado a lo largo de este trabajo de investigación, el Consejo de Estado colombiano no ha aplicado de manera uniforme la teoría de la *chance* en asuntos responsabilidad precontractual y contractual que implican para las víctimas una limitación en las posibilidades de celebrar y ejecutar contratos con el Estado.

Del análisis de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se evidenció que en varios aspectos la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad no ha sido completamente consistente con la consideración de esta como daño autónomo. Dentro de este marco, se identificó que (i) la definición de uno de los requisitos de aplicación de la teoría no concuerda con lo conceptualizado por la doctrina, (ii) se ha utilizado tanto el concepto de lucro cesante como el de pérdida de oportunidad para el mismo tipo de daños con iguales consecuencias respecto de la reparación y, (iii) en casos similares, se han empleado criterios diversos para determinar el monto de la indemnización.

El punto de partida para un adecuado análisis de la coherencia en la aplicación de la doctrina de la oportunidad es la ubicación de la naturaleza de esta teoría, bien como un daño autónomo o bien como un mecanismo de facilitación causal. Al inicio de este trabajo, se mostró la división entre la doctrina sobre este aspecto y cómo el Consejo de Estado colombiano ha respaldado la postura según la cual la *chance* es un daño con entidad propia.

De acuerdo lo analizado a lo largo de esta investigación, la concepción de la oportunidad truncada como un daño autónomo tiene varias consecuencias. La primera, es que tal consideración demanda la acreditación de los elementos que permitan reputar la

existencia de la oportunidad y su truncamiento para que haya lugar a la declaración de responsabilidad de la Administración.

Como se mostró en el capítulo en el cual se analizaron los requisitos de aplicación de la teoría de la oportunidad, el Consejo de Estado colombiano estudia dos atributos distintos de la *chance* en el elemento denominado certeza de la pérdida de la oportunidad y, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, trasladó el análisis de la situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado a la causalidad.

En el elemento certeza de la oportunidad el Consejo de Estado analiza si esta era suficiente para producir el resultado esperado, es decir la seriedad de la *chance.* Sin embargo, aquí también revisa si la víctima habría mantenido incólume la expectativa de lograr la ventaja de no haber ocurrido el hecho dañino, aspecto este relacionado con la pérdida definitiva de la posibilidad que actualmente es un tercer elemento de este tipo de daño según la jurisprudencia vigente, situación que puede llevar a equívocos a los operadores jurídicos.

La eliminación del requisito por el cual se verificaba la aptitud de la víctima para obtener la ventaja esperada, el reemplazo por la revisión de que la oportunidad se hubiera perdido definitivamente, y el traslado el análisis de dicho elemento al nexo causal tiene varias consecuencias. No solo se genera confusión entre jueces y apoderados, sino que, como se mostró, se estaría alterando el objeto de estudio de la causalidad, pues si la oportunidad se considera como daño autónomo, en el análisis causal lo que se debe analizar es si la actuación de la administración provocó la pérdida de la oportunidad, y no si la oportunidad frustrada era o no conducente para obtener la ventaja, puesto que esto es condición de existencia del daño.

En consonancia con lo anterior, una segunda consecuencia de la consideración de la *chance* como daño autónomo, es que la prueba del nexo causal en el juicio de responsabilidad por pérdida de oportunidad debe hallarse entre la posibilidad truncada

como perjuicio en sí mismo y la conducta del agente dañino. Bajo este entendido, no se requiere flexibilizar el estándar de acreditación de la causalidad, pues es posible probar que el hecho dañino de la Administración destruyó una posibilidad que, por revestir el carácter de seriedad, era conducente a la obtención del resultado esperado por la víctima.

En oposición, si se considera que la doctrina de la pérdida de la oportunidad sirve como un mecanismo de facilitación de la causalidad, la víctima tendría que demostrar la relación entre el hecho que lo privó de la oportunidad y el resultado final que esperaba alcanzar que fue definitivamente frustrado. Habría que probar que la actuación de la administración contribuyó directamente a impedir dicho resultado y, al ser imposible tal evidencia, se requeriría flexibilizar el nexo causal.

Como se explicó en el capítulo en el que se analizó la naturaleza de la teoría de la pérdida de oportunidad, esta implica la desaparición para la víctima de un medio que consideraba suficiente para alcanzar un resultado, razón por la cual deviene en un perjuicio que debe ser objeto de reparación, incluso aunque se desconozca si el resultado habría sido finalmente alcanzado de haber podido acceder al medio. En la medida en que se demuestre que el medio definitivamente destruido habría podido servir para acceder al resultado, aunque la obtención de este dependía de otros factores, y que la víctima estaba en condiciones que la hacían potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, se está ante un daño autónomo que es indemnizable.

En contratación estatal dicho medio es el acuerdo contractual por el cual quien lo ejecute debidamente se hace acreedor a una utilidad económica. Este medio es complejo y está conformado no solo por la adjudicación, celebración y perfeccionamiento del contrato estatal, sino también por su adecuada y oportuna ejecución que, finalmente, es la que le otorga al contratista el derecho a obtener la utilidad. A lo largo de este documento se mostró por qué en los casos de pérdida de la oportunidad es imposible medir si la utilidad

esperada habría de obtenerse o no, al ser incierta incluso para quien resulta favorecido con la adjudicación y logra perfeccionar el contrato.

Así las cosas, mediante la consideración de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo se reconoce la incertidumbre y el alea propio de la ejecución de los contratos, gracias a la cual asegurar antes de la ejecución que el acuerdo produciría una utilidad resulta un ejercicio de suposición. Por lo tanto, no resulta adecuado reparar este tipo de casos mediante la teoría del todo o nada pues ello implicaría crear entonces una ficción según la cual todos los contratos conducen a la ganancia calculada al momento de su celebración.

En tercer lugar, otra consecuencia de identificar la pérdida de oportunidad como un daño autónomo corresponde a la forma de medir y de reparar el daño sufrido por la víctima. Como se explicó al inicio de este trabajo, si se considera que la destrucción de una oportunidad es un daño en sí mismo la medida de la reparación está determinada por el valor de dicha oportunidad y no por el del beneficio final que se pretendía obtener por medio de esta.

Bajo la consideración de la *chance* como un daño, la reparación será integral y plena cuando se devuelva a la víctima lo que corresponda al grado de probabilidad que tenía de acceder al beneficio esperado a través de la oportunidad, pero no será equivalente al valor de aquel pues ello implicaría certeza sobre su obtención y, en ese caso, no se estaría ante una expectativa legítima sino ante un derecho adquirido, asunto este propio del lucro cesante.

Al persistir un elemento de incertidumbre en la posibilidad de obtener la ganancia que se espera recibir con la ejecución de un contrato, en los asuntos que involucren la indebida adjudicación de procesos de selección públicos debería aplicarse de manera recurrente el criterio conforme con el cual el *quantum* indemnizatorio se debe determinar en consideración al cálculo del valor de la oportunidad truncada para lo cual habrá que

establecer cuáles eran las probabilidades del demandante de lograr tal utilidad a través de la oportunidad de ejecutar el contrato que le fue privada. Es decir, se establece el valor del daño midiendo qué tan seria era la oportunidad frustrada para acceder al resultado esperado por la víctima, para lo cual deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

Como se mostró en este trabajo, el Consejo de Estado colombiano ha señalado expresamente que el lucro cesante se distingue de la pérdida de oportunidad en que el primero implica una pérdida de ganancia cierta, mientras que la segunda constituye una pérdida de ganancia probable, por cuya virtud se indemnizan las expectativas serias de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que, por razón del hecho dañoso, nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no.

De acuerdo con lo observado, el Consejo de Estado colombiano ha oscilado entre la consideración del daño por pérdida de oportunidad como un perjuicio en sí mismo, entendido como una categoría independiente, y la consideración de que este tipo de daño corresponde al concepto del lucro cesante.

Mediante el estudio de las providencias en las que el Consejo de Estado hizo referencia expresa a la doctrina de la *chance* se evidenció que, cuando no hay duda acerca de que la adjudicación del contrato debió recaer en cabeza del demandante, son más los casos en los que el Consejo de Estado ha concluido que el perjuicio corresponde al lucro cesante y no a la pérdida de oportunidad. A pesar de ello, también se hallaron fallos en los que la indemnización se ordenó por concepto de la *chance* habiéndose demostrado que la oferta presentada a la Administración era la mejor. Es decir, que el Consejo de Estado ha ordenado indemnizaciones tanto por lucro cesante como por pérdida de oportunidad en casos con supuestos de hecho similares.

De acuerdo con lo analizado en esta investigación, la obtención de la ganancia de un contrato estatal depende de su cumplida ejecución, por lo que la suscripción de un

acuerdo no garantiza el acceder a la utilidad. Al persistir la incertidumbre sobre el cumplimiento, la esperanza de alcanzar un beneficio económico mediante el contrato no es más que una expectativa legítima, derivada de la obligación que le asiste al Estado de remunerar al contratista que cumple con las obligaciones pactadas en el contrato. Ante la existencia de esta incertidumbre, la reparación de la oportunidad perdida de celebrar contratos con la Administración no encaja dentro del concepto del lucro cesante, máxime si se tiene en consideración la definición que de ambos perjuicios ha dado el Consejo de Estado colombiano.

Mediante la revisión jurisprudencial efectuada en esta investigación se estableció que la postura mayoritariamente aceptada por el Consejo de Estado colombiano para reparar el daño por pérdida de oportunidad de celebrar contratos con la Administración en asuntos de carácter precontractual en los que hizo referencia expresa a esta doctrina, consiste en analizar las probabilidades que tenía el demandante de acceder a la adjudicación de no haber ocurrido un hecho ilícito de la Administración y ordenar la reparación por un monto equivalente al de la utilidad esperada. Si el demandante acredita en el juicio que tenía el 100% de posibilidades de acceder a la adjudicación, por haber presentado la mejor propuesta, accede a una indemnización equivalente al 100% de la utilidad ofertada.

De manera similar, en los casos de responsabilidad contractual con efectos en el ámbito precontractual el Consejo de Estado ha aceptado más ampliamente la idea de reparar, por concepto de lucro cesante, el perjuicio generado por la indebida declaratoria de caducidad administrativa y la inhabilidad que con ella surge, sin analizar las probabilidades de acceder al resultado esperado, esto es de ganar la utilidad mediante la ejecución, sino simplemente ordenando la reparación por un valor equivalente al 100% de la utilidad estimada del contrato indebidamente caducado multiplicado por el número de años de vigencia de la inhabilidad que afectó al demandante.

La actual indemnización del perjuicio derivado de la imposibilidad de obtener utilidades mediante la celebración y ejecución de contratos estatales por concepto de lucro cesante, plantea dos inconvenientes.

Por una parte, se termina considerando que la privación de la adjudicación, así como la imposibilidad de celebrar nuevos contratos como consecuencia de la inhabilidad, es lo que conduce directamente a la pérdida de las ganancias esperadas, entendiendo en la práctica a ésta últimas como un perjuicio futuro cierto, ignorando con ello la incertidumbre propia de la posibilidad de obtener dichas ganancias y el riesgo intrínseco a la ejecución de los contratos, tal y como se demostró en los casos analizados en los que el Consejo de Estado redujo la indemnización ante la comprobación de la ocurrencia de eventos en la etapa de ejecución que habrían impedido al demandante obtener toda la utilidad calculada.

Por otra parte, como se demostró, esta forma de indemnizar conlleva el riesgo de ordenar reparaciones que no estén acordes con la verdadera medida del perjuicio, dada la posibilidad de que el contrato caducado sea excepcionalmente bajo o alto, en comparación con lo históricamente contratado con la Administración por el afectado.

Respecto del monto de indemnización, pese a que se identificó una aplicación consistente de la postura mayoritaria en casos de responsabilidad precontractual, establecida en el año 2002, según la cual a quien demuestre haber presentado la mejor oferta se le repara con el 100% de la utilidad allí señalada, también se hallaron Providencias proferidas con posterioridad a 2002 en las que los Consejeros se apartaron de la posición mayoritaria. En estas, se plantearon soluciones alternativas en las que se tuvieron en cuenta elementos relacionados con las probabilidades de hacerse acreedor a la utilidad y no solo con la adjudicación del contrato.

Teniendo en cuenta la incertidumbre propia de la *chance,* se pudo establecer que resultan más adecuadas algunas de las posturas alternativas a la mayoritarias a fin de evaluar el perjuicio derivado de la imposibilidad de obtener utilidades mediante la contratación

estatal. Como se evidenció en el análisis jurisprudencial, varias de las posturas minoritarias proponen mecanismos para calcular las probabilidades del demandante de lograr la utilidad finalmente esperada a través de la oportunidad de ejecutar que le fue privada. Es decir, midiendo qué tan seria era la *chance* para acceder al resultado esperado por la víctima, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso en concreto.

Calcular qué tan seria es la oportunidad para obtener la utilidad no es una tarea sencilla ni necesariamente uniforme en todos los casos. Sin embargo, para ello podrían fijarse pautas que permitan determinar el grado de seriedad de las probabilidades frustradas tanto en los casos de indebida adjudicación o declaratoria desierta como en los de injusta declaración de la caducidad administrativa, de manera similar a lo hecho por la Subsección A de la Sección Tercera en las Sentencias con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

De conformidad con el análisis efectuado en esta investigación, se recomienda que la medida de la reparación del daño por pérdida de oportunidad tenga en consideración no el valor de la utilidad esperada del contratista, sino un análisis del histórico de contratación del demandante que permita identificar y valorar qué tan posible era que hubiera podido obtener una ganancia igual o similar a la estimada en su oferta o a la adquirida en un período de tiempo igual a la vigencia de la inhabilidad, de haber tenido la posibilidad de acceder a la oportunidad de ejecutar el contrato.

Para hacer efectivo lo anterior, a la dicotomía de la carga de la prueba actualmente exigida en los asuntos de responsabilidad precontractual debería añadirse un tercer aspecto a probar correspondiente al histórico de contratos ejecutados por el demandante y las utilidades obtenidas mediante estos, lo cual podría incluir la posibilidad de que el Juez acuda, directamente o mediante peritos, a la información obrante en registros públicos como el SECOP a fin de establecer la veracidad de lo aportado por los actores.

De acuerdo con los resultados de esta investigación, ante las divergencias evidenciadas en la aplicación de la teoría por parte del Consejo de Estado colombiano, valdría la pena que esta Corporación profiera una Sentencia Unificadora en la que definirá con claridad cuáles son los criterios de aplicación de la doctrina de la *chance* respecto de los requisitos de aplicación, concepto del perjuicio y monto de indemnización, que permita a las víctimas y a sus apoderados preparar sus demandas con un mayor grado de certeza sobre el resultado a esperar.

En últimas, se propone un cambio en la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado que tenga en consideración que con la pérdida de oportunidad no se pretende indemnizar la totalidad de la expectativa que tenían los demandantes, por cuanto ella misma entraña un elemento de incertidumbre que debe ser valorado y que lo distingue del concepto de lucro cesante establecido en el Código Civil colombiano, así como la adopción de parámetros que permitan condenas equitativas que materialicen el principio de seguridad jurídica. Como se reconoció en esta investigación, aunque se ha progresado en la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad, entendida como un daño autónomo, es necesario profundizar en el desarrollo jurisprudencial que permita alcanzar una mayor coherencia en los asuntos de responsabilidad precontractual y contractual con impacto en lo precontractual, a fin de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica de quienes participan en la contratación estatal.

ANEXO 1

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL SEGÚN LA POSICIÓN DE DIVERSOS DOCTRINANTES Y DEL CONSEJO DE ESTADO

Elementos	1er Grupo	2º Grupo	3er Grupo	4º Grupo	
	• Consejo de Estado (posición actual) • Enrique Gil Botero	• Jaime Orlando Santofimio • Juan Carlos Henao	• Ramiro Saavedra Becerra • Hugo Andrés Arenas Mendoza • Jaime Vidal Perdomo • Libardo Rodríguez Rodríguez • Diego Younes Moreno	• Consejo de Estado (cuatro elementos)	
				Sent. Exp. 8.118 de mayo 8 de 1995	Sent. Exp. 16.898 de mayo 31 de 2007
Daño Antijurídico	X	X	X	X	X
Imputación	X	X		X	X
Nexo Causal			X	X	X
Actuación de la Administración			X*	X	
Reparación		X			
Hecho dañoso					X

* Se ubica la postura de estos autores respecto de la actuación de la Administración en este casilla, a pesar de que ellos terminan por encuadrar este concepto en el elemento imputación, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado en la sentencia 8.118 de mayo 8 de 1995 distinguió la actuación de la Administración del título jurídico de imputación y los consideró como dos elementos distintos e independientes.

ANEXO 2

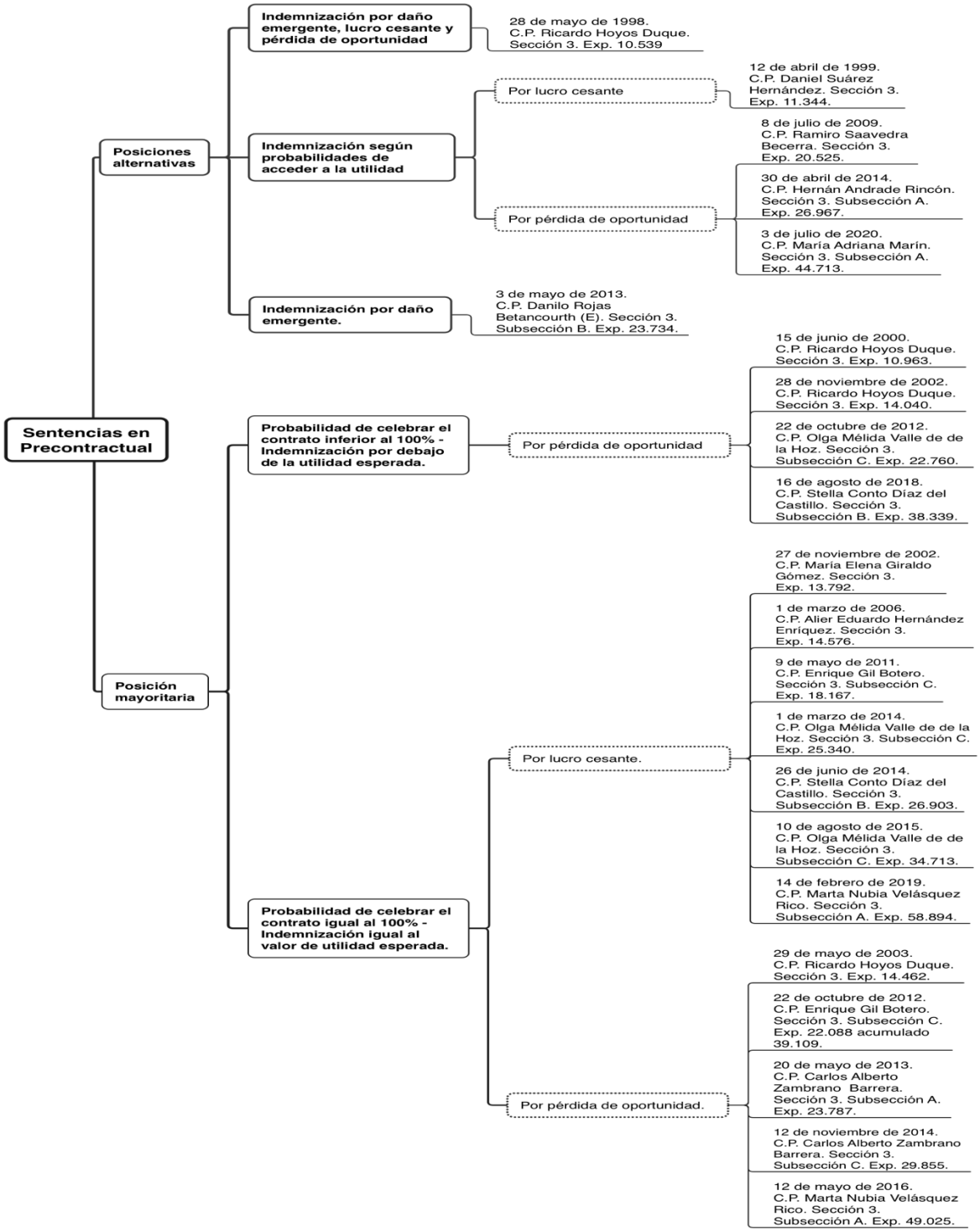
ELEMENTOS DEL DAÑO SEGÚN LA POSICIÓN

DE DIVERSOS DOCTRINANTES

Elementos del daño	**Doctrinantes**		
	• Juan Carlos Henao	• Ramiro Saavedra Becerra • Enrique Gil Botero • Jaime Orlando Santofimio	• Hugo Andrés Arenas Mendoza
Personal	X	X	X
Cierto	X	X	X
Directo		X	
Injusto			X

ANEXO 3

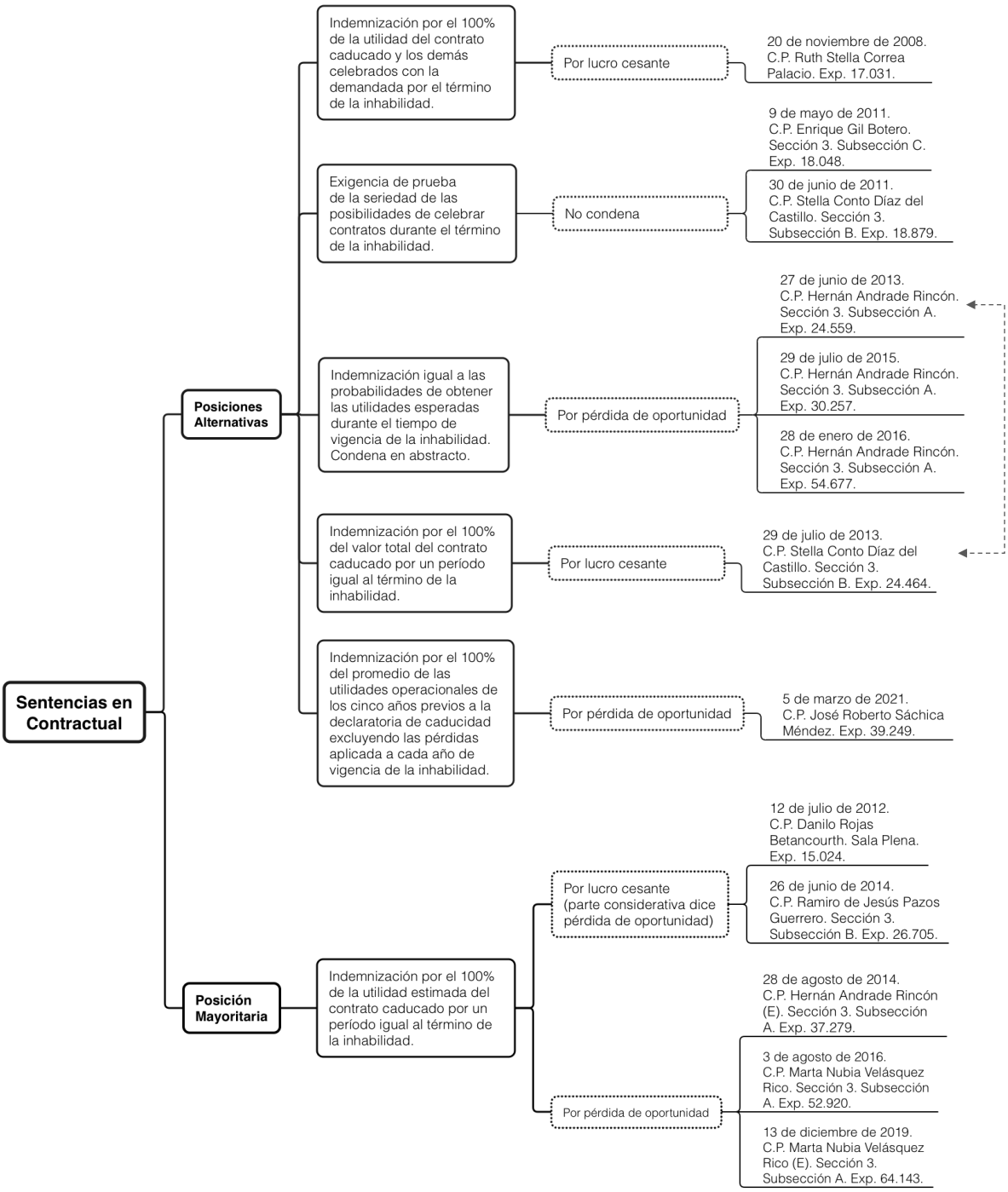
MAPA DE SENTENCIAS EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES



ANEXO 4

MAPA DE SENTENCIAS EN ASUNTOS CONTRACTUALES

CON EFECTOS EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL



ANEXO 5

LISTADO DE SENTENCIAS REVISADAS EN ASUNTOS PRECONTRACTUALES CON NICHO CITACIONAL

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional Exp.	Nicho Citacional Fecha	Nicho Citacional C.P.
Posiciones Alternativas	Indemnización por daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad.	Daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad.	10.539	Ricardo Hoyos Duque	3	N/A	28 de mayo de 1998	PO: 80% de la utilidad esperada Daño emergente: 100% utilidad esperada Lucro Cesante: 6% anual del daño emergente.			
	Indemnización según las probabilidades de acceder a la utilidad.	Lucro cesante	11.344	Daniel Suárez Hernández	3	N/A	12 de abril de 1999	50% de la utilidad por lucro cesante.			
		Pérdida de oportunidad	20.525	Ramiro Saavedra Becerra	3	N/A	8 de julio de 2009	13,33% de la utilidad esperada por PO	13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
			26.967	Hernán Andrade Rincón	3	A	30 de abril de 2014	60% de la utilidad esperada por PO	11.169	3 de mayo de 1999	Ricardo Hoyos Duque
									15.772	31 de agosto de 2006	Ruth Stella Correa Palacio
									14.390	18 de marzo de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
									18.593	11 de agosto de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
									20.139	7 de julio de 2011	Mauricio Fajardo Gómez

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posiciones Alternativas	Indemniza-ción según las probabilida-des de acceder a la utilidad.	Pérdida de oportunidad	44.713	María Adrian Marín	3	A	3 de julio de 2020	10% de la utilidad esperada por PO * 8 años	19.718	25 de agosto de 2011	Mauricio Fajardo Gómez
									22.017	21 de marzo de 2012	Mauricio Fajardo Gómez
									20.968	9 de mayo de 2012	Mauricio Fajardo Gómez
									13.405	7 de junio de 2001	Ricardo Hoyos Duque
									20.525	8 de julio de 2009	Ramiro Saavedra Becerra
									21.324	12 de junio de 2014	Enrique Gil Botero
	Indemniza-ción por daño emergente.	Daño emergente	23.734	Danilo Rojas Betancourth (E)	3	B	3 de mayo de 2013	Daño emergente. 100% gastos de preparación de la oferta.	18.293	27 de abril de 2011	Ruth Stella Correa Palacio.
									21.869	9 de abril de 2012	Stella Conto Díaz del Castillo.
									19.056	11 de agosto de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
									15.682	17 de marzo de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
									9.474	13 de mayo de 1996	Juan de Dios Montes
									15.550	9 de marzo de 2011	Hernán Andrade Rincón.
									25.591	5 de abril de 2013	Stella Conto Díaz del Castillo

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Probabilidad de celebrar el contrato inferior al 100%	Pérdida de oportunidad	10.963	Ricardo Hoyos Duque	3		15 de junio de 2000	20% de la utilidad por PO	10.539	28 de mayo de 1998	Ricardo Hoyos Duque
			14.040	Ricardo Hoyos Duque	3		28 de noviem-bre de 2002	100% de la utilidad calculada sobre el 50% de la probabilidad por PO			
			22.760	Olga Mélida Valle de de la Hoz	3	C	22 de octubre de 2012	50% del valor de la utilidad por PO	10.539	28 de mayo de 1998	Ricardo Hoyos Duque
									11.344	12 de abril de 1999	Daniel Suárez Hernández
									11.725	18 de mayo de 2000	Ricardo Hoyos Duque
									13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
									31.210	11 de febrero de 2009	Enrique Gil Botero
			38.339	Stella Conto Díaz del Castillo	3	B	16 de agosto de 2018	5% del valor total de la propuesta (U) / 10 [No. de proponentes habilitados] por PO	27.273	2 de febrero de 2014	Stella Conto Díaz del Castillo
									15.451	30 de agosto de 2007	Ramiro Saavedra Becerra
									10.610	7 de octubre de 1999	Ricardo Hoyos Duque

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Probabilidad de celebrar el contrato inferior al 100%	Pérdida de oportunidad							9.807	20 de septiembre de 2001	Ricardo Hoyos Duque
									21.571	30 de abril de 2012	Stella Conto Díaz del Castillo
									16.540	4 de febrero de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
									29.855	12 de noviembre de 2014	Carlos Alberto Zambrano Barrera
									25.804	26 de febrero de 2014	Enrique Gil Botero
									31.211	3 de junio de 2015	Olga Valle de de la Hoz
									35.704	5 de diciembre de 2016	Ramiro Pazos Guerrero
									14.169	4 de junio de 2008	Myriam Guerrero de Escobar
									22.088	4 de junio de 2008	Myriam Guerrero de Escobar
									16.041	26 de abril de 2006	Ruth Stella Correa Palacio
									8.071	19 de septiembre	Carlos Betancur

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Probabilidad de celebrar el contrato inferior al 100%	Pérdida de oportunidad								de 1994	Jaramillo
									17.554	28 de agosto de 2003	Ramiro Saavedra Becerra
									20.811	14 de octubre de 2011	Ruth Stella Correa Palacio
									7.959	23 de abril de 1993	Carlos Betancur Jaramillo
									33.129	30 de junio de 2016	Danilo Rojas Betan-courth
									28.671	19 de octubre de 2017	Stella Conto Díaz del Castillo
	Probabilidad de celebrar el contrato igual al 100%	Lucro cesante	13.792	María Elena Giraldo Gómez	3	N/A	27 de noviembre de 2002	100% de la utilidad esperada por lucro cesante	3528, 3529 y 3544	9 de diciembre de 1988	
									10.539	28 de mayo de 1998	Ricardo Hoyos Duque
									11.344	12 de abril de 1999	Daniel Suárez Hernández
									11.725	18 de mayo de 2000	Ricardo Hoyos Duque
									10.963	15 de junio de 2000	Ricardo Hoyos Duque

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Probabilidad de celebrar el contrato igual al 100%	Lucro cesante	14.576	Alier Eduardo Hernández Enríquez	3		1 de marzo de 2006	100% de la utilidad esperada por lucro cesante	10.539	28 de mayo de 1998	Ricardo Hoyos Duque
									11.344	12 de abril de 1999	Daniel Suárez Hernández
									11.725	18 de mayo de 2000	Ricardo Hoyos Duque
									13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
			18.167	Enrique Gil Botero	3	C	9 de mayo de 2011	100% de la utilidad esperada por lucro cesante	13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
			25.340	Olga Mélida Valle de de la Hoz	3	C	31 de marzo de 2014	100% de la utilidad esperada por lucro cesante	18.167	9 de mayo de 2011	Enrique Gil Botero
			26.903	Stella Conto Díaz del Castillo	3	B	26 de junio de 2014	Abstracto - 100% de la utilidad por lucro cesante	20.811	14 de octubre de 2011	Ruth Stella Correa Palacio
			34.713	Olga Mélida Valle de de la Hoz	3	C	10 de agosto de 2015	100% de la utilidad esperada por lucro cesante	15.024	12 de julio de 2012	Danilo Rojas Betan-courth
			58.894	Marta Nubia Velásquez Rico	3	A	14 de febrero de 2019	100% de la utilidad calculada sobre el 5% del valor del contrato por lucro cesante.	29.855	12 de noviembre de 2014	Carlos Alberto Zambrano Barrera

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Probabilidad de celebrar el contrato igual al 100%	Pérdida de oportunidad	14.462	Ricardo Hoyos Duque	3	N/A	29 de mayo de 2003	100% de la utilidad esperada por PO	11.344	12 de abril de 1999	Daniel Suárez Hernández
									13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
			22.088 Acumu-lado 39.109	Enrique Gil Botero	3	C	22 de octubre de 2012	100% de la utilidad esperada por PO	10.539	28 de mayo de 1998	Ricardo Hoyos Duque
									11.344	12 de abril de 1999	Daniel Suárez Hernández
									11.725	18 de mayo de 2000	Ricardo Hoyos Duque
									13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
									31.210	11 de febrero de 2009	Enrique Gil Botero
			23.787	Carlos Alberto Zambrano Barrera	3	A	20 de mayo de 2013	100% de la utilidad esperada por PO	19.056	11 de agosto de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
									13.206	29 de enero de 2009	Myriam Guerrero de Escobar
									14.169	4 de junio de 2008	Myriam Guerrero de Escobar
									17.783	4 de junio de 2008	Myriam Guerrero de Escobar

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional		
									Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Probabilidad de celebrar el contrato igual al 100%	Pérdida de oportunidad							16.041	26 de abril de 2006	Ruth Stella Correa
									13.355	11 de marzo de 2004	Alier Eduardo Hernández Enríquez
									8.071	19 de septiembre de 1994	Carlos Betancur Jaramillo
									19.258	18 de julio de 2012	Carlos Alberto Zambrano Barrera
			29.855	12 de noviembre de 2014	3	C	Carlos Alberto Zambrano Barrera	100% de la utilidad esperada = 5% por PO.	19.258	18 de julio de 2012	Carlos Alberto Zambrano Barrera
			49.025	Marta Nubia Velásquez Rico	3	A	12 de mayo de 2016	100% de la utilidad calculada sobre el 5% del valor ofertado.	29.855	12 de noviembre de 2014	Carlos Alberto Zambrano Barrera

ANEXO 6

LISTADO DE SENTENCIAS REVISADAS EN ASUNTOS CONTRACTUALES

CON IMPACTO EN EL ÁMBITO PRECONTRACTUAL CON NICHO CITACIONAL

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional Exp.	Nicho Citacional Fecha	Nicho Citacional C.P.
Posiciones Alternativas	Indemnización por el 100% de la utilidad del contrato caducado y los demás celebrados con la demandada por el término de la inhabilidad.	Lucro cesante	17.031	Ruth Stella Correa Palacio	3		20 de noviembre de 2008	Lucro cesante: 100% de la utilidad del contrato caducado y los demás celebrados con la demandada * 5.	10.539	28 de mayo de 1998	Ricardo Hoyos Duque
									11.344	12 de abril de 1999	Daniel Suárez Hernández
									13.792	27 de noviembre de 2002	María Elena Giraldo Gómez
									14.040	28 de noviembre de 2002	Ricardo Hoyos Duque
	Exigencia de prueba de la seriedad de las posibilidades de celebrar contratos durante el término de la inhabilidad.	No condena	18.048	Enrique Gil Botero	3	C	9 de mayo de 2011	No condenó	14.040	28 de noviembre de 2002	Ricardo Hoyos Duque
			18.879	Stella Conto Díaz del Castillo	3	B	30 de junio de 2011	No condenó por PO			

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional Exp.	Fecha	C.P.
	Indemnización equivalente al 100% del valor total del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad.	Lucro cesante	24.464	Stella Conto Díaz del Castillo	3	B	29 de julio de 2013	Lucro cesante: 100% del valor del contrato * 5 años.			
	Indemnización equivalente a las probabilidades de obtener las utilidades esperadas durante el tiempo de vigencia de la inhabilidad. Condena en abstracto	Pérdida de oportunidad	24.559	Hernán Andrade Rincón	3	A	27 de junio de 2013	1. Lucro cesante por honorarios no recibidos durante el tiempo pendiente para la terminación del contrato. 2. Pérdida de oportunidad por utilidades probablemente recibidas durante 5 años – En abstracto.	18.593 6.223 22.113 15.772	11 de agosto de 2010 22 de noviembre de 1991 23 de enero de 2003 31 de agosto de 2006	Mauricio Fajardo Gómez Daniel Suárez Hernández María Elena Giraldo Gómez Ruth Stella Correa Palacio
			30.257	Hernán Andrade Rincón	3	A	29 de julio de 2015	1. Utilidad pendiente de recibir en el	18.593	11 de agosto de 2010	Mauricio Fajardo Gómez

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional Exp.	Fecha	C.P.
								contrato. 2. Pérdida de oportunidad: Utilidades probable-mente recibi-das durante 5 años– En abstracto.	25.869	24 de octubre de 2013	Enrique Gil Botero
		Pérdida de opıortunidad							15.024	12 de julio de 2012	Danilo Rojas Betancourth
			54.677	Hernán Andrade Rincón	3	A	28 de enero de 2016	Pérdida de oportunidad: Utilidades probable-mente reci-bidas durante 5 años – En abstracto.	15.024	12 de julio de 2012	Danilo Rojas Betancourth
									18.593	11 de agosto de 2010	Mauricio Fajardo Gómez
	Indemniza-ción por el 100% de las utilidades operaciona-les de los 5 años previos a la declaratoria de caducidad excluyendo las pérdidas aplicada a cada año de vigencia de la inhabilidad.	Pérdida de oportunidad	39.249	José Roberto Sáchica Méndez	3	A	5 de marzo de 2021	100% del promedio de las utilidades operacionales reportadas en los estados fi-nancieros de los cinco años anteriores a la declaración de caducidad sin las pérdidas * cada año que duró la inhabilidad.	15.024	12 de julio de 2012	Danilo Rojas Betancourth
									52.920	12 de mayo de 2016	Marta Nubia Velásquez Rico

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional Exp.	Fecha	C.P.
Posición Mayoritaria	Indemnización por el 100% de la utilidad estimada del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad.	Lucro cesante (parte considerativa dice pérdida de oportunidad)	15.024	Danilo Rojas Betancourth	3	Sala Plena	12 de julio de 2012	1. Lucro cesante: 100% de la utilidad calculada sobre el 10% del valor del contrato caducado * 5 años. 2. Costo de lo ejecutado pendiente de pago.			
			26.705	Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	3	B	26 de junio de 2014	Lucro cesante: 100% de la utilidad calculada sobre el 10% del valor del contrato * 5 años.	15.024 17.935	12 de julio de 2012 28 de abril de 2010	Danilo Rojas Betancourth Mauricio Fajardo Gómez
		Pérdida de oportunidad	37.279	Hernán Andrade Rincón	3	A	28 de agosto de 2014	1. Utilidad dejada de percibir hasta fecha en que debía cumplirse el contrato: abstracto. 2. 100% de la utilidad esperada * 5: en abstracto.	33.337	30 de abril de 2014	Mauricio Fajardo Gómez

Posición	Postura	Concepto de indemnización	Exp.	C.P.	Sección	Sub-sección	Fecha	Indemnización	Nicho Citacional Exp.	Fecha	C.P.
	Indemnización por el 100% de la utilidad estimada del contrato caducado por un período igual al término de la inhabilidad.	Pérdida de oportunidad	52.920	Marta Nubia Velásquez Rico	3	A	12 de mayo de 2016	1. Valor pendiente del contrato. 2. Pérdida de oportunidad:100% de la utilidad calculada sobre el 5% del valor del contrato * 5.	15.024	12 de julio de 2012	Danilo Rojas Betancourth
			64.143	Marta Nubia Velásquez Rico	3	A	13 de diciembre de 2019	Pérdida de oportunidad: 100% de la utilidad esperada calculada sobre el 5% del valor del contrato.			

BIBLIOGRAFÍA

AMAZO PARRADO, Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. En : Estudios Socio-Jurídicos 9, Núm. 2 (2007). 181–203 p. Disponible en https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. En : Vniversitas 69, Núm. 0 SE- (2020). Disponible en https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.eree.

———. El régimen de responsabilidad objetiva. 2a. ed. Bogotá D. C. : Legis Editores S.A., 2017.

———. El régimen de responsabilidad subjetiva. 2a. ed. Bogotá D. C. : Legis Editores S.A., 2018.

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. 2a ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2004.

BÉRY, Alain. Le préjudice réparable : la perte de chance. En : L'Orthodontie française 84, Núm. 1 (2013). Disponible en https://doi.org/10.1051/orthodfr/2013041.

BORDA, Alejandro. La buena fe en la etapa precontractual. En : Vniversitas 63, Núm. 129 (2014). 39–79 p. Disponible en https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.lbfe.

CHABAS, François. La pérdida de una oportunidad ("chance") en el derecho francés de la responsabilidad civil. En : Revista Responsabilidad Civil y del Estado, Núm. 33 (2013).

DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. En : Revista de Derecho público. Universidad de los Andes. 17 (2004). 123–148. Disponible en https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub145.pdf.

DEGUERGUE, Maryse. La perte de chance en droit administratif. En L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, editado por Geneviève Koubi y Gilles J Guglielmi. Paris : Éditions La Découverte, 2000. Disponible en https://www.cairn.info/l-egalite-des-chances--9782707131324-page-197.htm.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad. En : Revista Aragonesa de Administración Pública, Núm. 45–46 (2015). 35–66 p. Disponible en https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5444228.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba de la causalidad en pleitos de daños y "Pérdida de oportunidad". En Derecho de daños, editado por Mariano José Herrador Guardia, 195–226. Madrid : Sepin, 2011. Disponible en https://www.academia.edu/download/47839898/NEXO_CAUSAL._.pdf.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. 7a. ed. Bogotá D. C. : Temis, 2017.

———. Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado. 8a. ed. Bogotá D. C. : Tirant lo Blanch, 2020.

GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana. En : Revista de Derecho Privado 41 (2021). Disponible en https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08.

———. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2019.

GRAVELLIER, Maxime. La réparation du préjudice de perte de chance. 1a ed. Deutschland : Éditions universitaires européennes, 2014.

GÜECHÁ TORRES, Jessica Tatiana. Les Espérances Légitimes : une étude comparée des systèmes juridiques français et colombien. Paris II Panthéon - Assas, 2020.

GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, María de los Desamparados. Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad. En : Revista española de la función consultiva, Núm. 16 (2011). 113–120 p. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/318257.

HENAO, Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. 1a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 1998.

HERRERA MONTAÑEZ, Diego Alejandro. El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016. Disponible en http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12539.

KESSLER, Friedrich, y FINE Edith. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. En : Harvard Law Review 77, Núm. 3 (1964). 401–449 p. Disponible en https://doi.org/10.2307/1339028.

LAZARSKI, Pierre-Antoine. La théorie de la perte d'une chance, une construction controversée. 1a ed. Deutschland : Éditions universitaires européennes, 2012.

MANZANARES SECADES, Alberto. La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. En : Anuario de Derecho Civil 38, Núm. 4 (1985). 979–1010 p. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46648.

MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Navarra, España : Thomson Civitas, 2005.

———. La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán). En : Revista Responsabilidad Civil y del Estado, Núm. 30 (2012).

———. La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Madrid : Thomson-Civitas, 2007.

———. La teoría de la pérdida de oportunidad. En : Revista española de la función consultiva, Núm. 16 (2011). 97–112 p. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/318257.

MENDIETA, Jaime. Culpa in contrahendo. Historia, evolución y estado actual de la cuestión. En : Revista E-Mercatoria 10, Núm. 2 (2011). 40–74 p. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048.

MINET, Alice. La perte de chance en droit administratif. Editado por Paris II (Panthéon-Assas). 1a. Ed. Issy-les-Moulineauxs : LGDJ, Lextenso Éditions, 2014.

MONFORTE, José Domingo. La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico. En : Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Núm. 66 (2018). Disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6729088.pdf.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: visión desde el

derecho europeo. En : Vniversitas, Núm. 119 (2009). 251–278 p. Disponible en https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14494/11693

PATIÑO DOMÍNGUEZ, Héctor Eduardo. El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo., editado por Andrés Fernando Henao, Juan Carlos & Ospina Garzón, 1a. ed., 166–180. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015.

PERDOMO, Jaime Vidal, y MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Derecho administrativo. Bogotá D. C. : Legis Editores S.A., 2016.

PLATA PRINCE, Luis Carlos. La naturaleza de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños. 1a ed. Bogotá D. C. : Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 20a. ed. Bogotá D. C. : Temis, 2017.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. De la responsabilidad patrimonial del Estado. 21 ed. Bogotá D. C. : Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

SALAS PASUY, Brenda. La pérdida de oportunidad y la propiedad intelectual: Una mirada desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa. En : Revista la Propiedad Inmaterial, Núm. 15 (2011). Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/ index.php/propin/article/view/3005.

San MartÍn Neira, Lilian C. Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones. Revista chilena de derecho 40, Núm. 1 (2013). 317–324. Disponible en https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000100012.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del

riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En : Revista Digital de Derecho Administrativo 0, Núm. 1 SE-Artículos (2009). Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589.

———. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez. 4a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2007.

———. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. 1a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2017.

SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna. La période précontractuelle en droit français. En : Revue internationale de droit comparé 42, Núm. 2 (1990). 545–566. https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1979.

Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2a. ed. Bogotá D. C. : Temis, 2000.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. POLANÍA TELLO, Nicolás y ROJAS QUIÑONES, Sergio. Nuevas reflexiones sobre el daño. 1a. ed. Bogotá D. C. : Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado -IARCE y Legis Editores S.A., 2017.

THÉVENOZ, Luc. La perte d'une chance et sa réparation. Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, 2002, 237–276 p. Disponible en https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8319.

TORRES-ACOSTA, Luisa. El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal. En : Revista Digital de Derecho Administrativo 1, Núm. 15 (2016). 267–272 p. Disponible en https://doi.org/10.18601/21452946.n15.12.

VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima: esbozos de una temática en construcción. En : La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo., editado por Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Garzón Ospina, 1a. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2015.

VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. 1a ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2007.

YONG, Samuel, y RODRÍGUEZ YONG Camilo Andrés. Pérdida de oportunidad. En : Via Inveniendi Et Iudicandi 6, Núm. 2 (2011). Disponible en https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2011.0002.03.

YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. 10a. ed. Bogotá D. C. : Editorial Temis, 2016.

ZAPATA GARCÍA, Pedro Antonio. Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa. 1a. ed. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2019.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO. 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 8.163.

CONSEJO DE ESTADO. 8 de mayo de 1995. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp. 8.118.

CONSEJO DE ESTADO. 29 de enero de 1998. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.099.

CONSEJO DE ESTADO. 28 de mayo de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.539.

CONSEJO DE ESTADO. 12 de abril de 1999. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 11.344.

CONSEJO DE ESTADO. 15 de junio de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.963.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de mayo de 2001. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 12.083.

CONSEJO DE ESTADO. 7 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13.405.

CONSEJO DE ESTADO. 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 13.792.

CONSEJO DE ESTADO. 28 de noviembre de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.040.

CONSEJO DE ESTADO. 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.462.

CONSEJO DE ESTADO. 11 de marzo de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.355.

CONSEJO DE ESTADO. 7 de diciembre de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 13.683.

CONSEJO DE ESTADO. 1 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.576.

CONSEJO DE ESTADO. 31 de mayo de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.898.

CONSEJO DE ESTADO. 1 de octubre de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17.001.

CONSEJO DE ESTADO. 29 de enero de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 13.206.

CONSEJO DE ESTADO. 11 de febrero de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 16100A.

CONSEJO DE ESTADO. 8 de julio de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20.525.

CONSEJO DE ESTADO. 24 de septiembre de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.760.

CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18.593.

CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.167.

CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto 2011. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 18.338.

CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2012. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 21.571.

CONSEJO DE ESTADO. 12 de julio de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024.

CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 22.760.

CONSEJO DE ESTADO. 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.088 acumulado 39.109.

CONSEJO DE ESTADO. 20 de mayo de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 23.787.

CONSEJO DE ESTADO. 22 de mayo de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 24.560.

CONSEJO DE ESTADO. 24 de julio de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28.041 acumulado 28.598.

CONSEJO DE ESTADO. 9 de octubre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 30.763.

CONSEJO DE ESTADO. 21 de noviembre de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 25.397.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28.376.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de agosto de 2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 52.920.

CONSEJO DE ESTADO. 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 19.056.

CONSEJO DE ESTADO. 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18.048.

CONSEJO DE ESTADO. 30 de junio de 2011. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 18.879.

CONSEJO DE ESTADO. 14 de octubre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 20.811.

CONSEJO DE ESTADO. 23 de mayo de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 22.592.

CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 19.216.

CONSEJO DE ESTADO. 14 de marzo de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 24.059.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 22.898.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de mayo de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth (E). Exp. 23.734.

CONSEJO DE ESTADO. 27 de junio de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 24.559.

CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 24.464.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 23.048.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 28.376.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 29.541.

CONSEJO DE ESTADO. 27 de marzo de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 24.454.

CONSEJO DE ESTADO. 31 de marzo de 2014. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 25.340.

CONSEJO DE ESTADO. 30 de abril de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 26.967.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26.903.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2014. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 26.705.

CONSEJO DE ESTADO. 28 de agosto de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Exp. 37.279.

CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014.C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986.

CONSEJO DE ESTADO. 12 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 29.855.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de noviembre de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 31.297.

CONSEJO DE ESTADO. 16 de marzo de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 28.040.

CONSEJO DE ESTADO. 26 de junio de 2015. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. 29.555.

CONSEJO DE ESTADO. 1 de julio de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 32.535.

CONSEJO DE ESTADO. 29 de julio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 30.257.

CONSEJO DE ESTADO. 10 de agosto de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. Exp. 34.713.

CONSEJO DE ESTADO. 28 de enero de 2016. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 54.677.

CONSEJO DE ESTADO. 1 de abril de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 55.079.

CONSEJO DE ESTADO. 12 de mayo de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 49.025.

CONSEJO DE ESTADO. 24 de octubre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32.434.

CONSEJO DE ESTADO. 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero Exp. 25.706.

CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36.386.

CONSEJO DE ESTADO. 15 de agosto de 2017. C.P. Álvaro Namén Vargas. Exp. 2346.

CONSEJO DE ESTADO. 31 de agosto de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 25.740.

CONSEJO DE ESTADO. 16 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 38.339.

CONSEJO DE ESTADO. 14 de febrero de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 58.894.

CONSEJO DE ESTADO. 10 de abril de 2019. C.P. Alberto Montaña Plata. 40.916.

CONSEJO DE ESTADO. 30 de mayo de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 48.890.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de octubre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 51.701.

CONSEJO DE ESTADO. 11 de diciembre de 2019. C.P. Nicolás Yepes Corrales. Exp. 49.447.

CONSEJO DE ESTADO. 13 de diciembre de 2019. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E). Exp. 64.143.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

CONSEJO DE ESTADO. 28 de febrero de 2020. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. 31.628.

CONSEJO DE ESTADO. 2 de marzo de 2020. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 43.738.

CONSEJO DE ESTADO. 11 de mayo de 2020. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Auto Exp. 58.562.

CONSEJO DE ESTADO. 18 de mayo de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 11.725.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de julio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44.713.

CONSEJO DE ESTADO. 21 de agosto de 2.020. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Exp. 2.972.

CONSEJO DE ESTADO. 3 de septiembre de 2020. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. 42.003.

CONSEJO DE ESTADO. 20 de noviembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 51.412.

CONSEJO DE ESTADO. 5 de marzo de 2021. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. 8 de febrero de 2010. *Commune de La Rochelle*. Nº 314075.

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS. 18 de junio de 2003. *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*. N° 249630.

CORTE ADMINISTRATIVA DE APELACIONES DE PARÍS. 15 de febrero de 2019. *Province Nord de Nouvelle-Calédonie*. N° 17PA00007.

CORTE CONSTITUCIONAL. 29 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-428/02.

CORTE CONSTITUCIONAL. 19 de febrero de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-131/04.

CORTE CONSTITUCIONAL. 1 de abril de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. C-242/09.

CORTE CONSTITUCIONAL. 16 de julio de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. T-472/09.

CORTE CONSTITUCIONAL. 4 de julio de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. T-424/17.

CORTE CONSTITUCIONAL. 22 de noviembre de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. T-453/18.

NORMATIVIDAD

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. (13 de junio de 1991). Artículos 6, 83 y 90.

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Ley 84 (26 de mayo de 1873). Artículo 1614.

COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Decreto 410 (27 de marzo de 1971). Artículos 863 y 871.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 3, artículo 8, literal c, artículo 5, numeral 1, y artículos 24 y 28.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Artículos 2, 5, 6, 8, 9 y 32.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 187.