

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, primero (1º) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Expediente: 50001-23-31-000-2009-00126-01 (54.107)
Demandante: ORLANDO FAJARDO CASTILLO Y OTROS
Demandado: DEPARTAMENTO DEL META
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto que se revocara el fallo condenatorio proferido en la primera instancia, debo advertir que discrepo de las razones empleadas para ello, en especial *i)* la limitación artificial de los perjuicios que puede reclamar el oferente frustrado y, *ii)* la asimilación de daño antijurídico con daño especial.

1. Los perjuicios que puede reclamar un oferente por la no celebración del contrato

La decisión de negar las pretensiones debió sustentarse en el hecho de que el demandante en ningún momento pretendió el lucro cesante por la no celebración del contrato consistente en la utilidad fijada en el respectivo rubro de administración, utilidad e imprevistos (AUI), sino, aquel que pidió únicamente el valor asegurado en la póliza de seriedad de la oferta –sin siquiera especificar el concepto que sustentaba su pretensión– lo cual impedía condenar a la entidad estatal demandada.

En efecto, el hecho de que en la demanda no se atacara la legalidad de la decisión de revocar el acto de apertura de la licitación resultaba irrelevante de cara a los perjuicios que podía reclamar el actor, la discusión sobre las irregularidades cometidas por la administración en nada se relacionaban con el daño padecido por el frustrado oferente.

Para poder identificar las afectaciones del participante –y con ello lo que puede demandar– lo importante es conocer el momento donde fracasa el proceso de selección, en otros términos, la licitud o ilicitud de la actuación estatal no varía la reparación que se puede

reclamar pues, la limitante de los perjuicios que pueden causarse estaría dada, en realidad, por la etapa en la que se trunque la expectativa de ser adjudicatario.

Si la posibilidad de ser contratista se impide al inicio del proceso de selección el oferente podría solo pedir los costos de participación, porque en ese momento únicamente tenía una remota posibilidad de celebrar el contrato –la ganancia esperada sería un perjuicio meramente hipotético–.

En contraste, si el proceso de selección ya se encuentra en una etapa avanzada el perjuicio por no obtener la ganancia esperada –la utilidad proyectada en el AUI– se torna real, por lo tanto, al afectado solo le resta probar que debió ser el adjudicatario para obtener la ganancia esperada, con la precisión de que en estos eventos el participante no tendría derecho al reintegro de los costos de participación porque debía asumírselos para poder acceder a la utilidad que reclama.

En el asunto de la referencia, aunque el proceso de escogencia estaba en su última etapa y que el oferente demandante acreditó que cumplía con todos los parámetros de la licitación previstos en el pliego de condiciones, inclusive con los requerimientos económicos –el precio de su propuesta estaba comprendido entre el 90% y 100% del presupuesto oficial–, no podría condenarse a la entidad porque el actor no pretendió la ganancia –la utilidad fijada en el AUI–, sino que, tan solo solicitó, sin especificar sobre qué título, el valor asegurado en la póliza de seriedad de la oferta.

Este rubro tiene como finalidad, principalmente, ser una estimación anticipada de perjuicios en favor de la entidad convocante pero no en favor de los proponentes y aunque jurisprudencialmente se ha empleado para calcular la ganancia dejada de percibir por la no firma de un contrato, ello solo procede cuando se desconoce el porcentaje de la utilidad fijada en el AUI; sin embargo, este no es el caso porque en la oferta se fijó la utilidad en un cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

2. El daño antijurídico no es igual al daño especial

Las categorías de *daño antijurídico* y *daño especial* no son equiparables entre sí; la primera está relacionada con uno de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial, consistente en la lesión o afectación negativa de los bienes jurídicos de la víctima y, la segunda, hace referencia a la razón de orden jurídico que válidamente permite

Expediente: 50001-23-31-000-2009-00126-01 (54.107)

Actor: Orlando Fajardo Castillo y otros

Reparación directa

Aclaración de voto

atribuir responsabilidad, huelga decir, corresponde al título de imputación jurídica de la responsabilidad que se endilga a la parte demandada, en consecuencia, cada uno de los elementos del juicio de responsabilidad tiene características propias que impiden emplearlos como si de un solo concepto se tratara pues, de llegar a hacerlo se trastocaría el orden lógico que rige las nociones de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado y los elementos que la estructuran.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.