

//tencia No.1213

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, cinco de agosto de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "POSSAMAI CONSTRUCCIONES LTDA C/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA -ANEP- DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN", IUE: 2-12220/2017.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 105/2017 de 13 de diciembre de 2017, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno falló:

"I.- Acogiendo parcialmente la demanda y condenando a la ANEP a pagarle a la actora: a- El costo del pliego de condiciones (\$ 15.000 pesos), b.- La contratación del seguro de mantenimiento de oferta (\$ 11.415). c.- Los honorarios y salarios de los profesionales que participaron del proceso licitatorio (\$ 103.511). d.- Los gastos de la interposición de los recursos administrativos (\$ 42.323,5).

II.- Con reajustes desde el 11/9/2013 e intereses legales desde la presentación de la demanda.

III.- Desestimando la demanda en lo demás.

IV.- Sin especial sanción procesal en la instancia" (fs. 95/103).

II) Por sentencia definitiva identificada como **DFA-0003-000486/2018 SEF-0003-000127/2018** de 8 de agosto de 2018, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno falló: "*Confírmase la sentencia apelada, salvo en los siguientes puntos en los que se la revoca:*

A) *En cuanto se rechazó la reparación por concepto de pérdida de chance y, en su lugar, se condena a la parte demandada a pagar el 50% del monto a determinarse por el procedimiento previsto por el art. 378 del CGP, según las bases fijadas en el considerando III;*

B) *En cuanto se condenó a pagar el interés legal desde la fecha de la demanda y, en su lugar, se condena a su pago en la forma enunciada en el considerando IV.*

Sin especial condenación en la instancia" (fs. 130/134).

III) Contra la sentencia de segunda instancia, la parte demandada interpuso el recurso de casación en examen. En su libelo impugnativo planteó, en concreto, los siguientes cuestionamientos:

(I) **Ilegitimidad de la condena por concepto de pérdida de la "chance".**

En cuanto a la condena por pérdida de "chance", expresó que no cuestiona el concepto de "chance", sino que en el caso no se probó en forma contundente la existencia de la misma. El Tribunal no valoró correctamente la prueba de autos y no contempló la normativa que rige en las licitaciones desconociendo, entre otros, el poder discrecional de la Administración de optar por la mejor oferta global (a su criterio) y no la de precio más bajo.

Señaló que, como bien expresa la sentencia de primera instancia, la actora no probó que hubiese resultado gananciosa del proceso licitatorio, de no haber mediado su descalificación ilegítima. No puede cuestionarse que fue ilegítima la descalificación de su oferta, pero ello no es prueba suficiente para amparar la pretensión por pérdida de chance y, mucho menos, constituir prueba incontrovertible que la misma habría sido adjudicataria de la licitación de autos.

Sostuvo que la chance debe ser real y que la parte que la invoca debe probarla en forma suficiente, lo que no ocurrió en obrados. En la especie, la chance no era seria, real, suficiente y verdadera, sino que era una mera expectativa de ser adjudicatario (como la de todo oferente en una licitación); pero no probó la actora que aun no mediando el

acto administrativo anulado, hubiera sido en forma indubitable la adjudicataria de la licitación.

(ii) Ilegitimidad del criterio empleado para el cómputo de los intereses legales.

Por su parte, en cuanto a la aplicación de intereses en los términos que dispone la sentencia de segunda instancia, estimó que no pueden ser de recibo los argumentos vertidos, en cuanto no son de aplicación las normas legales invocadas. El Tribunal fundó su posición en que es de aplicación en el caso lo dispuesto por el art. 4° del Decreto Ley N° 14.500, esto es: toma en cuenta la exigibilidad de la obligación. No puede aplicarse en el caso dicha norma legal, en los términos que surgen de la sentencia atacada. No pueden imponerse intereses desde la exigibilidad, por cuanto es el reclamo efectivo por el reparatorio patrimonial (interposición de la demanda), el que fija en el tiempo la fecha a computarse para su condena. Por lo cual, el surgimiento de la obligación de reparar es la condena, y entonces la fecha de cálculo de los intereses no es otra que la de la promoción de la demanda.

Precisó, finalmente, que si tal como expresa la sentencia de la Sala, la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual, los intereses legales deben entonces computarse desde la interposición de la demanda, en aplicación del

art. 1348 del Código Civil, norma análoga a la que cabe recurrir como medio integrativo, ante la ausencia de norma específica sobre el punto en materia de responsabilidad extracontractual.

En definitiva, solicitó que se case la sentencia impugnada.

IV) Se confirió el traslado correspondiente a la actora, que fue puntualmente evacuado en los términos que surgen del escrito de fs. 145/152 vuelto, donde contestó la impugnación y adhirió al recurso de casación, en base a los siguientes argumentos:

Dijo que la sentencia atacada le causa agravio por el porcentaje de pérdida de chance que condena a pagar a ANEP, el que debió haber sido mayor. El Tribunal omitió aplicar la norma de derecho en materia de contratación administrativa para cuantificar la importancia de la chance. A su vez, el porcentaje imputado por pérdida de chance se debe a una incorrecta valoración de la prueba producida en autos.

Sostuvo que para cuantificar y delimitar la pérdida de la chance se debe seguir el razonamiento de probabilidades; teniendo en cuenta en el caso que solo dos oferentes competían en la licitación y que Possamai Construcciones era quien estaba en mejores condiciones en los términos del art. 68 del

TOCAF, la chance debería situarse en el 99%, pero no en un 100%, por cuanto se trata de una chance.

Manifestó que en el caso para determinar la importancia de la chance, debió el Tribunal haber considerado lo mandado por el art. 68 del TOCAF. Es decir, la Administración debió haber contratado con el oferente que representaba la oferta más ventajosa, en el caso, Possamai Construcciones, extremo que evidentemente no es considerado por el Tribunal al estimar el porcentaje de la chance en un 50%.

Afirmó que quedó plenamente acreditado en el expediente que la oferta más conveniente en la licitación de marras resultó ser la de la accionante, por encima de la oferta de la empresa que resultara ilícitamente adjudicataria: Sabyl S.A. Ello significa, invariablemente, que la chance debió estimarse en un 99% y no en un 50%. Las razones por las cuales se debió haber adjudicado la licitación a la actora son las siguientes: a) solo quedaban dos empresas en carrera por la licitación, las que estaban en identidad de circunstancias y calidad; b) en cuanto a la calidad de los oferentes, se probó en el expediente que la actora cuenta con reconocida trayectoria en el mercado local, y está en iguales (sino mejores) condiciones de poder cumplir con la obra objeto de la

licitación, ya que ha participado en varias oportunidades en grandes proyectos; c) fue probado, y no controvertido, que la accionante realizó la oferta más baja, por lo cual, habiendo identidad de condiciones y calidad, es que debió haberle sido adjudicada la licitación.

Concluyó que si el Tribunal hubiera aplicado adecuadamente el derecho y valorado las probanzas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, indudablemente habría arribado a la conclusión de que Possamai Construcciones estaba en mejores condiciones que Sabyl S.A., y por lo tanto eso se hubiera visto reflejado en el porcentaje de condena en la sentencia.

En suma, solicitó que se confirme la sentencia impugnada, salvo en cuanto al porcentaje de pérdida de chance establecido, aspecto en el cual petitionó que se case la sentencia y se aumente al 99% la cifra de condena.

V) El recurso movilizado por vía adhesiva fue debidamente sustanciado y la demandada lo evacuó en los términos que surgen del escrito que corre a fs. 157/159.

VI) El Tribunal ordenó franquear el recurso de casación para ante esta Corporación (fs. 161), a la que arribaron los autos el 29 de octubre

de 2018 (fs. 165).

Oportunamente, por decreto N° 3266 de 7 de noviembre de 2018, se ordenó el pase a estudio por su orden (fs. 166 vuelto) y se citó a las partes para sentencia, la que fue debidamente acordada en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, habrá de amparar parcialmente el recurso de casación movilizado por vía principal y, por unanimidad, desestimaré el interpuesto por vía adhesiva.

II) **El caso de autos.**

II.I) **La pretensión de la actora y sus fundamentos.**

La actora, Possamai Construcciones Ltda. (ex Medina y Possamai Ltda.), promovió demanda por daños y perjuicios contra la demandada, Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), por los perjuicios derivados del acto administrativo identificado como Resolución N° 22, Acta N° 71 del Consejo Directivo Central de la ANEP de 11 de setiembre de 2013, por la cual se adjudicó la Licitación Pública Internacional N° 01/2013 -cuyo objeto era la ampliación y acondicionamiento de la Escuela Técnica de Colón- a la empresa Sabyl S.A. (fs. 44/55 vto.).

Señaló que participó como

oferente en dicha licitación, siendo una de las únicas dos proponentes -junto con la adjudicataria- que cumplieron con la presentación de la documentación en forma. Ante el dictado del acto administrativo referido, por el cual se adjudicó la licitación a su competidora, interpuso recurso de revocación y posteriormente acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la que fue acogida por dicho Cuerpo por sentencia N° **189/2016** de 21 de abril de 2016. Por dicho pronunciamiento se anuló el acto administrativo allí impugnado, fundándose el Tribunal en que la decisión de descalificar la oferta de la actora como "no válida" en el proceso selectivo se fundó en un error que vicia su motivación.

Se fundó en la responsabilidad del Estado, con base en el art. 24 de la Constitución, al concluir que se trata de una hipótesis de responsabilidad civil precontractual, por lo que tratándose del incumplimiento de obligaciones preexistentes, la responsabilidad ha de calificarse como contractual.

Consideró que ANEP es responsable porque debido al error manifiesto y, por ende, la ilegítima adjudicación de la licitación, la actora asumió costos y se vio privada de obtener una razonable ganancia.

Analizó en extenso el art. 68 del TOCAF para insistir en que la Administración no eligió la oferta más conveniente y ventajosa, que era la de la actora. Si bien el TOCAF no dice que la oferta ventajosa sea necesariamente la de menor precio, sí lo es cuando hay igual calidad y circunstancias, lo que sucedió en ese llamado.

Peticionó la condena de la demandada a abonarle, como daños y perjuicios: (i) el daño emergente, constituido por todos aquellos gastos y costos derivados de la presentación a la licitación, entre los cuales enumeró: el costo del pliego de condiciones, la factura por la contratación con el Banco de Seguros del Estado de la garantía por el mantenimiento de la oferta, los honorarios de los profesionales (arquitectos y ayudante de arquitecto) que intervinieron en el proceso licitatorio, y los honorarios profesionales de los abogados que defendieron a la actora en el procedimiento recursivo administrativo y en la acción anulatoria ante el TCA; (ii) el lucro cesante, consistente en la privación que tuvo la accionante de obtener la licitación de obra pública, realizar la misma y obtener la ganancia esperada por las tareas realizadas y, (iii) en subsidio, la pérdida de la chance de obtener tales ganancias, en mérito a la ilegítima descalificación de su oferta en la licitación.

Solicitó, asimismo, el reajuste por la actualización y los intereses, desde la fecha del acto ilícito anulado.

II.II) **La defensa de la ANEP.**

La demandada, contestó el accionamiento y en síntesis, alegó que el acto de adjudicación es discrecional de la Administración. Por lo tanto, si bien la sentencia del TCA anuló el acto de adjudicación, ello no implica que correspondiera la adjudicación a la actora. El pronunciamiento del citado Tribunal no dispone la adjudicación a la actora, ya que de disponerlo importaría modificar el acto, lo que excedería la competencia del TCA.

Señaló que el proceso reparatorio se constituye por tres elementos: ilicitud, daño y nexos causal, de los cuales solo el primero ya recibió pronunciamiento con carácter de certeza y, por ello, se deben analizar los restantes.

Respecto al daño emergente, sostuvo que los gastos por la presentación en la licitación son necesarios si pretendía ser oferente, y que los profesionales que refiere en la demanda son dependientes de la empresa actora, por lo que no es de recibo dicho reclamo. A su vez, el accionamiento en vía administrativa fue opcional de la actora, y la demandada

no fue condenada en costas y costos, por lo que corresponde que los gastos los asuma la propia reclamante.

Por el rubro lucro cesante, estimó que el reclamo deriva del hecho de que la licitación se podría haber adjudicado a la actora, por lo que reiteró que la Administración no está obligada a adjudicar a la oferta de menor precio, sino que se estudia la mejor oferta global. La actora tenía una mera expectativa y no la certeza de resultar adjudicataria.

Con referencia a la pérdida de chance, señaló que la chance debe ser cierta, en cuanto a lograr un resultado final, aspecto que no se dio en el caso de autos, ya que el hecho de tener el menor precio no le otorgaba la certeza de ser adjudicataria en la licitación. No puede hablarse en el caso de pérdida de chance, ya que no se está ante una chance seria, real, suficiente y verdadera.

Finalmente, expresó que no surge el derecho a percibir los daños reclamados por la actora, ya que no puede pretender ganancias o mejores condiciones a costa de la Administración, pues la figura que se genera en autos es la del daño eventual, respecto del cual la doctrina y jurisprudencia son contestes en que no es indemnizable.

En definitiva, solicitó

que se desestime la demanda en su totalidad.

II.III) Las decisiones judiciales que recayeron.

Ello surge de lo reseñado en los Resultandos I y II de la presente, a los que corresponde remitirse.

En lo que interesa a efectos del presente caso, esto es, en relación a los puntos que son objeto de agravio en esta etapa (procedencia y monto del rubro pérdida de chance, y fecha desde la cual deben correr los intereses legales), sostuvo el Juez de primera instancia:

"24.- Se habrá de desestimar el rubro lucro cesante así como la pretensión subsidiaria de pérdida de la chance. Le asiste razón a la Administración demandada respecto que no se puede colegir de la ilegítima eliminación de la parte actora del proceso licitatorio, que la misma hubiera resultado en definitiva gananciosa (fs 64 vto) (...)

28.- La Administración tiene un ámbito de discrecionalidad reglada que le permite optar, y en no pocos casos la mejor oferta no es necesariamente la más económica (fs 64 vto 'in fine').

29.- Carente de pruebas que reclamen el rubro, el sentenciante entiende que el lucro cesante debe ser desestimado, así como la

pretensión en subsidio de pérdida de la chance.

30.- Para la determinación de la chance, probabilidad de haber accedido a la adjudicación, que en última instancia se limita a establecer un porcentual de posibilidades, la actora debió desplegar otra contundencia probatoria.

31.- Sin elementos concretos, el Oficio terminaría fijando en forma aleatoria y sin base alguna una condena al Estado. Es decir, era carga de la concreta alegación del actor, establecer cuál es en autos el baremo aproximado de chance porcentual que habría tenido POSSAMAI -en caso de no haber sido ilegítimamente descalificada- de acceder a obtener la adjudicación. Esa propuesta probatoria no luce incorporada al ofertorio de prueba de la demanda.

32.- La Sede comparte que los reajustes del decreto ley 14.500 a las sumas objeto de condena se adeudan desde el hecho generatriz de la ilicitud, es decir, desde el momento del dictado del acto administrativo finalmente anulado, producto del efecto al pasado de la sentencia del TCA. No obstante, los intereses corren desde la presentación de la demanda" (fs. 101/102).

En segunda instancia, en relación a los puntos que son objeto de agravio en esta etapa, y como fundamento sostuvo el ad quem:

“III) También se agravia por el rechazo de la pretensión de reparación del lucro cesante y de la subsidiaria por pérdida de chance.

En este caso, se entiende la asiste parcialmente razón.-

En efecto, se coincide en la desestimatoria de la pretensión principal porque no existe certeza de que, para el caso de no haber sido ilegítimamente eliminada del proceso licitatorio, hubiera sido la adjudicataria puesto que la oferta más económica no es necesariamente la más ventajosa. (...)

Sin embargo, para la Sala la ilegítima conducta adoptada por ANEP privó a la actora de la chance de haber sido la elegida.-

(...) la demandada privó a la actora de la probabilidad de resultar adjudicataria de la licitación, esto es, de poder haber sido elegida si no hubiera sido eliminada, máxime cuando solo había otra competidora (SABYL SA) y que fue, a la postre, la que ganó la licitación.-

En este enfoque, parece adecuado estimar en un 50% la chance perdida por la actora. (...)

Para la Sala, contrariamente a lo postulado por Gamarra (TDCU, T. XI, 4ª Ed, FCU, 2006, p. 86-92) y coincidiendo con Carnelli

(‘Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual’ en ADCU, T. XXXIX, FCU, 2009, p. 834-835), Rodríguez Russo (‘El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación dogmática’ en ADCU, T. XXXIII, FCU, 2003, p. 592) y De Cores - Gamarra, R - Venturini (Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, T. I, 2ª Ed, La Ley, 2015, p. 205-206), la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual y, en este enfoque, no obstante la opinabilidad de la cuestión, se adhiere a la posición que postula que, en hipótesis de responsabilidad extracontractual, la situación no está regulada por el art. 1348 inc. 3º CC y que el interés legal se debe desde la exigibilidad.

Y esto es así porque el art. 4º inc. 1º del decreto-ley N° 14.500, aplicable en la especie, fija la tasa de interés legal remitiéndose a ‘los casos en que sean de aplicación los arts. 1º, 2º y 3º’ y dichas disposiciones toman en cuenta la exigibilidad de la obligación y no la fecha de constitución en mora o de la demanda. De ello se infiere que, por expreso mandato legal, coinciden la exigibilidad del crédito con la exigibilidad del interés legal (cf. Larrañaga, L., ‘Desvalorización monetaria, alquileres, intereses y multa’ en ADCU, T. XXII, p. 435-439). (...)" (fs. 131/133).

III) Análisis del recurso de

casación interpuesto por vía principal.

Corresponde, en lo sucesivo, examinar los dos agravios planteados por la recurrente por vía principal en el mismo orden en que fueron expuestos.

III.I) Sobre la procedencia de la condena a indemnizar a la reclamante por concepto de pérdida de chance.

III.I.I) Como se recordó en los Resultandos, la recurrente se agravió del hecho que la actora no probó la existencia de la chance o probabilidad de haber accedido a la adjudicación. Dijo al respecto que el Tribunal no valoró correctamente la prueba de autos.

En relación al error en la valoración probatoria como causal de casación, la Corte ha sostenido, con base en el artículo 270 del C.G.P.: *"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana*

crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

A mayor abundamiento, el ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (...) (cf. sentencias Nos 829/2012, 508/2013 y 484/2014, entre otras).

Destacamos que no solo se requiere la existencia de una contradicción grosera de las reglas legales de valoración de la prueba, sino que, además, ello debe surgir de la forma en que se estructuraron los agravios, aun cuando el impugnante no hubiese utilizado, concretamente, las expresiones de

absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta. Es necesario que del contenido de sus agravios surja, cualesquiera sean los términos que utilice, que lo que se denuncia es la existencia de una valoración absurda o arbitraria" (sentencia N° 735/2018).

En el caso, la recurrente no cumplió con alegar cuál era el concreto motivo de agravio y en qué sentido no compartía la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. Véase que en su libelo no imputa a la Sala, ni explícita ni implícitamente, ningún proceder arbitrario o absurdo.

No corresponde a la Corporación revalorizar todo el material probatorio para encontrar una valoración alternativa. Es carga de la parte detallar en qué extremos se funda la valoración que entiende adecuada y de qué forma el Tribunal se apartó de los elementos probatorios disponibles y por qué incumplió con las reglas de valoración aplicables (artículo 273 del C.G.P.).

A su vez, la Sala expuso en forma clara y lógicamente irreprochable el razonamiento probatorio que la condujo a la solución adoptada, sin que se le pueda imputar ningún apartamiento ostensible de las reglas de la lógica o de la experiencia.

Señaló el Tribunal al ana-

lizar la cuestión:

"También se agravia por el rechazo de la pretensión de reparación del lucro cesante y de la subsidiaria por pérdida de chance.

En este caso, se entiende la asiste parcialmente razón.

En efecto, se coincide en la desestimatoria de la pretensión principal porque no existe certeza de que, para el caso de no haber sido ilegítimamente eliminada del proceso licitatorio, hubiera sido la adjudicataria puesto que la oferta más económica no es necesariamente la más ventajosa.

Sabido es que la evaluación de las ofertas debe hacerse en forma global, teniendo en cuenta todos sus elementos y no únicamente el precio.

Sin embargo, para la Sala la ilegítima conducta adoptada por ANEP privó a la actora de la chance de haber sido la elegida.

Es de verse que se habla de 'chance' en el sentido de probabilidad o, mejor dicho, de 'pérdida de una probabilidad', que lo que se indemniza no es el perjuicio final o total sino el perjuicio relativo o parcial, y que la relación causal se traba entre el comportamiento del ofensor y la pérdida de la probabilidad (cf. Gamarra, Jorge, TDCU, T.

XXIV, FCU, 1992, p. 115-117). (...)

Aplicando estos conceptos al subjuice, se puede concluir que la demandada privó a la actora de la probabilidad de resultar adjudicataria de la licitación, esto es, de poder haber sido elegida si no hubiera sido eliminada, máxime cuando solo había otra competidora (SABYL SA) y que fue, a la postre, la que ganó la licitación.

En este enfoque, parece adecuado estimar en un 50% la chance perdida por la actora" (fs. 131 vto./132).

Por lo expuesto, entonces, cabe desestimar el agravio referido a la valoración de la prueba.

III.I.II) En segundo lugar, adujo la recurrente que el *ad quem*, cuando amparó la pretensión por pérdida de chance, no contempló la normativa que rige en las licitaciones, desconociendo, entre otros, el poder discrecional de la Administración de optar por la mejor oferta global (a su criterio) y no la de precio más bajo.

El agravio resulta de franco rechazo.

Primeramente, emerge de la mera lectura de la sentencia atacada que la Sala refirió expresamente a la existencia de dicho poder de la

Administración de optar por una oferta que no sea necesariamente la de menor precio; **fue justamente en función de ello que desestimó el rubro lucro cesante y condenó, en cambio, a reparar la pretensión subsidiaria por pérdida de chance.**

En efecto, señaló el Tribunal en su sentencia, en pasaje previamente citado, que: "*(...) no existe certeza de que, para el caso de no haber sido ilegítimamente eliminada del proceso licitatorio, hubiera sido la adjudicataria puesto que la oferta más económica no es necesariamente la más ventajosa.*

Sabido es que la evaluación de las ofertas debe hacerse en forma global, teniendo en cuenta todos sus elementos y no únicamente el precio" (fs. 131 vto.).

Por lo demás, el razonamiento del *ad quem*, al haber acogido el rubro pérdida de chance en virtud de que en la especie se privó a la actora, ilegítimamente (según lo resolvió el TCA por sentencia N° **189/2016**), de la probabilidad de resultar adjudicataria de la licitación, lejos está de infringir "la normativa que rige en las licitaciones".

Amén de que la recurrente no especifica qué normas concretas se habrían infringido por el Tribunal en su sentencia, lo cierto es que el razonamiento jurídico efectuado por la Sala resulta

ajustado a Derecho y se encuentra en consonancia con la postura que ha adoptado esta Corporación ante casos análogos al de autos.

En tal sentido, cabe convocar la sentencia de la SCJ N° 425/2000, en la que se analizó extensamente la responsabilidad patrimonial de la Administración en situaciones en las que se adjudica ilícitamente una licitación, la que luego es anulada por el TCA. En términos que a juicio de la mayoría del Cuerpo integrada por los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, Eduardo Turell, Luis Tosi y la redactora resultan trasladables al caso en examen, sostuvo la Corte:

“La doctrina y jurisprudencia han sido unánimes en señalar que de acuerdo al art. 309 de la Carta, al Decreto-Ley No. 15.524 y a la Ley No. 15.869, la anulación de todo acto administrativo en el caso de adjudicación, tiene por resultado suprimir sus efectos jurídicos de modo que a partir de la sentencia anulatoria, la realidad jurídica debe ser tal como si el acto nunca se hubiera dictado. Y cuando la existencia o ejecución del acto hubiera producido un daño no subsanable mediante su anulación, se debe complementar con la acción de reparación patrimonial (Sayagués Laso, ‘Tratado...’, t. 1, pág. 567, Cajarville, Juan Pablo, ‘Temas de Derecho Administra-

tivo', págs. 44 y 45). Si no fuera posible la reconstrucción de los procedimientos inválidos el daño causado por pérdida de oportunidad de satisfacción sólo puede medirse cuantitativamente en términos de probabilidad (Cassinelli Muñoz, 'Reparación por pérdida de una probabilidad', R.D.J.A., t. 68). (...)

Asimismo, el prestigioso autor argentino Dromi, adopta una postura contraria a la impugnación. En su obra 'Licitación Pública', expresa: 'Los oferentes no adjudicatarios son titulares de derechos subjetivos surgidos con motivo del comportamiento antijurídico del licitante, v. gr., la adjudicación efectuada a un licitador que no cumplió con los recaudos del pliego o al que se le otorgaron ventajas que no les fueron concedidas a otros participantes. En estos casos, el obrar administrativo es impugnabile, administrativa y jurisdiccionalmente, para tutelar los derechos subjetivos de los licitadores y pedir la indemnización de los daños y perjuicios causados. El oferente no tiene derecho subjetivo de ser adjudicatario en sustitución del adjudicatario resultante de la licitación nula, pero sí tiene derecho subjetivo de que se le resarzan todos los perjuicios derivados de la relación jurídica precontractual que lo liga al Estado, en virtud de una elemental razón de justicia, por cuanto el oferente impugnante no provocó

ni motivó el vicio, sino que de buena fe concurrió al llamado de una licitación que a la postre es nula por culpa del Estado o del adjudicatario, o por connivencia de ambos, pero no suya... (págs. 199 - 200).

...La Corporación entiende que es correcta la solución de los órganos de mérito. El lucro cesante es el daño futuro y se resarce en mérito a un cálculo de probabilidades; cuando según dicho cálculo la ganancia esperada no alcanza un grado de certeza absoluta sino el de una probabilidad concreta se habla de pérdida de una chance y en definitiva se repara 'una fracción de la ganancia esperada' (Gamarra, 'Tratado de Derecho Civil', tomo 24, págs. 108 y ss. y especialmente 116 y citas concordantes de la actora a fs. 764 vto. y 765 vto.). En el lucro cesante se indemniza la privación que padece el patrimonio del damnificado, en la obtención de lucros a los cuales el titular tenía derecho al tiempo de acaecer el evento dañoso (Zannoni, 'El daño en la responsabilidad civil', pág. 74), mientras que en la chance, lo que se resarce es la **posibilidad** de ganar que tenía la víctima al momento del perjuicio (Gamarra, Tratado cit., t. 19, pág. 241).

La condena a la reparación de la chance no infringe regla de la congruencia, puesto que como afirma Gamarra la misma está comprendida en el

concepto de lucro cesante, aunque obviamente en un minus. Entonces, no es un rubro específico del daño reparable por pérdida de ganancia, sino que habrá de atenderse los caracteres propios de todo perjuicio (personal, lícito, cierto y directo), y analizar la debida probabilidad. El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance presenta los caracteres de directo y cierto cada vez que está constatada la desaparición de la probabilidad de un acontecimiento favorable aunque, por definición, la realización de una chance no es jamás cierta”.

En igual sentido, en la sentencia N° **1031/2011** la Corte se remitió al pronunciamiento que viene de citarse, y luego señaló: “Sobre esta base, la aplicación que para el caso concreto hizo el Tribunal de alzada respecto al art. 1.323 del Código Civil emerge como plenamente acertada. En efecto, en casos como el de autos, donde la especificidad de la materia pública en juego hace que no sea posible una reconstrucción del procedimiento licitatorio inválido para otorgar la adjudicación a quien efectivamente fue el mejor postulante, el daño ocasionado a éste sólo puede ser reparado atendiendo a la medida de la pérdida de oportunidad o ‘chance’. Resulta claro que ante un procedimiento licitatorio los interesados se encuentran en situación de expectativa y

no de derecho subjetivo, contando únicamente con una posibilidad cierta de ser adjudicatarios si cumplen los requisitos del pliego licitatorio. Acreditados esos requisitos la existencia de esa probabilidad se cristaliza, ya que se abre la posibilidad de ser adjudicatario. Esa pérdida de oportunidad o 'chance', por la anulación de un proceso licitatorio, es el único daño resarcible al damnificado, además de los gastos en los que incurrió para participar del mismo.

Como último punto de análisis sobre el concreto agravio en estudio, cabe destacar que como bien enseña Cassinelli, 'El artículo 24 de la Constitución declara la responsabilidad civil de los entes estatales por 'el daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección' sin distinguir entre el daño consistente en la pérdida de una situación adquirida y el daño consistente en la pérdida de una probabilidad. La irresarcibilidad de ésta última clase de daño, por ende, sólo podría sostenerse si se argumentare que para nuestro Derecho, la pérdida de una probabilidad no cabe en el concepto de 'daño'', agregando además que: 'Otra disposición constitucional, el art. 310 in fine, recoge expresamente en Uruguay la doctrina de que existe acción judicial para la reparación del daño causado por lesión de un interés legítimo...' (cf 'Reparación por la

pérdida de una probabilidad' en R.D.J.A. Tomo 68, págs. 271-272)" (Cfme. sentencia N° 1031/2011).

De acuerdo a los conceptos vertidos por la Corporación en los precedentes que vienen de citarse, y tomando en cuenta las resultancias de autos, corresponde desestimar el presente agravio de la recurrente, mediante el cual se cuestiona la legitimidad del proceder de la Sala al ordenar indemnizar a la actora por la pérdida de la chance de haber sido seleccionada en el procedimiento licitatorio.

Tal como surge de las actuaciones seguidas ante el TCA (ver expediente acordado Ficha N° 85/2014), dicho Tribunal, por sentencia N° 189/2016, anuló el acto de adjudicación de la licitación de marras a favor de SABYL S.A., fundándose sustancialmente en los siguientes argumentos: "(...) el carácter reglamentario que cabe atribuir al Pliego durante el proceso de selección no fue debidamente observado por la Administración, en la medida que su decisión final de adjudicación desatendió específicas y esenciales previsiones contenidas en los artículos 29.1 y 30 del referido pliego, que tratan sobre el 'Examen de las Ofertas para determinar su cumplimiento'. (...)

El error padecido en la interpretación de la oferta original determinó que la Comisión Asesora de Adjudicaciones excluyera la oferta

presentada por la accionante y continuara el proceso selectivo con las demás oferentes. Y, posteriormente, aconsejó a ANEP - CODICEN adjudicar la licitación de autos a la empresa SABYL S.A.

A juicio del Tribunal, le asiste razón a la parte actora cuando postula la ilegitimidad del acto administrativo impugnado aduciendo una conducta de la Administración contraria a Derecho, por cuanto la decisión de descalificar su oferta como no válida en el proceso selectivo, se fundó en un error que vicia su motivación" (fs. 68 vto./69 vto. del expediente acordado proveniente del TCA Ficha N° 85/2014).

En suma, el TCA entendió que existió ilegitimidad en el obrar de la Administración (ANEP) al haber descalificado la oferta de la actora durante el procedimiento licitatorio. Tal proceder ilegítimo de ANEP privó a la accionante de la posibilidad (chance) de resultar gananciosa en dicho procedimiento.

En función de ello, resulta ajustado a Derecho indemnizar a la accionante por la pérdida de chance padecida a raíz del obrar ilegítimo de la ANEP, tal como lo resolvió correctamente el ad quem.

III.I.III) En cuanto al concreto porcentaje de pérdida de chance fijado por el

Tribunal (50%), no existió agravio específico de la impugnante.

Sin perjuicio de lo cual, cabe revalidar lo expresado por la Corporación en anteriores ocasiones respecto a que la fijación del porcentaje de pérdida de chance responde a una apreciación discrecional de los órganos de mérito (Cfme. sentencias Nos. **425/2000**, **212/2007** y **900/2012**), por lo que solo podría ser revisada en casación en caso de existir arbitrariedad o absurdo en su fijación, lo que no se verifica en el ocurrente.

III.II) Respecto a la fecha a partir de la cual deben correr los intereses legales

La Corporación, en mayoría compuesta por los Sres. Ministros Dres. Jorge Chediak; Elena Martínez y Luis Tosi (discordes el Señor Ministro Eduardo Turell y la redactora) considera que los intereses deben correr desde la demanda.

A juicio del Sr. Ministro Dr. Chediak, los intereses deben correr desde la fecha de la demanda en casos como este en función de los argumentos expuestos en la Sentencia N° **1031/2011** de esta Corporación, a cuyos fundamentos se remite.

A juicio de los Sres. Ministros Dres. Tosi y Martínez, ya sea que se entienda que el presente caso convoca una hipótesis de res-

ponsabilidad contractual o que se considere que involucra un supuesto de responsabilidad extracontractual, ello no cambia la solución en lo que respecta a la fecha a partir de la cual corren los intereses legales.

En efecto, a juicio de la mayoría de la Corporación, tanto en las hipótesis de responsabilidad contractual, como las de responsabilidad extracontractual, los intereses corren desde la fecha de la demanda.

Para la responsabilidad contractual, la solución emerge con claridad de lo dispuesto en el art. 1348 del Código Civil.

Por su parte, para la responsabilidad extracontractual, y si bien se han sostenido diferentes posiciones tanto en doctrina como jurisprudencia, la mayoría de la Corte participa de la tesis que considera que también en las hipótesis de responsabilidad extracontractual, los intereses corren desde la fecha de la demanda (Cfme. sentencia TAC 6° No **44/2014** y TAC 3° No **55/2014**, entre otras).

Como ha señalado el TAC 3° en Sentencia N° **55/2014**: *"(...) ante la ausencia de una norma específica en materia de responsabilidad extracontractual, se considera que la norma análoga a la que cabe recurrir como medio integrativo (art. 16 del Código Civil) es la establecida en el art. 1348 inc. 3 del*

Código Civil, en mérito a la similitud del fundamento que deben considerarse en uno y otro (TAC 6º, sentencia 67/09).

Ciertamente, conforme a la teoría general de la responsabilidad civil, ella es una sola y atiende fundamentalmente a la traslación del daño de quien lo sufre al designado para soportarlo, por lo que nada impide en la tendencia moderna de unificación de ambos regímenes la aplicación analógica que se propugna" (Cfme. sentencia TAC 3º Nº 55/2014, publicada en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. 45, c. 432, pp. 407/408).

En consecuencia, en la especie, sin perjuicio de la posición que se tome respecto al subtipo de responsabilidad que se encuentra en juego, entienden los Sres. Ministros citados que los intereses legales deben correr desde la fecha de la demanda. Razón por la cual, se considera que corresponde acoger en este punto el recurso de casación interpuesto por la demandada, y en su mérito, anular la sentencia atacada en cuanto condenó a pagar el interés legal desde la fecha de la exigibilidad de la obligación de reparar, manteniendo la solución adoptada en la primera instancia: intereses desde la demanda.

IV) **Análisis del recurso movi-**
lizado por vía adhesiva por la parte actora.

La actora se agravió por el porcentaje de pérdida de chance, fijado por el *ad quem* en el 50%, pretendiendo que el mismo sea aumentado hasta el 99%. Señaló que la sentencia atacada le causa agravio por el porcentaje de pérdida de chance que condena a pagar a la ANEP, el que debió haber sido mayor. Adujo que el Tribunal omitió aplicar la norma de derecho en materia de contratación administrativa, para cuantificar la importancia de la chance. Alegó así la existencia de errónea aplicación de la norma de derecho (art. 68 del TOCAF y art. 1323 Código Civil) al determinar la fracción de la ganancia esperada.

La Corte considera que no le asiste razón en su planteo.

Como fuera previamente indicado (al analizar el recurso de casación interpuesto por la demandada), la Corporación ha sostenido en reiteradas ocasiones que la fijación del porcentaje de pérdida de chance responde -al menos en principio- a una apreciación discrecional de los órganos de mérito (Cfme. sentencias Nos. **425/2000**, **212/2007** y **900/2012**), por lo que solo podría ser revisada en casación en caso de existir arbitrariedad o absurdo en su fijación, lo que no se verifica en el ocurrente.

Respecto a la alegada incorrecta aplicación de los arts. 68 del TOCAF y 1323 del

Código Civil, cabe señalar que no emerge de la lectura de tales disposiciones que el porcentaje de pérdida de chance, en casos como el de obrados, tenga que ser superior al 50%, por lo que en modo alguno puede acogerse el agravio de la adherente.

Por otra parte, la impugnante alega también que el porcentaje imputado por pérdida de chance se debe a una incorrecta valoración de la prueba producida en autos.

Sobre el punto, cabe remarcar que la impugnante no invoca la existencia de arbitrariedad o absurdo evidente en la valoración de la prueba, y que ello tampoco emerge, en absoluto, de la lectura de la sentencia y el cotejo de los elementos probatorios reunidos en autos, lo que sella la suerte del agravio.

V) La correcta conducta procesal de las partes no justifica la imposición de especiales condenas causídicas (art. 688 del Código Civil).

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

(I) AMPÁRESE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO POR VÍA PRINCIPAL Y, EN SU MÉRITO, ANULASE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO

ORDENA QUE LOS INTERESES LEGALES SE COMPUTEN DESDE LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR MANTENIENDO LA SOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA SOBRE EL PUNTO, QUE ORDENA COMPUTARLOS DESDE LA DEMANDA.

(II) DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR VÍA ADHESIVA.

A LOS SOLOS EFECTOS PARAFISCALES, FÍJENSE LOS HONORARIOS FICTOS EN LA SUMA DE 40 BPC (ART. 71 LITERAL B DE LA LEY N° 17.738).

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

MINISTRO DR. EDUARDO TURELL DISCORDE PARCIALMENTE: POR DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO EN RELACIÓN AL CÓMPUTO DE INTERESES.

A diferencia de lo señalado por la mayoría, entiendo que los agravios propuestos en el punto son de rechazo.

La Sala fijó el interés legal desde la exigibilidad, atendiendo a que la responsabilidad pre contractual supone una hipótesis de responsabilidad extra contractual, en criterio que comparto.

Sobre el cómputo de intereses en la responsabilidad extracontractual he sostenido, integrando el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno (Sentencia No. 31/2010) que

"patrocina una interpretación estricta del art. 1348 C.C. y aplicables C. de Com., por compartirse los fundamentos expuestos por el similar de 5to. Turno, al no existir argumentos para extender la regulación de la cuestión en el campo de la responsabilidad extracontractual, pues tratándose del incumplimiento del deber genérico de no dañar, la exigibilidad es inmediata, y la reparación debe comprender el perjuicio causado por el retardo (Gamarra, Responsabilidad contractual, T. I, p. 280-288; Larrañaga, en A.D.C.U., T. XXI, p. 435-440; T. XXV, p. 653-659; T.A.C. 5to. Sent. No. 35/96; de la Sede Sents. Nos. 55/00; 46, 51/01; 49/05, 212, 314/06; 115/07; 6, 7, 112/08 entre otras)".

MINISTRA DRA. BERNADETTE

MINVIELLE DISCORDE PARCIALMENTE: en lo concerniente al *dies a quo* para el cómputo de los intereses legales. Discrepo con el criterio sostenido en la sentencia en mayoría, que ordenó que el cómputo de los intereses legales se realice desde la demanda. Considero que deben computarse desde el hecho ilícito. En tal sentido, corresponde revalidar el temperamento sostenido en mayoría por la Corporación en la Sentencia N° 177/2010, en la que se afirmó:

"... debe realizarse una interpretación estricta del art. 1348 del Código Civil

y, en sede de responsabilidad extracontractual, tratándose del incumplimiento del deber genérico de no dañar, la exigibilidad es inmediata y la reparación integral debe comprender el perjuicio causado por el retardo. Por ello, los intereses deberán computarse desde la fecha del ilícito" (Cfme. Sentencia N° 1.216/2018).

En suma, amparo el agravio. Entiendo que corresponde anular la sentencia en lo concerniente al *dies a quo* considerado para el cómputo de los intereses legales y, en su lugar, establecer que deben correr desde el hecho ilícito (desde la fecha del dictado del acto de adjudicación anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo).