

El reconocimiento de la experiencia del proponente que no fue debidamente adjudicado en un proceso de selección público: un análisis desde la responsabilidad *in contrahendo* del Estado

MARÍA CAMILA NARANJO ARANGO¹

RESUMEN

Dentro de los casos que engloba la responsabilidad *in contrahendo* del Estado, se destaca la indebida adjudicación en los procesos de selección públicos. Este artículo se plantea entonces la reflexión consistente en si, en atención al desarrollo legal, normativo, doctrinario y jurisprudencial que se ha surtido en ese campo, es posible determinar que existe un derecho en cabeza del proponente que no fue debidamente adjudicado de reclamar el

1 Magíster en Derecho de la Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Docente de cátedra de la Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Correo-e: maría.naranjo@enfoquejuridico.com. Enlace ORCID: 0009-0009-2842-2305. Fecha de recepción: 13 de enero de 2026. Fecha de modificación: 27 de abril de 2026. Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2026. Para citar el artículo: Naranjo Arango, María Camila, "El reconocimiento de la experiencia del proponente que no fue debidamente adjudicado en un proceso de selección público: un análisis desde la responsabilidad *in contrahendo* del Estado", Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, 2026, pp. 239-274. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n36.10>.

reconocimiento de la experiencia que no pudo adquirir y correlativamente, un deber en cabeza del Estado de reconocer esa experiencia, así como un deber en cabeza de las cámaras de comercio de inscribirla dentro del Registro Único de Proponentes (RUP).

Palabras clave: contratación estatal, experiencia, proponentes, adjudicación, responsabilidad estatal, requisitos habilitantes, idoneidad, indebida adjudicación.

Recognition of the Experience of a Bidder Improperly Denied Award in a Public Procurement Procedure: An Analysis from the Perspective of State Liability

ABSTRACT

Among the cases encompassed by State liability in pre-contractual relations, the improper award of public contracts stands out. This paper examines whether, in light of the legal, regulatory, doctrinal, and jurisprudential developments in this area, a bidder who was improperly denied the award of a public contract may claim recognition of the experience it was unable to acquire. Furthermore, the paper analyzes whether the State has a duty to recognize such experience, as well as whether chambers of commerce have a duty to register it in the Single Registry of Bidders (RUP).

Keywords: Public Procurement, Experience, Bidders, Award, State Liability, Eligibility Requirements, Suitability, Improper Award.

INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo surge de la necesidad de someter a la Administración pública y a sus servidores a un régimen jurídico y a una jurisdicción especiales, distintas a las que regulan las relaciones entre particulares.

Lo anterior se desprende de que mientras los particulares, por regla general, actúan en ejercicio de la autonomía de la voluntad, mediante relaciones de mutuo acuerdo y buscando el ánimo de lucro y la ganancia privada, la Administración pública debe actuar en desarrollo del principio de legalidad, teniendo a su favor las llamadas prerrogativas o potestades públicas, y teniendo como finalidad principal garantizar la prevalencia del interés general y la

satisfacción de las necesidades colectivas, sometida en todo caso al respeto por los derechos y a un estricto régimen de controles y responsabilidades.

En este sentido, podemos vislumbrar que la Administración pública actúa por distintos medios, en ejercicio de sus funciones, generando efectos o consecuencias jurídicas en sus ciudadanos. En este sentido, puede en el día a día producir hechos, omisiones y operaciones administrativas que pueden desencadenar la responsabilidad patrimonial del Estado o de sus servidores.

Así, se logra enmarcar el régimen de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, estipulado principalmente en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional², establece el deber de reparación en cabeza del Estado ante la producción de un daño antijurídico, pues a este le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración pública, lo que llega a armonizar plenamente con los principios y fundamentos del Estado social de derecho.

Se establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los daños antijurídicos cometidos por la acción u omisión de las autoridades, lo que implica que, una vez ocasionado el daño antijurídico y este sea imputable al Estado (es decir, que exista un título que permita su atribución a una acción u omisión de una autoridad), se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima en virtud del deber de reparación³.

Conforme a lo anterior, se estructura el régimen de la responsabilidad precontractual del Estado, también conocida como responsabilidad *in contrahendo*, como aquel que se origina por el daño antijurídico producido por la acción u omisión del Estado antes de la celebración del contrato estatal.

Para las personas naturales y jurídicas que participan activamente en los procesos de selección públicos adelantados por las entidades estatales, como por ejemplo, las licitaciones públicas, las selecciones abreviadas de menor cuantía, las subastas inversas, entre otros, es relevante la inscripción de los contratos que han ejecutado con clientes tanto del sector público como del privado en el Registro Único de Proponentes (RUP), ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 1150 de 2007, el RUP constituye el único documento válido para acreditar la experiencia adquirida por los oferentes, así como el único medio probatorio a partir del cual las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden adelantar las evaluaciones jurídicas, financieras y técnicas concernientes para determinar la idoneidad del proponente.

2 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996, expediente D-1111.

3 *Ibid.*

Conforme a lo anterior, el presente artículo invita a reflexionar respecto a una cuestión que puede resultar interesante para los particulares que estén interesados en licitar y el mismo Estado, por cuanto pretende indagar por un eventual derecho que podrían reclamar los particulares en los casos en los cuáles el Estado ha producido un daño por no adjudicar debidamente un contrato dentro de un proceso de selección público.

Al tratarse de un tema que no se ha abarcado en profundidad por los distintos investigadores, resulta interesante examinar una problemática frente a la cual hay una escasa bibliografía, lo que permitirá constituir una base muy importante que aportará significativamente en los campos del conocimiento y dará pie para futuros proyectos investigativos, así como el avance del conocimiento jurídico⁴.

En este orden de ideas, el propósito de este artículo es identificar si el proponente que no fue debidamente adjudicado en un proceso de selección tiene derecho a solicitar al juez de la República el reconocimiento de la experiencia derivada del contrato que no fue ejecutado y su inscripción en el Registro Único de Proponentes. Se anota que la presente reflexión únicamente gira en torno a los escenarios de indebida adjudicación regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

1. GENERALIDADES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INDEBIDA ADJUDICACIÓN

Como objeto de estudio, el régimen de responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual (dentro de la cual se puede incluir la responsabilidad precontractual), logra consolidarse en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la expedición del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991⁵.

Así, la cláusula contenida en el artículo 90 de la Constitución comprende un contenido general de responsabilidad aplicable a todo el actuar de la Administración pública, dentro del cual se encuentra la actividad contractual y precontractual del Estado⁶.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, la cual comprende la base y estructura del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP),

4 Christian Courtis y Manuel Atienza, *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, 2006.

5 Hugo Andrés Arenas. "¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres? A propósito de la relación de causalidad", *Vniversitas*, n.º 29, 2020.

6 Juan Carlos Expósito, "La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2022, pp. 73-133.

prescribe en su artículo 26 el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, el cual desarrolla que los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas, por lo que, en el campo de la contratación estatal, este principio establece que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

En consonancia con lo anterior, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 proscribe que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se deberán definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso. Así mismo, establece que, conforme al principio de transparencia, se deberán definir reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de las altas cortes, principalmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, particularmente la Sección Tercera, ha desarrollado a través del análisis y la resolución de distintos casos, el alcance y aplicación del régimen de responsabilidad del Estado y el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, definiendo de manera más precisa los elementos estructurales que los componen, como lo son la producción del daño antijurídico y la atribución del título o nexo de imputación.

De esta manera, para que se pueda aplicar el régimen de responsabilidad del Estado, por un lado, se debe producir un daño a un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportar⁷ y, por otro lado, se le debe atribuir un título de imputación, que implica un deber jurídico en cabeza del Estado de responder ante este daño⁸.

Conforme a lo anterior, dentro de la esfera de la responsabilidad del Estado, Escobar⁹, ha indicado que la responsabilidad precontractual del Estado o culpa *in contrahendo* se verifica cuando la Administración pública o

7 Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

8 Angélica María Armenta, "El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación", *Revista Via Iuris*, vol. 6, 2009, pp. 90-114.

9 Rodrigo Escobar, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, Bogotá, Editorial Legis, 1999, p. 228.

los proponentes-oferentes, ya sean personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, con sucursal o sin sucursal en Colombia, sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de formación de la voluntad y perfeccionamiento del negocio, que determina la imposibilidad de seleccionar al proponente más idóneo, la adjudicación irregular de la licitación o el proceso de selección público o la falta de perfeccionamiento del contrato estatal.

Vale la pena destacar que la concepción de responsabilidad precontractual o responsabilidad *in contrabendo* ha sido estructurada previamente en el campo del derecho civil por el célebre doctrinante R. Von Ihering. En este sentido, la culpa *in contrabendo* se configura cuando se produce un daño como resultado de una actividad culposa de la contraparte prenegocial, constituyéndose en una violación al deber de diligencia que se presenta en la etapa de contracción del negocio.

Se debe entonces distinguir que, en el régimen de responsabilidad precontractual aplicable a la etapa previa de la celebración de los contratos estatales regulados en el EGCAP, se configuran dos escenarios importantes para tener en cuenta. Se esbozan dos escenarios consistentes en: (1) la responsabilidad precontractual imputada y radicada en cabeza del Estado, como entidad contratante para la adquisición de los bienes y servicios requeridos y (2) la responsabilidad precontractual imputada y radicada en cabeza de los proponentes que aspiran ser contratistas y que pueden fungir la calidad de personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, nacionales o extranjeras, con sucursal o sin sucursal en Colombia, para prestar los servicios requeridos por el contratante.

Conforme a las ideas anteriormente expuestas, el presente artículo se centrará en analizar el alcance del régimen de responsabilidad precontractual del Estado bajo el escenario n.º 1, analizando la posición jurídica que asume el proponente burlado, en razón de una indebida adjudicación del contrato estatal por parte de la entidad pública contratante.

En este sentido, para el caso de la Administración pública, tan pronto esta profiere la decisión de abrir una licitación o cualquier otro procedimiento de selección de contratistas, conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), se adquiere el deber de observar rigurosamente los parámetros dados en la ley y el pliego de condiciones, así como de adoptar una conducta leal, diáfana y veraz que le permita escoger al contratista que haya presentado la propuesta más idónea y favorable.

Así, indica Santaella¹⁰ que existen derechos radicados en cabeza de los oferentes o proponentes, cuya vulneración o desconocimiento son generadores de responsabilidad precontractual del Estado.

Por consiguiente, en cuanto al alcance del régimen de responsabilidad precontractual del Estado, relativo al principio de responsabilidad regulado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, el Estado debe responder por los daños producidos en los casos en los cuáles se abren licitaciones o cualquier otra modalidad de selección pública sin haberse elaborado los pliegos, estudios o diseños necesarios o cuando estos documentos hayan sido elaborados de forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzca a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo.

Conforme a lo anterior, en atención a ese deber en cabeza del Estado de adoptar una conducta legal, diáfana y veraz durante todo el trámite precontractual, se destacan tres modalidades jurídicas que comprenden el régimen de responsabilidad precontractual del Estado, atendiendo las distintas fases de la etapa precontractual o de formación del contrato: (1) responsabilidad precontractual del Estado por la preparación indebida de la licitación y del contrato, (2) responsabilidad precontractual del Estado por las irregularidades en la adjudicación y (3) responsabilidad precontractual del Estado por irregularidades en el perfeccionamiento del contrato.

En este sentido, Santaella¹¹ ha sintetizado que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han consolidado cuatro eventos de daños derivados de la actividad precontractual del Estado: (1) la privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz, (2) la lesión al derecho del proponente a que su oferta sea debidamente valorada, (3) la vulneración al derecho del proponente a ser adjudicatario de un contrato estatal y (4) la lesión al derecho a suscribir o ejecutar el contrato, una vez adjudicado.

Respecto a la responsabilidad precontractual del Estado por las irregularidades en la adjudicación, esta se estructura cuando se le causa un daño antijurídico al proponente que presenta la oferta más favorable, ya sea porque la entidad estatal que adelantó el correspondiente proceso de selección resuelve rechazarla ilegalmente, adjudica la licitación a quien no ha presentado

10 María Juliana Santaella, "El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, 2018, pp. 291-315.

11 *Ibid.*

la oferta más favorable o se abstiene o desiste de realizar la adjudicación, declarando desierta la licitación, sin que medie causal que permita adoptar esa decisión, vulnerando en todo caso los principios de responsabilidad y selección objetiva que rigen la contratación estatal.

En todos estos casos, surge la obligación en cabeza del Estado de indemnizar al proponente más idóneo burlado, en razón a que, al habérsele privado de su derecho a la adjudicación del contrato estatal, se le causa un daño antijurídico, equivalente al menoscabo o detrimento patrimonial que sufre por las ganancias o utilidades que deja de percibir por la no ejecución del contrato.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹² ha sostenido que en los eventos en que las entidades estatales se abstienen de adjudicar un contrato al proponente más idóneo o cuando adjudican a quien no debía ocupar el primer orden de elegibilidad, conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, al negarle al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar un perjuicio patrimonial que exige la prueba específica del mismo y de su alcance.

Ahora bien, respecto a la reparación del daño producido por la indebida adjudicación del contrato estatal, tal y como lo expone Expósito¹³, el Consejo de Estado ha señalado que no son objeto de reconocimiento para los proponentes burlados los gastos en que incurrieron para la preparación de sus respectivas propuestas, pues estos constituyen el costo de oportunidad incurrido para participar en las correspondientes licitaciones o procedimientos de selección.

Por su parte, el máximo tribunal en reiterada jurisprudencia ha indicado que la indemnización de los perjuicios ocasionados en razón a la indebida adjudicación del contrato estatal corresponde al valor que hubiese percibido el proponente burlado relativo a las utilidades dejadas de percibir, por la no ejecución del contrato que por derecho le correspondía.

De acuerdo con el análisis planteado por Expósito¹⁴, la actual tesis que aplica el máximo órgano de cierre en la jurisdicción contencioso-administrativa, correlativa a la indemnización de los perjuicios ocasionados al proponente afectado por la indebida adjudicación del contrato estatal, se fundamenta en que:

12 Consejo de Estado, sentencia con radicado n.º 220822-66001-23-31-000-1992-01919-01-(14576) de 2006.

13 Juan Carlos Expósito, "La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado", *op. cit.*, pp. 73-133.

14 *Ibid.*

(1) La indemnización del proponente corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, en este sentido, no se puede conceder una indemnización superior, porque constituiría un daño eventual, es decir, carecería de certeza; (2) la indemnización no puede ser inferior, porque el juez no puede deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad esperada de haber podido ejecutar el contrato estatal; y (3) la única forma de indemnizar un porcentaje inferior al proponente es que se probara que hay desproporción en la utilidad esperada o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla (pp. 149-150).

Dada la naturaleza del perjuicio cierto y futuro que sufre el proponente burlado, el quantum de este es determinable mediante la valoración de la oferta económica del proponente, ya que contiene los costos directos e indirectos en que incurrirá el oferente si se le hubiere adjudicado el contrato, así como de los demás medios de prueba que demuestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada.

Al respecto, teniendo en cuenta la postura reiterativa establecida por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, se destaca que el proponente burlado, al momento de interponer el medio de control correspondiente, deviene una doble carga probatoria.

De una parte, debe demostrar que la resolución de adjudicación expedida por la entidad estatal lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico colombiano y de otra, debe demostrar que su propuesta constituía en la más idónea y conveniente para la Administración, con estricta observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos, atendiendo así los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado (la producción del daño antijurídico y la atribución del título de imputación jurídica).

En este sentido, el ofrecimiento más favorable constituiría aquel que, teniendo en cuenta los factores de ponderación tales como la oferta económica, factores técnicos ponderables, entre otros, y los criterios habilitantes de índole jurídico, técnico y financiero, dados en el pliego de condiciones, resulta ser el más ventajoso para la entidad, conforme al principio de selección objetiva, es decir, el que resulte habilitado en los componentes técnicos, financieros, contables y jurídicos y con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación realizada por la entidad, en atención a la aplicación irrestricta de las normas dadas en el pliego de condiciones¹⁵.

Una vez expuesto el fundamento normativo, doctrinario y jurisprudencial que regula el régimen de responsabilidad precontractual del Estado por la indebida adjudicación del contrato, a continuación, se procederá a abordar en mayor profundidad en el principal tema objeto de investigación, respecto

15 Consejo de Estado, sentencia con radicado n.º 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688) de 2012.

al debido reconocimiento de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, a raíz de la indebida adjudicación del contrato estatal, esto es, la experiencia que no pudo adquirir con ocasión del contrato estatal que por derecho le correspondía ejecutar. Para ello, se abordará en mayor profundidad el concepto y la caracterización de la "experiencia" en materia de contratación estatal y como esta logra componerse en un activo inmaterial del proponente burlado, que hace parte de su patrimonio.

2. CARACTERIZACIÓN DE LA "EXPERIENCIA" EN MATERIA DEL CONTRATO ESTATAL Y COMO ELLA COMPONE UN ACTIVO INMATERIAL

En el campo de la contratación estatal, el concepto de "experiencia" se define y regula a partir del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, norma que integra el EGCAP y el cual estipula los criterios de selección objetiva (que comprenden los requisitos jurídicos, financieros, organizacionales y técnicos habilitantes y los factores ponderables) que deben atender y ceñirse las entidades contratantes en el marco de los procesos de selección que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así, el concepto de "experiencia" a nivel legal, se configura, por regla general, como un requisito de carácter habilitante en los procesos de selección de contratistas y, excepcionalmente, como factor ponderable o de puntuación en los procesos de selección de consultores. En este orden de ideas, la acreditación del requisito de experiencia dado por la ley tiene como objetivo primario medir la aptitud del proponente interesado para participar en un proceso de selección y ejecutar de forma idónea el contrato estatal derivado de este proceso, en caso de ser adjudicado.

Tal y como lo ha indicado el Consejo de Estado¹⁶, al establecerse la experiencia como requisito habilitante, se tiene como propósito que las entidades fijen unos requisitos mínimos de idoneidad técnica que deben acreditar los proponentes interesados para que puedan verificar su aptitud para participar en el proceso de selección de interés y, eventualmente, ejecutar de forma óptima el contrato estatal.

Conforme a lo dispuesto en el EGCAP, al ser la experiencia por regla general un requisito habilitante, implica que este puede subsanarse, teniendo en cuenta que se trata de un requisito que no afecta la asignación de puntaje (salvo en los procesos de consultoría en los cuáles se puede exigir adicionalmente la acreditación de la experiencia del proponente como factor ponderable, en virtud de la complejidad y especialidad del objeto

16 Consejo de Estado, sentencia 05001-23-31-000-2003-03663-01 (41.333) de 2016.

contractual a ejecutar), por lo que la no acreditación de la experiencia al momento de la presentación de la oferta no implica el rechazo de la misma, sino que los proponentes podrán acreditarla en el término que otorgue la entidad contratante para el traslado del informe de evaluación, siempre y cuando no se trate de la acreditación de hechos o circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha límite de presentación de la oferta.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado¹⁷ ha señalado que la subsanación de las ofertas se encuentra supeditada a la posibilidad que tienen los proponentes de remediar un defecto o error de sus propuestas, sin que ello implique la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.

Lo anterior significa que, en el caso en que un proponente omita aportar la copia del contrato o el certificado de experiencia requerido por la entidad contratante como requisito habilitante, este tendrá la posibilidad de aportar estos documentos en el término de traslado del informe de evaluación, siempre y cuando la experiencia que pretenda acreditar en el proceso de selección se haya ejecutado con anterioridad a la fecha de cierre del proceso, esto es, anterior a la fecha y hora máximas dispuestas por la entidad contratante para la presentación de las propuestas.

Podemos vislumbrar como el requisito de experiencia se configura como un requisito habilitante de índole técnico y, excepcionalmente, factor ponderable que deben estipular las entidades estatales contratantes, con el fin de medir la aptitud técnica que tiene el proponente para llevar a cabo la ejecución del objeto contractual respecto al cual se encuentra interesado, aptitud que se mide a partir de la trazabilidad y documentación de los contratos y proyectos anteriores que ha ejecutado con entidades públicas o privadas, y que tienen similar naturaleza y objeto al del contrato, derivado del proceso de selección frente al cual está interesado en participar.

De esta manera, tal y como lo dispone la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente¹⁸, la experiencia logra ser acreditada por un oferente interesado cuando es afín al tipo de actividades incluidas dentro del objeto del contrato a celebrar, afinidad que no necesariamente implica que el objeto del contrato ejecutado sea idéntico al del proceso de selección aspirado, pero sí que tenga relación directa con este.

Tal y como lo contempla la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente¹⁹, la experiencia debe ser entendida como el

17 Consejo de Estado, sentencia con radicado n.º 2095328-25000-23-31-000-2005-01178-01 (40660) de 2015.

18 Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, concepto C-417 de 2023. Disponible en: <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/10/C-417-de-2023.pdf> [consultado el 21 de junio de 2024].

19 *Ibid.*

conocimiento técnico que obtiene el proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato con entidades públicas, privadas, nacionales o extranjeras.

Es menester precisar que la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente²⁰, ha considerado en numerosos pronunciamientos que no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes, ya que, precisamente, de esa experiencia es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, en la medida en que se logra garantizar que no existirá improvisación o mayores costos para la entidad contratante por errores o dificultades derivados de realizar una actividad por primera vez.

Siguiendo este orden de ideas, y en atención a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, la entidad estatal, como responsable de la estructuración del proceso de selección, es autónoma para requerir a los proponentes la experiencia necesaria como requisito habilitante en los pliegos de condiciones o en la respectiva invitación pública, frente a lo cual debe ceñirse a los siguientes parámetros para poder establecer los requisitos mínimos y llevar a cabo la calificación de las propuestas: (1) el riesgo del proceso de contratación, (2) el valor del contrato objeto del proceso de contratación, (3) el análisis del sector económico respectivo y (4) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Conforme a lo anterior, el artículo 6.º de la Ley 1150 de 2007 estipula que la experiencia es evaluada y verificada por la entidad a través del Registro Único de Proponentes (RUP), con excepción de los procesos de contratación directa, los contratos para la prestación de servicios de salud, los contratos de mínima cuantía, la enajenación de bienes del Estado, los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole.

De esta manera, todas las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, ya sean nacionales o extranjeras, con sucursal o sin sucursal en Colombia que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en los casos antes citados, deben inscribir la experiencia de los contratos que han ejecutado en el correspondiente RUP para que esta pueda ser debidamente evaluada y acreditada por la entidad contratante, so pena

20 *Ibid.*

de no poder considerarse en la etapa de evaluación de las propuestas y por ende, rechazarse.

En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que la información que deben reportar los proponentes interesados en el correspondiente RUP comprenden los certificados de la experiencia adquirida en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerán a las entidades estatales, las cuáles deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o, en su defecto, copias de los contratos cuando el proponente interesado no pueda obtener tal certificado.

De esta manera, el proponente interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, las obras y los servicios a los cuales corresponde la experiencia que adquirió y que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios UNSPSC en el tercer nivel.

Conforme a lo anterior, los proponentes interesados deben registrar en el RUP, sin restricción alguna, los contratos que hayan celebrado para suministrar obras, bienes o servicios, esto pues la experiencia, al no agotarse con el paso del tiempo, supone que los proponentes tienen una mayor experticia técnica a medida que vayan celebrando y ejecutando más contratos ligados al que pretenden ser adjudicatarios, pues ello implica la obtención y el desarrollo de más conocimientos técnicos que les logran generar un mayor valor agregado, lo que implica que se pueda generar una mayor confianza en que podrán ejecutar el objeto contractual, sin contratiempos.

Como bien se mencionó previamente, respecto a la acreditación de la experiencia como factor ponderable (a manera excepcional), conforme a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, se establece la experiencia del proponente como factor ponderable o de puntuación en la modalidad de selección de concurso de méritos, regulada en el artículo 2.º de la Ley 1150 de 2008, sin que se configure una obligación legal expresa de exigir la inscripción de los contratos que acreditan la experiencia en el RUP para su evaluación. Esta modalidad de selección corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación.

En consecuencia, como lo ha manifestado la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente²¹, la experiencia debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificaciones de los contratos celebrados por el oferente interesado con las diferentes entidades contratantes, quienes los expiden dando cuenta del contrato ejecutado y de que recibieron los bienes, obras o servicios de parte

21 *Ibid.*

del proponente. De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente haya celebrado o ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer a través el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea totalmente idéntico, pero sí que tenga una relación directa que dé cuenta de la experticia técnica para proveer los bienes requeridos o prestar los servicios solicitados.

Ahora bien, teniendo una mayor claridad conceptual respecto al concepto de experiencia y sus implicaciones en el ámbito de la contratación estatal, a continuación, se procederá a definir su alcance como un activo inmaterial de los proponentes, ya sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con o sin sucursal en Colombia, interesados en participar en los procesos de selección públicos.

A nivel normativo, los activos inmateriales o intangibles se definen por primera vez en el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, el cual reglamentó la contabilidad en general y se expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. De esta manera, el artículo 66 del decreto citado estableció que los activos intangibles son aquellos recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.

Como más adelante señaló este artículo, el valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos, el cual, cuando sea el caso, se debe re expresar como consecuencia de la inflación y, para reconocer la contribución de estos activos a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil, la cual se debe determinar tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual.

Ahora bien, si bien el Decreto 2649 de 1993 fue posteriormente derogado con la expedición de la Ley 1314 de 2009 y el Decreto 2429 de 2015, que dieron pie a la introducción de las normas de información financiera en Colombia, se retoma a partir de la Norma Internacional de Contabilidad NIC 38 la definición de activo intangible, al establecerse como un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física, que se posee para ser utilizado en la producción o suministro de bienes y servicios, para ser arrendado a terceros o para funciones relacionadas con la administración de la entidad.

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado²², ha señalado que los bienes o activos intangibles comprenden aquellos recursos que carecen de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros y de cuyo ejercicio o explotación se obtienen beneficios económicos.

Conforme a lo anterior, el Consultorio Contable de la Universidad Eafit²³ define el activo inmaterial o intangible como un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia, esto es, un bien inmaterial, representado en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos porque contribuyen para una empresa un aumento de ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico, constituyéndose así en derechos que se compran o desarrollan en el curso normal de los negocios. A modo de ejemplo, se pueden esbozar como activos inmateriales o intangibles el crédito mercantil, marcas, patentes, concesiones, franquicias, derechos, *know how* y licencias.

En este sentido, conforme a las normas de contabilidad en Colombia, se reconocen dos tipos de activos intangibles: formados y adquiridos. Así, los activos intangibles adquiridos comprenden aquellos obtenidos por medio de un pago específico para su adquisición y los activos intangibles formados comprenden aquellos que se desarrollan internamente por su propietario, bien sea que se crearan de sus labores o por estudios e investigaciones. Tal y como lo establece la NIC 38, los activos intangibles se pueden adquirir mediante compra, ser generados internamente y por combinación de negocio, entre otros²⁴.

En virtud de lo anterior, los activos intangibles, aunque no tengan una forma física y palpable, cumplen una función muy importante para las empresas, ya que pueden ser identificables, pueden controlarse, generan un beneficio económico futuro y hacen parte de la base estructural de una organización²⁵.

22 Consejo de Estado, sentencia con radicado n.º 41001-23-31-000-2000-03650-01(16274) de 2009.

23 Universidad Eafit, *NIC 38-Activos Intangibles*. Disponible en: <https://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultoriocontable/Documents/C%20NIC%2038.pdf> [consultado el 28 de junio de 2024].

24 Fabiola Báez y Paula Johanna Gómez, *Activos intangibles, evolución y efectos tributarios* [trabajo de grado], Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia, 2020.

25 Juan Camilo Laínez, *El valor de los activos intangibles empresariales: Un estudio empírico en una organización colombiana* [trabajo de magíster], Universidad Nacional de Colombia, Medellín, Colombia, 2012.

De acuerdo con la NIC 38, los activos intangibles para ser reconocidos y contabilizados deben cumplir con los siguientes requisitos: (1) el activo debe ser identificable, es decir, susceptible de ser separado de la entidad y vendido, transferido, dado en explotación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o que surjan derechos contractuales, (2) el activo debe ser controlado por la empresa, es decir que de él se puedan obtener los beneficios económicos futuros y se pueda restringir el acceso de este a terceros, (3) el activo debe generar ingresos derivados del desarrollo de actividades ordinarias y ahorrar costos, y (4) su costo puede ser medido de forma fiable.

Adentrándonos más en los ejemplos de activos inmateriales o intangibles, podemos destacar el *know how*, el cual, al traducirse en el idioma español en "saber hacer", hace referencia al conocimiento adquirido que ha adquirido un particular en el sentido técnico, específico y especializado para realizar un proceso o industria concreto²⁶, que tiene su base y que ha sido desarrollado a través de la experiencia que se ha adquirido a lo largo de años a partir del ejercicio cotidiano y profesional de la actividad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷ ha indicado que el *know how* responde a la totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia inmersos en los procedimientos aplicados por las empresas o individuos para el desarrollo de su objeto social. Así, se define como un activo intangible apreciable en dinero, del conocimiento práctico sobre la forma de hacer algo con facilidad y eficiencia, aprovechando al máximo los esfuerzos y experiencias acumuladas en un arte o técnica.

Observando la importancia que acarrea la protección de los activos intangibles o inmateriales que constituyen el patrimonio de los particulares, se configura el derecho de propiedad industrial, el cual goza de garantía constitucional y se encuentra sujeta el régimen que imponga la ley, en aplicación al artículo 150 de la Constitución, así como a las restricciones y obligaciones que implican la función social de la propiedad y la prevalencia del interés general²⁸.

Conforme a lo anterior, podemos vislumbrar cómo la experiencia adquirida por los proponentes interesados en presentarse en un proceso de selección, ya sean personas naturales o jurídicas, constituye y hace parte de su *know how*, pues precisamente a partir de la experiencia que adquieren a partir de la ejecución de ciertos negocios o contratos celebrados ya sea con particulares o entidades públicas, se obtienen conocimientos, estrategias y manejos

26 Marco Vinicio Alfaro, "El *know how* y su aplicación práctica en el contrato de franquicia", *Revista Judicial*, vol. 109, 2013, pp. 233-273.

27 Consejo de Estado, sentencia con radicado n.º 41001-23-31-000-2000-03650-01(16274) de 2009.

28 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-381 del 14 de septiembre de 1993, expediente T-14099.

valiosos que tienen una incidencia directa en el vínculo que se establece entre el proceso que se desarrolla y sus resultados, resultados que les permiten destacarse en el mercado, incorporarles un valor agregado y contribuir al desarrollo de la sociedad.

La experiencia que se adquiere a partir de la celebración de diversos negocios jurídicos permite a quienes la ejecutan desarrollar diversos factores y estrategias técnicos, científicos, logísticos, jurídicos y administrativos que, combinados, permiten una fabricación o transformación de productos o servicios con resultados específicos y característicos de la industria que los posee.

A partir de la experiencia que adquieren los proponentes, se desarrollan planes, reglas y métodos específicos aplicables y utilizados en las actividades comerciales que desempeñan y que tienen reconocimiento y protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de lo anterior, puede esbozarse como la experiencia, al estar inmersa en el *know how*, comprende un activo inmaterial de gran envergadura en el patrimonio de las personas naturales o jurídicas. Podría entonces concluirse que, a raíz de la indebida adjudicación del contrato estatal, al proponente burlado no solo se le estaría privado de su derecho a obtener utilidades derivadas de la ejecución del contrato que por derecho le correspondía, sino también a adquirir experiencia que podría brindarle mayores conocimientos y saberes especializados para ejecutar ciertas actividades o brindar determinados bienes, que podría brindarle un mayor valor agregado y que comprende un activo valorable en dinero que integra su patrimonio, además de tener mayores elementos para acreditar como requisitos técnicos habilitantes o factores ponderables en futuros procesos de selección.

3. EL CORRESPONDIENTE MEDIO DE CONTROL A INTERPONER ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA NO EJECUTADA Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES (RUP)

Entendiendo que a raíz de la indebida adjudicación del contrato estatal al proponente burlado se le estaría privando su derecho de adquirir experiencia, que podría brindarle mayores conocimientos y saberes especializados para la ejecución de actividades y la prestación de bienes y servicios, lo que constituye un activo apreciable en dinero que integra su patrimonio y le brindaría un mayor valor agregado en el mercado, en el presente aparte se pretende indagar respecto al medio de control que podría el proponente burlado interponer ante la jurisdicción contencioso administrativa para

solicitar tal reconocimiento por parte de la entidad contratante demandada, y su eventual inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP).

Analizar este componente es pertinente a la luz de la garantía y protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, pues permitirá al proponente burlado por la indebida adjudicación hacer valer sus derechos e intereses a través de una decisión de fondo, conforme a las garantías que atañen la controversia procesal.

Respecto al control de los actos administrativos individuales, generales o mixtos, conforme lo sostiene Santofimio²⁹, constituyen objeto de control de la jurisdicción contencioso administrativa los actos administrativos entendidos bajo los criterios formales y materiales, es decir, constituye objeto de control de esta jurisdicción toda aquella manifestación de la voluntad unilateral o bilateral derivada del ejercicio de la función administrativa, emanada tanto de entidades públicas como privadas (cuando estos desempeñen funciones administrativas, como es el caso de las notarías, curadurías o cámaras de comercio) y encaminada a la producción de efectos jurídicos. Lo anterior implica que es impugnante ante la jurisdicción contencioso administrativa toda decisión de la administración que produzca efectos jurídicos, al igual que todo contrato en el que una de las partes sea una entidad estatal³⁰.

Para ejercer el control de los actos administrativos individuales, generales o mixtos, se configuran en la Ley 1437 de 2011, CPACA, las respectivas acciones procesales y medios de control, en virtud de las disposiciones dadas en el artículo 89 de la Constitución Política de Colombia. El anterior precepto le entregó al legislador la potestad de determinar los caminos procesales y procedimentales que garantizan la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública, al igual que las vías necesarias para el mantenimiento y preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad.

Los medios de control, tal y como sostiene Santofimio³¹, constituyen un sistema de acciones procesales dirigidas a establecer instrumentos efectivos de controles y garantías en manos de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual amplía de manera significativa el objeto tradicional de esta jurisdicción en favor de los asociados y sobre todo del interés general y los derechos colectivos.

29 Jaime Orlando Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004.

30 Gabriel Rave, *Actuaciones administrativas y derecho procesal administrativo*, Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R., 2013.

31 Jaime Orlando Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit.

Entre los medios de control dados en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, se destaca el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual lo define el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Respecto a este medio de control, el cual fue anteriormente regulado en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, se destaca que hay un derecho particular involucrado, esto es, un derecho subjetivo amparado en una norma que se ve afectado en virtud de un acto administrativo. Se trata entonces de una acción procesal de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo que se encuentra viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su apoderado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se declare la nulidad del mismo, lo que implica que pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal y como consecuencia, se le restablezca su derecho o se repare el daño causado.

Al respecto, es importante anotar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por un acto administrativo y no por un hecho, un contrato, una operación, una ocupación o una omisión de la administración, lo que la distingue claramente de otros medios de control tales como la acción de reparación directa o la acción de controversias contractuales, cuya fuente radica en la protección de los derechos de los particulares y vulnerados por un contrato, hecho, operación, ocupación u omisión de la administración³².

En este sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 del CPACA, puede ejercer el respectivo medio de control toda persona quien se crea lesionada en un derecho subjetivo por la ejecutoria de un acto administrativo y lo podrá hacer dentro de los cuatro meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del correspondiente acto administrativo que se encuentra viciado de nulidad.

Conforme a los componentes que caracterizan el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme y reiterativa en establecer que, en los casos en los cuáles un proponente perciba vulnerados sus derechos a raíz de una indebida adjudicación, es procedente acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esto, de conformidad con lo establecido en el artículo 77.1 de la Ley 80 de 1993, que prescribe: "Parágrafo 1: El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo".

32 Jaime Vidal, *Derecho administrativo*, Bogotá: Editorial Temis, 1994.

En razón a la naturaleza y características del acto administrativo de adjudicación y la posición de vulnerabilidad en la cual se podría encontrar el proponente afectado por la indebida adjudicación del contrato estatal, debe el proponente afectado interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho directamente.

En este sentido, conforme a la normatividad que regula la materia, a este medio de control podría acudir el proponente vulnerado por una indebida adjudicación y que pretenda no solo la indemnización correspondiente a la pérdida de la utilidad esperada con ocasión de la ejecución del contrato, sino también el reconocimiento de la experiencia que no pudo adquirir.

Ahora bien, teniendo una mayor claridad respecto al medio de control al cual podría acudir el proponente vulnerado para solicitar el reconocimiento de la experiencia que no pudo ejecutar, comprendiendo que se trata de un activo intangible valorable en dinero, se procederá a ahondar a continuación cómo se surtiría el reconocimiento de esa experiencia no ejecutada, atendiendo a los elementos esenciales que comprenden el campo de la responsabilidad civil, a partir del cual se estructuró el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y, conforme a cómo se surtiría tal reconocimiento, si es viable solicitar la inscripción de esa experiencia no ejecutada en el RUP.

4. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA NO EJECUTADA, ASÍ COMO LA RESPECTIVA INSCRIPCIÓN EN EL RUP PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL PROPONENTE VULNERADO POR LA INDEBIDA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Como bien se ha abordado en el presente escrito, la indebida adjudicación del contrato estatal produce daños al proponente perjudicado, desde la imposibilidad que tiene de ejecutar el contrato estatal y obtener conocimiento práctico derivado de esta ejecución, conocimiento que hace parte de su patrimonio como un activo intangible, hasta la protocolización a través de la inscripción de la certificación o copia del respectivo contrato estatal en el RUP para poder acreditar la experiencia adquirida en futuros procesos de licitación o de selección públicos sometidos al EGCAP.

Por consiguiente, se proyecta a continuación analizar la tipificación del daño producido al proponente indebidamente adjudicado y, conforme a las disposiciones dadas en materia de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, cómo se podrían indemnizar los perjuicios ocasionados.

Como bien se indicó previamente, atendiendo a que el medio de control idóneo al que podría acudir el proponente burlado para el reconocimiento de la experiencia no ejecutada sería el medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho, se pretende dar respuesta a cuatro preguntas clave: ¿qué clase de daño se podría constituir al no ejecutarse la experiencia derivada del contrato que por derecho se le debió adjudicar al proponente burlado?, ¿cómo podrían indemnizarse los perjuicios ocasionados?, ¿el reconocimiento de la experiencia no ejecutada constituiría una pretensión meramente declarativa o podría ser condenatoria? y ¿se podría solicitar como pretensión condenatoria la inscripción de la experiencia no ejecutada en el RUP del proponente burlado?

El Estado en sus distintas actuaciones y manifestaciones, ya sean legítimas o ilegítimas, puede causar daños o perjuicios a los ciudadanos, por lo que se estructura el régimen de responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual del Estado.

Conforme a lo anterior, el resarcimiento de los perjuicios, en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad, debe correr a cargo del Estado, pues el daño producido se entiende desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas. Bajo esta óptica, el artículo 90 de la Constitución, el cual estructura el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, logra asentar sus bases a partir de principios que evocan la protección de la dignidad humana y la igualdad.

Ahora bien, vale la pena recalcar que, bajo la óptica de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea contractual o extracontractual, la prioridad no debe ser buscar un culpable para sancionarlo, sino comprender y reparar a la víctima por el mal injustificadamente sufrido.

Como bien indica Gil³³, la mera culpa establecida como factor de imputación, en virtud de los principios aducidos por la propia carta política, en el marco del Estado social de derecho, es insuficiente para poder atribuir la responsabilidad al Estado y el deber de resarcir los perjuicios ocasionados, debe analizarse conjuntamente con otros fundamentos de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo tales como la equidad, garantía, solidaridad, distribución de las cargas públicas, definidos como factores objetivos de imputación.

La doctrina ha clasificado los distintos tipos de daños en daños materiales e inmateriales. Constituye más que todo una simple denominación, a efectos de plantear una clasificación que permita distinguir con mayor claridad esos distintos tipos de daños y su correspondiente indemnización, entendiendo que todos los bienes y derechos, ya sea que tengan contenido económico o no, conforman el patrimonio de una persona.

33 Enrique Gil, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá: Editorial Temis, 2013.

Respecto a los daños materiales, Gil³⁴ clasifica estos en: (1) el daño emergente o afectación del interés negativo, esto es cuando un bien de contenido económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima y (2) el lucro cesante o afectación del interés positivo, que se traduce en un bien de contenido económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos y no ingresó, ni ingresará al patrimonio de la víctima. La anterior clasificación se establece, teniendo en cuenta el contenido establecido en el artículo 1614 del Código Civil colombiano.

Como bien indica Tamayo³⁵, el artículo 1614 del Código Civil colombiano al definir el "lucro cesante", se refiere a la ganancia o provecho que dejó de reportarse. Con ello, establece que el legislador se refiere a dos conceptos distintos, especies de un mismo género. Por "ganancia", entendemos la utilidad lucrativa, consistente en dinero o cosas provenientes de una fuerza de trabajo o de un capital; en cambio, por "provecho", término que alega el autor es más genérico, entendemos todo beneficio que cualquier situación de la vida le reporta a una persona. El disfrute de los bienes de la naturaleza, o de los producidos por el hombre, constituye un lucro que, al ser suprimido, deviene cesante.

Ahora bien, se debe precisar que la doctrina y la jurisprudencia, en aplicación a la normatividad vigente, no solo se han preocupado por proteger el lucro cesante, derivado de unos ingresos o de un provecho cierto dejado de percibir, también se ha encargado de indagar en cómo proteger a la víctima en aquellos casos en los cuáles el daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de obtener un beneficio.

Se indaga entonces en cómo proteger una expectativa que le fue arrebatada a la víctima, como producto del daño que le fue producido.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁶ ha suscitado la pérdida de la oportunidad como la frustración, supresión o privación definitiva de una oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro, asunto que se encuentra fuertemente ligado con la certidumbre de la afectación o quebranto a la víctima, la relación de causalidad y la injusticia del daño. La supresión definitiva de una oportunidad podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, infundada e íntima convicción de la razonable probabilidad de

34 *Ibid.*

35 Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, Bogotá: Editorial Legis Editores, 2007.

36 Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado n.º 17042-3103-001-2005-00103-01 de 2010.

concreción futura del resultado útil. Conforme a lo anterior, a diferencia del lucro cesante, en la pérdida de la oportunidad no se tiene la utilidad, pero tampoco se extingue y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida.

En este orden de ideas, Tamayo³⁷ establece que en la pérdida de la oportunidad hay lugar a indemnización, ya que el daño se puede concebir que sí es cierto y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. La pérdida de la oportunidad alude a todos aquellos eventos en los cuáles 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 impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer que genera 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 patrimonial³⁸. Dicha oportunidad constituía en si 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, ya sea material o inmaterial, para actuar en procura de esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento³⁹.

Dentro de los casos o ejemplos típicos de daños derivados dentro de la figura de la pérdida de la oportunidad, la doctrina y la jurisprudencia han aludido los casos en que se adjudica indebidamente un contrato estatal y se establece la obligatoriedad de indemnizar los perjuicios ocasionados a los proponentes burlados a quiénes por derecho, conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, se les debió adjudicar el contrato estatal. Al respecto, se destaca la explicación dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁰ que ha esbozado que:

existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la

37 Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit.

38 Obdulio Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá: Editorial Temis, 2011.

39 Consejo de Estado, sentencia con radicado n.º 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593) de 2010.

40 Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado n.º 11001-31-03-003-1998-07770-01 de 2014.

actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases, por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia.

A su vez, doctrinantes españoles como Medina⁴¹ han ejemplificado que:

También suelen plantearse hipótesis de pérdida de oportunidad cuando la consecución de una ventaja depende de que un sujeto lleve a cabo una actividad intelectual, consistente en la apreciación de hechos, la aplicación de reglas, el ejercicio de poderes discrecionales o la realización de juicios de valor u oportunidad. Piénsese en las ganancias que habría obtenido un recurrente, si el juez hubiera estimado sus pretensiones en un proceso que no llegó siquiera a incoarse por la falta de interposición del correspondiente recurso por olvido negligente del abogado; un licitador, si la Administración hubiera resuelto concederle el contrato administrativo en un proceso competitivo que finalizó con un acto de adjudicación favorable a otro y declarado años después nulo por el juez o tribunal correspondiente.

En relación con la oportunidad que tenía el interesado de un procedimiento administrativo en obtener una resolución favorable y con ello determinadas ganancias, la doctrina italiana nos habla de una figura específica denominada *chance di provvedimento* o *chance provvedimentoale*. Esta es la oportunidad que pierde el licitador que no resulta adjudicatario de un contrato administrativo como consecuencia de una irregularidad cometida durante la tramitación del procedimiento⁴². En consecuencia, para este tipo de casos, se le concede al juez la potestad para ordenar la indemnización del daño que no tiene otro límite que el marcado por la suma que solicite el proponente burlado, como indemnización por los perjuicios sufridos como resultado de la irregularidad de la actividad administrativa⁴³.

41 Luis Medina, *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Valencia: Editorial Aranzadi, 2007.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

En atención a lo anterior y observando que los casos de indebida adjudicación constituyen ejemplos típicos de pérdida de la oportunidad, con respecto a la indemnización y cuantificación del perjuicio derivado, Tamayo⁴⁴ establece que, teniendo en cuenta que la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño, de no ser posible la reparación en forma específica, por imposibilidad física, el juez deberá fallar en equidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Al respecto, Tamayo⁴⁵ ha señalado que este artículo establece que, dentro del respeto por los límites legales, el perjudicado tiene derecho a que se le indemnice todo su daño, sin que el juez pueda aducir que niega la indemnización porque el daño no se pueda cuantificar. La norma precisamente busca proteger a aquellas víctimas que, pese a haber demostrado su daño, no han podido cuantificarlo, de cara a que se aplique la equidad y los principios fundamentales del derecho como pilares fundantes de la reparación integral.

La consideración anteriormente esbozada se alinea con los análisis planteados por M'Causland⁴⁶, pues estima que cuando no existan bases de exactitud científica para llevar a cabo el cálculo de la indemnización de los perjuicios ocasionados, se exige la aplicación de un juicio equitativo.

En atención a la doctrina y jurisprudencia que han tratado la materia, una de las propuestas que pretende resolver el problema de la evaluación del perjuicio derivado de la figura de la pérdida de la oportunidad, se basa teniendo en cuenta las probabilidades que tenía la persona que se ha visto privada de su oportunidad. Así, si el juez llega a la conclusión de que las probabilidades eran casi de 100 %, entonces la indemnización será total.

Ahora bien, se debe precisar que la propuesta planteada obedece a casos específicos referentes a concursos o competencias en los cuáles se obtiene un premio específico. Por ejemplo, si el premio en un concurso era de 100 pesos y la víctima tenía un 80 % de probabilidades de ganar el concurso, se calcula el monto de la indemnización correspondiente con base en las probabilidades de la víctima en ganar el premio del concurso, realizándose para estos efectos una regla de tres simple y concluyéndose una indemnización correspondiente a 80 pesos.

Sin embargo, debe analizarse si la propuesta a la que se hace alusión puede aplicarse bajo los escenarios de una licitación pública o un proceso de selección que se surte con el propósito de ejecutar un contrato estatal, por cuanto en la ejecución del contrato estatal se obtiene solo un porcentaje

44 Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit.

45 *Ibid.*

46 María Cecilia M'Causland, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019.

correspondiente a las utilidades netas del contrato adjudicado, pues el contratista, al ser un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus fines y la satisfacción del interés general, en la ejecución del contrato debe desplegar una serie de gastos y erogaciones relativas a la ejecución contractual para el cumplimiento de su objeto contractual.

Piénsese por ejemplo en el contrato de obra pública, en el cual el contratista deberá realizar una serie de erogaciones correspondientes a la contratación del personal de obra y los materiales de construcción que se descuentan del valor total del contrato adjudicado. Por lo que se puede concluir que la oportunidad perdida derivada de un premio específico en un concurso o rifa, valorable en dinero, no es similar a la oportunidad perdida derivada de la adjudicación de un contrato estatal, por lo que se debe aplicar un método de cálculo distinto para la indemnización de los perjuicios ocasionados por la indebida adjudicación.

Para indagar respecto a la cuantificación e indemnización de los perjuicios originados con ocasión de la pérdida de la oportunidad por la indebida adjudicación del contrato estatal, resulta interesante revisar los casos presentados en el derecho comparado. Frente a esto, Medina⁴⁷ cita dos precedentes importantes en la jurisprudencia italiana.

Cita en un primer lugar, la sentencia del TAR de Lombardía (Sec. III), del 23 de diciembre de 1999, n.º 5049, que relata el caso de un proceso de selección frente al cual no se aplicó correctamente el método de evaluación de la oferta económica más ventajosa. Al respecto, el TAR analizó las posibilidades resarcitorias del recurrente, esforzándose en determinar en qué medida un concurso acomodado a derecho hubiera finalizado con una resolución favorable. Al respecto, la sentencia maneja un instrumento establecido en el artículo 35 del Decreto Legislativo 80 de 1998, expedido en el ordenamiento jurídico italiano, en virtud del cual se establece la potestad del Tribunal para fijar una negociación entre las partes del *quantum* resarcitorio. En consecuencia, se ordenó en ese caso a la entidad contratante que realizara una propuesta que tuviera en cuenta el importe base del procedimiento (es decir un cálculo de los gastos y erogaciones generadas para el proponente con ocasión de la participación en la licitación), así como un porcentaje de las utilidades que se estimaban devengadas presumibles del 10 %. Posteriormente, se cita la sentencia del TAR del 31 de enero de 2001, n.º 237, en el que se revisa un concurso auspiciado por un hospital en la ciudad de Rávena para la adquisición de un *litotritorio* extracorporal y frente al cual al proponente más idóneo según los criterios establecidos no se le adjudicó el contrato estatal. El Tribunal en el caso planteado señala la dificultad de

47 Luis Medina, *La teoría de la pérdida de la oportunidad*, op. cit.

cuantificar el daño, procediendo a valorarlo equitativamente en 500.000 L y acudiendo al mecanismo subsidiario de la equidad.

Puede observarse que ambos casos aplican métodos distintos al cálculo de la indemnización de perjuicios con base en el monto total del premio o beneficio y los escenarios probabilísticos, pues en el primer caso se acudió a la negociación de las partes y al acuerdo libre de voluntades para fijar la indemnización, y el segundo fallo se emitió en aplicación del principio de equidad.

A su vez, se citan los casos de indebida adjudicación tratados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los cuáles la máxima corporación ha señalado que, afirmada la existencia del daño y reconocido su carácter resarcible, se enfatizan las dificultades existentes para efectuar su cuantificación y la imposibilidad de hacerlo con precisión (al no contar con parámetros precisos en cuanto al valor exacto de la ventaja frustrada derivada de la adjudicación del contrato estatal, ni en cuanto al grado de probabilidad de que esta se hubiera obtenido), por lo que se acude al remedio subsidiario de la satisfacción equitativa. El análisis propuesto por el TEDH es coherente, teniendo en cuenta que el beneficio que obtienen los proponentes adjudicatarios no deriva directamente del valor total del contrato adjudicado *per se*, sino de, por un lado, las utilidades y ganancias obtenidas a partir de la ejecución del contrato y, por otro, como bien se ha planteado a lo largo del presente artículo, de la experiencia obtenida a partir de la ejecución del contrato, experiencia que permite darles un mayor valor agregado dentro del mercado y es valorable en dinero al constituir su *know how* que integra un activo inmaterial de su patrimonio, y que constituyen incentivos para acreditar como requisitos técnicos habilitantes o ponderables en futuros procesos de selección.

En atención a lo anterior, la doctrina en materia civil ha establecido que, de no ser posible estimar la reparación del daño en forma específica, el juez deberá fallar en equidad, pues este instrumento de cuantificación del monto indemnizable establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 contempla que no se puede desconocer que quien posee la oportunidad de obtener un beneficio, está en una mejor situación que aquel que carece de ella.

Tal solución sería la aplicable para indemnizar precisamente la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, derivada de la pérdida de oportunidad por la indebida adjudicación. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la indemnización de los perjuicios ocasionados por la indebida adjudicación a partir del pago de las utilidades dejadas de percibir con ocasión de la ejecución del contrato estatal, identificadas estas como lucro cesante y no como una pérdida de la oportunidad, como lo reconoce en su lugar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia italiana, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la doctrina civil española e italiana.

Ahora bien, la experiencia que adquiere el proponente más idóneo, una vez se le adjudique el contrato estatal, constituye un provecho económico que deriva más allá de las utilidades o ganancias directas percibidas con ocasión del valor adjudicado y la ejecución del contrato, pues esta, al devenir como un activo intangible, puede producir beneficios económicos a los contratistas del Estado, representados en la adquisición de conocimientos y experticia que permitirán optimizar sus procesos y actividades para el cumplimiento de sus objetivos y la obtención de mayores ganancias, lo que integrarían e incrementarían su *know how*. A su vez, la experiencia adquirida por los proponentes adjudicatarios constituye un incentivo importante para acreditar como requisito técnico habilitante o ponderable en futuros procesos de selección, que lograría aumentar las probabilidades de ganar procesos competitivos futuros, por lo que constituye también en un beneficio importante.

La indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud de la experiencia no adquirida por el proponente vulnerado se alinea al principio de reparación integral del daño, que esboza, como lo indica Tamayo⁴⁸, que siempre que la víctima lo solicite en la demanda, el juez deberá otorgar la indemnización total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado.

Conforme a lo anterior, siguiendo los planteamientos dados por M'Causland⁴⁹, cuando la valoración exacta de la reparación del daño producido puede tornarse imposible, deviene imprescindible valorar los elementos de prueba que permitan establecer la existencia del perjuicio y, luego, en equidad, su extensión, a partir de la situación particular de la víctima.

En consecuencia, para la indemnización de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado en virtud de la indebida adjudicación, ante la dificultad que representa calcular mediante bases estadísticas exactas y homogéneas el valor apreciable en dinero de la experiencia y el incentivo que representa para constituir o incrementar su *know how* y acreditar requisitos en futuros procesos de selección, conviene aplicar el principio de equidad, que implica analizar las singularidades de cada caso en particular para el cálculo de la respectiva indemnización.

Como bien indica M'Causland⁵⁰, de acuerdo con el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, se deben considerar las particularidades de la situación sobre la cual debe decidir el juez y fundar en su análisis la decisión respectiva.

48 Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit.

49 María Cecilia M'Causland, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, op. cit.

50 *Ibid.*

Por consiguiente, en aplicación del principio de equidad, el proponente burlado podrá requerir al juez para que solicite la indemnización del perjuicio derivado de la experiencia que no pudo ejecutar, englobado dentro de la figura de la pérdida de la oportunidad, al habersele privado del beneficio de obtener mayores conocimientos y experticia que le generan un mayor valor agregado en el mercado e incentivos para participar en futuros procesos de selección, lo anterior teniendo en cuenta la certeza del daño producido y la imposibilidad de cuantificar con exactitud el valor exacto de estos perjuicios.

CONCLUSIONES

Si bien el proponente burlado en los casos de indebida adjudicación tiene certeza de que la adjudicación del contrato les correspondía conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, no existe certeza respecto de la cuantificación de los beneficios económicos derivados de la experiencia obtenida a partir de la ejecución del contrato estatal. Tampoco existe certeza respecto de la obtención de adjudicaciones de nuevos contratos estatales por la acreditación de dicha experiencia en futuros procesos de selección, ni sobre los beneficios económicos derivados de la ejecución de tales contratos, por lo que se continúa en el escenario de una pérdida de oportunidad real y definitiva, en el cual no se cuenta con parámetros precisos sobre el valor exacto de la ventaja frustrada ni sobre el grado de probabilidad de que esta se hubiera obtenido.

En atención a lo anterior, para la indemnización de los perjuicios ocasionados por la experiencia que no obtuvo el proponente burlado en razón a la indebida adjudicación, ante los vacíos normativos y la dificultad que representa calcular mediante bases estadísticas exactas y homogéneas el valor apreciable en dinero de esa experiencia, conviene aplicar el principio de equidad, que implica analizar las singularidades de cada caso en particular para el cálculo de la respectiva indemnización pecuniaria.

Conforme al análisis propuesto por M'Causland⁵¹, la aplicación de la equidad en los casos de vacío normativo resulta cercana a la que se realiza cuando ella es el criterio único que sustenta la resolución del juzgador, puesto que al no haber ley que interpretar o ajustar, la equidad será la fuente de decisión judicial. Un ejemplo de aplicación del principio de equidad es la disposición contenida el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. A la equidad integradora o *praeter legem* se recurrirá para determinar la forma de la reparación y su respectivo valor. En este orden de ideas, la equidad *praeter legem* corresponde a aquella que se aplica cuando: (1) no hay norma expresa que

51 María Cecilia M'Causland, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, op. cit.

regule el caso y (2) no se puede extraer esta de principios positivos o por analogía. La equidad cumple una función integradora del derecho positivo, en cuanto obra para llenar lagunas normativas existentes dentro del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, puede observarse que, al no existir dentro del ordenamiento jurídico colombiano norma expresa que regule el cálculo de la indemnización aplicable de los perjuicios ocasionados en virtud de la experiencia que no pudo adquirir el proponente burlado por la indebida adjudicación, el mismo ordenamiento jurídico dispone al operador judicial la posibilidad de acudir a la figura de la equidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, disponiéndose la equidad como una fuente del derecho auxiliar. Esta situación se presenta exactamente al momento de valorarse la indemnización de los perjuicios derivados de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, ya que, si bien se logra probar el daño producido, valorable en dinero y derivado de una pérdida de la oportunidad, resulta imposible cuantificar de forma exacta su valor, así como definir parámetros y fórmulas tarifarias aplicables.

En muchos sistemas jurídicos se acepta la determinación equitativa del valor de la reparación de los daños en los casos en que la demostración de dicho valor es muy difícil o imposible y no existe una indemnización tarifaria prevista en la ley. En Colombia, el legislador ha dispuesto la obligatoriedad de aplicar dicho criterio auxiliar a través del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, por lo que se recurre a la equidad judicial para atender la indemnización de los daños inmateriales, puesto que, por la naturaleza de los derechos afectados, se torna imposible obtener un valor exacto de la reparación de los mismos. De igual modo, se considera procedente acudir al criterio auxiliar de la equidad, de manera excepcional, para determinar el valor de perjuicios materiales o patrimoniales en los cuáles su existencia está claramente establecida, pero su cuantía no ha logrado determinarse de forma exacta en el proceso. Así, cuando el juez aplica la equidad integradora del ordenamiento, llena una laguna normativa, por lo cual adopta una solución que se debe surtir a la medida de las circunstancias particulares de este. El juez construye una regla particular para el caso sobre el cual está obligado a decidir, que no constituye una norma general, ni precedente judicial.

En aplicación del principio de equidad, el proponente burlado al acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá requerir al juez para que solicite la indemnización del perjuicio derivado de la experiencia que no pudo ejecutar con ocasión de la indebida adjudicación del contrato estatal, englobado dicho perjuicio dentro de la figura de la pérdida de la oportunidad, al habersele privado del beneficio de obtener mayores conocimientos y experticia que le generan un mayor valor agregado en el mercado, que incrementaría su *know how* como activo intangible dentro de su patrimonio, y del beneficio de obtener incentivos para participar en

futuros procesos de selección para adjudicarle nuevos contratos estatales. En este orden de ideas, el porcentaje de oportunidades perdidas, derivadas de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, exige un juicio equitativo que no puede hacerse sobre bases científicas, ni parámetros tarifarios específicos. Por consiguiente, en aplicación del principio de equidad, se efectúan argumentaciones razonables fundadas en las circunstancias singulares de los casos concretos, ya que la aplicación de la equidad exige la consideración de las particularidades de estos y le permite al juez formular reglas particulares para la solución del caso concreto. La aplicación excepcional de la equidad supone siempre llevar a cabo un ejercicio argumentativo suficiente y adecuado para evidenciar la necesidad de recurrir a ella, dadas las singularidades del caso concreto, para justificar posteriormente la escogencia o la creación de la regla especial que permita garantizar la igualdad material y salvaguardar los derechos fundamentales de las partes.

Para el cálculo de la indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, el juez deberá fallar en equidad, analizando las particularidades de cada caso en concreto y atendiendo en todo momento los criterios de razonabilidad y racionalidad, con el fin de garantizar la igualdad material entre las partes. La equidad impone al juez la tarea de descubrir la regla específica adecuada para resolver cada caso singular, la cual no estará determinada por una norma fundamental e imperativa, sino por una idea general de justicia, que debe concretarse, de manera necesaria, a partir de la valoración de las particularidades de la situación analizada. Así, su método consiste en la individualización, por lo que se comprende que la equidad puede informar la aplicación de todas las fuentes jurídicas, incluidos los principios generales del derecho.

Es importante advertir que el juicio equitativo que debe llevar a cabo el juez no es subjetivo, ni caprichoso, pues debe cumplir con requisitos de razonabilidad y racionalidad. Conforme a lo anterior, el juez debe presentar una argumentación inicial de estricto derecho, para exponer, luego, los argumentos de equidad que deben fundarse en el análisis de las singularidades del caso concreto, esto es, de las circunstancias de hecho que resulten especiales, extraordinarias y dignas de valoración, por su injerencia necesaria en la justicia de la solución. De su análisis detallado debe resultar, con claridad, la necesidad de la intervención de la equidad y la idoneidad de la solución escogida por el juez. Lo anterior, lleva a concluir que, en virtud de la valoración pecuniaria de la experiencia como un activo inmaterial del proponente burlado y el incentivo que representa para la acreditación de factores habilitantes y ponderables para la adjudicación de nuevos contratos estatales, es viable proceder a la indemnización pecuniaria de los perjuicios ocasionados, pues logra cumplir con los preceptos dados en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, contemplados en el artículo 90 de la Constitución. Eso sí, conforme a la aplicación del principio de equidad,

deberá el juez en cada caso en concreto analizar las particularidades dadas para establecer la regla específica a aplicar, en atención a los criterios de razonabilidad y racionalidad.

Como bien lo ha analizado la doctrina que ha tratado la materia, no se puede describir una técnica detallada para realizar el juicio en equidad. Si bien la motivación de las decisiones del juez debe seguir pautas generales impuestas por la noción misma del Estado social de derecho, las circunstancias singulares del caso concreto y los efectos de las soluciones consideradas son los factores que determinan sus elementos, así como la forma y la profundidad con que deben ser valorados por el juez, para que dicha motivación sea suficiente y adecuada, aplicándose esta metodología al cálculo de la indemnización de los perjuicios derivados de la experiencia que no pudo adquirir.

En consecuencia, la validez de la decisión judicial en la que se recurre a la equidad como criterio auxiliar estará determinada por su carácter racional y razonable, lo que permite comprender que no existen únicas respuestas correctas, sino decisiones válidamente sustentadas para cada caso en particular. Ahora bien, en atención a la aplicación del fallo en equidad, que implica la aplicación de los principios de razonabilidad y racionalidad, no se ajustaría a los mismos la acreditación de la experiencia no ejecutada por parte de la entidad estatal y su posterior inscripción en el RUP, pues ello implicaría la acreditación de hechos que no son ciertos y el reconocimiento de una idoneidad que no fue adquirida, lo cual extralimita el alcance contemplado en el marco del principio de reparación integral del daño. Por consiguiente, en virtud de los principios de razonabilidad y racionalidad que engloban el fallo en equidad y el principio de reparación integral del daño, el juez, a través de un análisis juicioso de las singularidades de cada caso en concreto, podrá calcular el monto pecuniario correspondiente para la indemnización de los perjuicios ocasionados al proponente burlado por la experiencia que no pudo ejecutar, lo que implica un reconocimiento económico derivado de los conocimientos y experticia que no pudo adquirir para hacer parte de su *know how* y los eventuales contratos estatales que no pudieron adjudicársele a partir de la acreditación de este activo intangible.

Esbozándose las principales conclusiones derivadas del ejercicio investigativo efectuado, es importante tener presente que las reglas formuladas por el juez, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con fundamento en la equidad, para la solución de cada caso concreto en el marco del reconocimiento económico de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado por la indebida adjudicación, no constituirían precedentes obligatorios, pues si bien el recurso a la equidad se materializa en una providencia judicial, aquella, conforme a lo estipulado en el artículo 230 de la Constitución, constituye un criterio auxiliar

de la actividad judicial distinto de la jurisprudencia y, por ello, no le son extensibles los efectos obligatorios que, en ocasiones, se reconocen a esta. Por consiguiente, la aplicación del fallo en equidad para el reconocimiento pecuniario de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado permite garantizar la realización de la igualdad material entre las partes, pues se reconoce un conjunto de circunstancias más amplio que el previsto en la norma y una nueva esfera de daños y perjuicios que van más allá del lucro cesante derivado de las utilidades dejadas de percibir por parte del particular afectado.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. Concepto C-239 de 2022. Disponible en: <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/10/C-417-de-2023.pdf> [consultado el 21 de junio de 2024].

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. Concepto C-417 de 2023. Disponible en: <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/10/C-417-de-2023.pdf> (Consultado el 21 de junio de 2024).

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*. Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce-eicp-ma-04._manual_requisitos_habilitantes_v3_29-09-2023.pdf [consultado el 26 de junio de 2024].

Alfaro, Marco Vinicio. "El *know how* y su aplicación práctica en el contrato de franquicia". *Revista Judicial*, vol. 109, 2013.

Arenas, Hugo Andrés. "¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres? A propósito de la relación de causalidad". *Vniversitas*, n.º 29, 2020.

Armenta, Angélica María. "El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación". *Revista Via Iuris*, vol. 6, 2009.

Báez, Fabiola, y Paula Johanna Gómez. *Activos intangibles, evolución y efectos tributarios* [trabajo de grado]. Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia, 2020.

Courtis, Christian, y Manuel Atienza. *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

Escobar, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración pública*. Bogotá: Editorial Legis, 1999.

Expósito, Juan Carlos. "La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2022.

Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.

Henao, Juan Carlos, y Andrés Fernando Ospina. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Laínez, Juan Camilo. *El valor de los activos intangibles empresariales: Un estudio empírico en una organización colombiana* [trabajo de maestría]. Universidad Nacional de Colombia, Medellín, Colombia, 2012.

M'Causland, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019.

Medina, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Valencia: Editorial Aranzadi, 2007.

Rave, Gabriel. *Actuaciones administrativas y derecho procesal administrativo*. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R., 2013.

Santaella, María Juliana. "El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 19, 2018.

Santofimio, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004.

Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Legis Editores, 2007.

Universidad Eafit. *NIC 38-Activos Intangibles*. Disponible en: <https://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultoriocontable/Documents/C%20NIC%2038.pdf> [consultado el 28 de junio de 2024].

Velásquez, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 2011.

Vidal, Jaime. *Derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis, 1994.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia con radicado n.º 2161203 (1422) del 5 de mayo de 1977.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia con radicado n.º 251570-76001-23-31-000-1994-00965-01 (13792) del 27 de noviembre de 2002.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia con radicado n.º 220822-66001-23-31-000-1992-01919-01 (14576) del 1.º de marzo de 2006.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia con radicado n.º 227474-50001-23-26-000-1991-06081-01(16696) del 3 de mayo 3 de 2007.

Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia con radicado n.º 41001-23-31-000-2000-03650-01(16274) del 26 de enero de 2009.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia con radicado n.º 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593) del 11 de agosto de 2010.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia con radicado n.º 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220) del 13 de abril de 2011.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia con radicado n.º 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688) del 8 de febrero de 2012.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia con radicado n.º 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) del 28 de mayo de 2012.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia con radicado n.º 2095328. 25000-23-31-000-2005-01178-01 (40660) del 29 de julio de 2015.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicado n.º 05001-23-31-000-2003-03663-01 (41.333) del 5 de diciembre de 2016.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto con radicado n.º 11001-03-06-000-2017-00098-00 (2346) del 15 de agosto de 2017.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto con radicado n.º 25000-23-36-000-2017-01974-01 (61132) del 19 de junio de 2018.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia con radicado n.º 760012331000-200102942-01 (39066) del 10 de diciembre de 2018.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia con radicado n.º 05001-23-31-000-1996-00657-01 (31628) del 28 de febrero de 2020.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia con radicado n.º 25000-23-42-000-2017-00602-01(0253-19) del 3 de junio de 2021.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996, expediente D-1111.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-381 del 14 de septiembre de 1993, expediente T-14099.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia con radicado n.º 11001 3103 038 2000 01141 01 del 24 de junio de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia con radicado n.º 17042-3103-001-2005-00103-01 del 9 de septiembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia con radicado n.º 11001-31- 03-003-1998-07770-01 del 4 de agosto de 2014.