**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** **- Acción procedente**

De otro lado, como la controversia se concreta en la discusión sobre la legalidad de un acto administrativo dictado en el marco de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como efectivamente se hizo.

**CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN DE LICORES - Régimen jurídico**

Para el 17 de marzo de 1997, cuando se suscribió el contrato en estudio, se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, que incorporó dentro del concepto de contratos estatales a los suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado, naturaleza jurídica a la que pertenece la Industria Licorera de Boyacá, y los sometió al régimen jurídico de ese estatuto. En consecuencia, bajo esa normatividad se analizará el asunto sometido al estudio de la Sala.

**MONOPOLIO ESTATAL - Cláusulas excepcionales - Contratos estatales**

Vale precisar que el contrato en estudio es un contrato desarrollado en ejercicio del monopolio estatal de licores, el cual “corresponde al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución del producto industrial, su comercialización”. Por consiguiente se ha concluido que “la venta del producto objeto del monopolio, es una de las fases o etapas de la explotación del mismo. Sin embargo, las ventas posteriores, por segundos y terceros intermediarios hasta llegar al consumidor final, no hace parte del monopolio”. Con fundamento en lo anterior, esta Sección ha explicado “que la categoría de contratos celebrados en ejercicio del monopolio estatal –pasibles de cláusulas excepcionales- no se extiende a los contratos que se formalizan con segundos y terceros compradores, como por ejemplo las ventas de licor de los distribuidores a los minoristas, ni las ventas al detal, en cuanto se trata de bienes previamente comercializados en ejercicio del arbitrio rentístico del monopolio estatal”. En el presente asunto se trata de la comercialización entre quien produce el licor, la Industria Licorera de Boyacá, y un particular que funge como distribuidor. Es decir, se está frente a una operación de comercialización o explotación primaria o directa del monopolio de los licores. En línea con lo expuesto, esa calificación no se extiende a las ventas efectuadas por el distribuidor.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Terminación unilateral del contrato**

Lo expuesto permite concluir que en el contrato en estudio era posible la incorporación de cláusulas excepcionales, por cuanto si bien, en principio, están prohibidas en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales (parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993), esa prohibición se neutraliza cuando en esos contratos se ejerce una actividad que constituya monopolio estatal (numeral segundo artículo 14 ejusdem), como ocurre en el sub lite, tal y como quedó expuesto. En esa dirección resultan legales las cláusulas excepcionales pactadas en la cláusula décima octava, sin desconocer que se entendían incorporadas por disposición de ley. (…) De lo expuesto se tiene que en los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deben ejercer las facultades allí conferidas en los estrictos términos regulados en esa norma. En el caso de la terminación unilateral por incumplimiento, la jurisprudencia de esta Sección ha entendido que como hay regulación expresa sobre el particular en el Estatuto General de Contratación Pública, habrá que estarse estrictamente a lo que diga esta normativa, tal como lo dispone su artículo 13, en tanto es ese estatuto el que protege el interés general que persigue la contratación estatal. Esto último comporta que la terminación unilateral de los contratos sometidos al derecho privado no sea automáticamente procedente en los contratos sometidos al derecho público, dado lo disímil de los intereses en juego; vale aclarar que no ocurre lo mismo frente a la terminación bilateral, en tanto esa figura no fue regulada por la Ley 80 de 1993, razón por la cual bien puede remitirse a lo dispuesto en el derecho privado sobre el particular.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Causales**

La Ley 80 de 1993 habilita el ejercicio de esa facultad cuando se trata de situaciones extrañas a la relación jurídica contractual, como son las exigencias del servicio público o la situación de orden público, la muerte o la incapacidad física permanente, la interdicción judicial o la precaria situación económica del contratista, toda ellas como se observa situaciones ajenas al débito contractual.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Acta de terminación unilateral - Nulidad por falta de competencia**

Si bien en el *sub lite* dentro de los cargos formulados no está el de falta de competencia, la Sala observa que la resolución n.° 0752 de 1997 se expidió sin facultad legal que habilitara a la Licorera a proceder en esa dirección. Aunque no se desconoce que el contrato *sub judice* fue el resultado del ejercicio del monopolio estatal de licores y, por consiguiente, admisible e, incluso, obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales, entre ellas, la de terminación unilateral, lo cierto es que dentro de las causales que contempla el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 para el ejercicio de dicha facultad no están las que adujo la demandada para expedir el acto administrativo demandado. (No) podría argumentarse que el incumplimiento se encuadra como una exigencia del servicio público, en tanto se insiste son causas por fuera de la relación contractual que imponen esa terminación, hasta el punto que el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 ordena el reconocimiento de las compensaciones e indemnizaciones por el ejercicio de esa facultad, así como de otras, lo que sería un contrasentido si la terminación unilateral pudiera fundarse en el incumplimiento del contratista (…) es preciso llamar la atención sobre el hecho de que además del incumplimiento de la cuota mínima de compra arriba advertida, la demandada también adujo para la terminación del vínculo contractual la no constitución de las garantías exigidas en la cláusula décima (fl. 5, c. ppal), argumento que además de carecer de fundamento legal, tal y como quedó expuesto, ni siquiera fue contemplado en el contrato como causal para proceder en esa dirección, lo que releva a la Sala de anular parcialmente el contrato por obvias razones. De conformidad con lo anterior se impone la anulación del acto administrativo demandado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 15001-23-31-000-1998-00609-01(37932)**

**Actor: HÉCTOR PITA TORRES**

**Demandado: INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: Ineptitud sustantiva de la demanda por no incluir dentro de las pretensiones la nulidad de los actos administrativos de terminación unilateral; interpretación integral de la demanda, acceso a la administración de justicia. El juez no puede enmendar la demanda, pero sí interpretarla.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 9 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se resolvió (fl. 331 rev., c. ppal 1):

*PRIMERO: El departamento de Boyacá es sucesor procesal de la parte demandada Industria Licorera de Boyacá.*

*SEGUNDO: Reconocer a la doctora Myriam Maritza Niño Forero como apoderado del departamento de Boyacá, de conformidad con el poder otorgado a folio 278 del cuaderno n.° 1.*

*TERCERO: Se declara inhibida la Sala para pronunciarse sobre el fondo del asunto por ineptitud sustantiva de la demanda.*

*CUARTO: En firme la providencia, archivar las diligencias previas las anotaciones y registros del caso.*

*QUINTO: Por Secretaría desglósense los documentos correspondientes a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Diver Olivia Contreras Gamba contra el Instituto Financiero de Boyacá y alléguense al proceso correspondiente.*

**SÍNTESIS DEL CASO**

El señor Héctor Pita Torres cuestiona la decisión de la Empresa Licorera de Boyacá de terminar unilateralmente el contrato de distribución de licor n.° 004 del 17 de marzo de 1997. Consecuencialmente pide el reconocimiento de los perjuicios causados.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 18 de mayo de 1998 (fl. 53, c. ppal 1), el señor Héctor Pita Torres, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la Industria Licorera de Boyacá (fls. 24 a 53, c. ppal).

**1.1. Los hechos**

Con el fin de dilucidar correctamente el fondo del asunto, la Sala transcribirá completamente la situación fáctica planteada en la demanda, así (fls. 25 a 40, c. ppal 1):

*II.1 Entre la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, representada por su gerente señora ANA CONCEPCIÓN CHAPARRO DE GONZÁLEZ por una parte y, por la otra, el señor HÉCTOR PITA TORRES, el día 17 de marzo de 1997, en la ciudad de Tunja se suscribió el contrato n.° 004 “PARA LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN LA ZONA N.° 2 PRIMERA CATEGORÍA”.*

*II.2 El objeto del contrato, según reza el mismo lo constituyó* [cita el objeto contractual]*:*

*II.3 El contrato suscrito entre la Industria Licorera de Boyacá y el señor HÉCTOR PITA TORRES, en el parágrafo 2º de la cláusula segunda.* (sic) *Las partes pactaron: “Salvo lo dispuesto legalmente la INDUSTRIA durante la vigencia de este contrato para la Zona 2 no establecerá contratos de comercialización de los productos objeto de este con ninguna otra persona natural o jurídica”.*

*II.4 Se pactó como duración del contrato, en la cláusula “DÉCIMA SÉPTIMA” lo siguiente:*

*“TÉRMINO DEL CONTRATO: La duración del presente contrato es de dos (2) años contados a partir del 16 de agosto de 1997”*

*II.5 El contrato n.° 004 de 17 de marzo de 1997, suscrito en la ciudad de Tunja entre la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ y el señor HÉCTOR PITA TORRES, sufrió todos los trámites exigidos en las normas pertinentes, como publicaciones, pago de impuestos etc, tal como se acreditará en el proceso.*

*II.6 En la cláusula décima novena se pactó, por los contratantes* [se transcribe la referida estipulación que reguló la cuantía del contrato].

*II.7 Como cláusula penal las partes hicieron constar* [se transcribe la estipulación en comento que regula la cláusula penal pecuniaria] *(…)*.

*II.8 La INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, en forma unilateral, ilegal y sin justa causa, mediante Resolución n.° 0752 de diciembre de 1997, la cual fue notificada al Distribuidor señor HÉCTOR PITA TORRES el 23 de enero de 1998 resolvió:*

*ARTÍCULO PRIMERO: Dar por terminado en forma unilateral el contrato n.° 004 de 1997 para la comercialización y distribución en el departamento de Boyacá Zona n.° 2 celebrado entre la Industria Licorera de Boyacá y el señor HÉCTOR PITA TORRES cuyo objeto era la distribución de los productos que fabrica la Industria Licorera de Boyacá, toda vez que el distribuidor ha incumplido con las cuotas señaladas en la cláusula tercera del contrato y por no presentar las garantías correspondientes para respaldar los títulos valores solicitados en la cláusula décima del contrato”.*

*II.9 Del texto de la cláusula “TERCERA” del contrato 004 de marzo de 1997 se deja estipulado con meridiana claridad que el DISTRIBUIDOR:*

*“Se obliga durante la vigencia de este contrato a comprar a la INDUSTRIA, en sus instalaciones de la planta El Jordán en el municipio de Tunja, para comercializar dentro de la zona n.° 2 las siguientes cantidades mínimas en las diferentes presentaciones de los productos de la INDUSTRIA, 3.000 cajas mensuales para un total de treinta y seis mil (36.000) cajas anuales convertibles a 750 c.c., así:*

*Aguardiente Líder y aguardiente Onix Sello Negro en ochenta por ciento (80%), catorce por ciento (14%) de Ron, cinco por ciento (5%) de Brandy, uno por ciento (1%) de Cremas”.*

*De conformidad con el parágrafo de la cláusula transcrita se aclara que el “DISTRIBUIDOR” a partir del 16 de agosto de 1997 me ajustaré* (sic) *a lo estipulado claramente en la cláusula tercera de este contrato, o sea 3.000 cajas mensuales para un total de 36.000 cajas.*

*II.10 De conformidad con la cláusula décima del contrato EL DISTRIBUIDOR debería comprar y la INDUSTRIA “venderá los productos al DISTRIBUIDOR de contado, aceptación bancaria, carta de crédito o hipoteca que garantice el pago del licor”.*

*II.11 Teniendo en cuenta la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997, por medio de la cual se da por terminado “en forma unilateral el vínculo contractual, la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, sustenta en dos aspectos fácticos:*

*1. Que el señor HÉCTOR PITA TORRES no cumplió con las cuotas señaladas en la cláusula tercera y,*

*2. Que el mismo DISTRIBUIDOR no presentó “las garantías correspondientes para respaldar los títulos valores solicitados en la cláusula décima del contrato.*

*II.12 Empero, las afirmaciones hechas en la resolución de terminación unilateral riñen con la verdad de lo ocurrido.*

*Vale, entonces, y se hace obligatorio, examinar, analizar y estudiar punto por punto así:*

*a) Que el DISTRIBUIDOR PITA TORRES no cumplió con las cuotas señaladas en la cláusula tercera:*

*a.1. Es una afirmación que se adent*[r]*a en el estadio de falacia y de la inexactitud, en virtud a que el DISTRIBUIDOR sí cumplió con su obligación de comprar y facturar el mínimo señalado en la cláusula que cita la resolución que en la forma ilegal, unilateral y sin justa causa da por terminado el contrato n.° 004.*

*a.2. Tuvo oportunidad el señor PITA TORRES de puntualizar a la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, en nota enviada al doctor HÉCTOR GONZALO MONROY ARIAS, gerente de la misma los siguientes aspectos:*

*“a) En el mes de abril de 1997, firmamos un acuerdo entre el Gerente, Asesor Jurídico y Distribuidores, dejando cinco (5) meses muertos, mientras el señor JUAN HERNÁNDEZ, vendía el licor que tenía en existencia (aproximadamente 70.000 cajas, licor que estaba vendiendo a precio inferior al que los distribuidores exclusivos teníamos que comprar en la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, dadas las condiciones favorables de compra, que él había obtenido anteriormente.*

*“b) Es absurdo y paradójico que una persona nos* (sic) *distribuidor exclusivo pueda comprar con descuentos y plazos superiores a los distribuidores y vender libremente sin control de zona y precio. Para el mes de septiembre de 1997 debíamos empezar a cumplir las cuotas de compra establecidas, pero para nuestra sorpresa de la venta que en ese mes le hicieron al señor JUAN HERNÁNDEZ de 50.000 cajas con el concebido descuento del 15% y 30, 60 y 90 días de plazo entonces, cuál era el incentivo de los distribuidores para la compra?”*

*No obstante las circunstancias que en forma atinada resalta el señor PITA TORRES, en la desproporción, desequilibrio e inequidad con que actuó la administración de la Industria Licorera de Boyacá, él en su condición de DISTRIBUIDOR, efectuó las compras en procura de dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales.*

*Continúa “c.) En el mes de octubre, el día nueve (9) firmamos una modificación al contrato, mediante la cual me comprometía a comprar diez mil (10.000) cajas para el último trimestre de 1997, cantidad que compre dando cumplimiento a mi compromiso”.*

*Cito en respaldo del aserto del señor PITA TORRES, la modificación al contrato n.° 004, firmada por la señora ANA CONCEPCIÓN CHAPARRO DE GONZÁLEZ y HÉCTOR PITA TORRES, con el visto bueno del Director Jurídico JORGE C. CARDOZO RODRÍGUEZ, cuyo texto es del siguiente tenor:* [cita un extracto del documento referido, sobre el que se volverá en el análisis probatorio]

*a.3 El distribuidor HÉCTOR PITA TORRES cumplió a cabalidad con todas las obligaciones a su cargo en cuanto a compra y comercialización de los productos de la Industria Licorera de Boyacá, de conformidad con lo estipulado en el contrato n.° 004 de 17 de marzo de 1997, y su posterior modificación de fecha 9 de octubre de 1997.*

*Por cuanto se debe concluir, sin lugar a la menor duda que la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997, carece de fundamento fácticos y jurídicos reales. El pronunciamiento hecho por la Industria Licorera de Boyacá, no solamente es unilateral, sino que es ilegal e injusto. Por tanto deberá asumir y responder por los perjuicios de orden patrimonial causados al “DISTRIBUIDOR” señor HÉCTOR PITA TORRES.*

*a.4 En forma equivocada la gerencia de la Industria Licorera de Boyacá, decreta la terminación unilateral del contrato 004, sin haber analizado a fondo la situación real del DISTRIBUIDOR HÉCTOR PITA TORRES, porque no se tomó la incomodidad de confrontar las cláusulas del contrato 004 con las que modificó el convenio plasmado en la modificación del 9 de octubre de 1997.*

*b) Que el DISTRIBUIDOR HÉCTOR PITA TORRES “no presentó garantías correspondientes para respaldar los títulos valores solicitados en la cláusula décima del contrato”:*

*b.1 Resulta tan ambigua, en la inocultable rapidez de despojar al señor PITA TORRES, para beneficiar a otras personas de acuerdo como deba repartirse el botín burocrático y con la presión preelectoral que ejercen los políticos que manejan la Industria Licorera de Boyacá, que la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997, que no precisaron a cuál cláusula hacían referencia, si a la del contrato original o a la de su modificación. Y esto resulta de vital importancia destacar, por cuanto que los textos de las dos son diferentes.*

*b.2 El señor HÉCTOR PITA TORRES no solamente cumplió a cabalidad con la obligación que en forma perentoria y clara le impuso la modificación del contrato, con fecha 9 de octubre de 1997, sino que como él mismo le recaba la gerencia de la INDUSTRIA, en la nota de fecha 28 de enero de 1998:*

*GARANTÍAS: Para la cancelación de las compras realizadas me solicitaron la firma de cheques, los cuales han cobrado en forma regular sin contratiempos de ninguna naturaleza y no existe requerimiento alguno a la presentación del otro tipo de garantía”.*

*II.13. Se hace necesario reiterar, en este libelo de demanda, que el señor HÉCTOR PITA TORRES dio cabal cumplimiento a las obligaciones contractuales adquiridas con la Industria Licorera de Boyacá, mediante el contrato n.° 004 de fecha 17 de marzo de 1997 y su modificación de 9 de octubre de 1997 y que quien actuó de forma unilateral, injustificada y por fuera de la ley, fue la entidad que ahora se demanda.*

*II.14 Con apoyo en el contenido del contrato 004, los acuerdos logrados con la gerencia, la dirección jurídica y el distribuidor, así como con la modificación al vínculo contractual, “Es fácil establecer –le apuntó Pita Torres a la gerencia de la INDUSTRIA que el incumplimiento no ha sido mío, pues en la modificación del contrato para la compra de DIEZ MIL (10.000) cajas para el último trimestre las compré y en la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ me facturaron incumpliendo los descuentos pactados, según se indica a continuación:*

*Cantidad de cajas a comprar Descuento*

*De 1.001 a 2.500 cajas 5%*

*De 2.501 a 5.000 cajas 10%*

*De 5.001 a 10.000 cajas 15%*

*“De lo anterior se deduce que se debía facturar*

*1.000 cajas Sin descuento*

*1.500 cajas Con el 5% descuento*

*2.500 cajas Con el 10% descuento*

*5.000 cajas Con el 15% descuento*

*Pero sin explicación concreta se me facturaron*

*2.000 cajas Sin descuento*

*2.500 cajas Con el 5% descuento*

*2.500 cajas Con el 10% descuento*

*3.500 cajas Con el 15% descuento*

*“En diciembre de 1997 dos (2) días antes del alza de precios concretaron una nueva negociación con el señor JUAN HERNÁNDEZ, facturándole 50.000 cajas con descuento del 15% y plazo de 30, 60 y 90 días lo cual representa algo más de $15.000 en caja por debajo del precio al cual debíamos comprar los distribuidores”.*

*II.15 Con la actitud de la INDUSTRIA se viola el principio general que gobierna los contratos, denominados en la legislación, jurisprudencia y doctrina colombianas, de “buena fe”, para adentrarse en un franco abuso del derecho impidiendo con la rematada resolución n.° 0752 que el contrato suscrito con el señor HÉCTOR PITA TORRES cumpliera con los fines y objetivos pactados.*

*II.6* (sic) *La terminación unilateral del contrato n.° 004 de 22 de diciembre de 1997, por parte de la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, carece de causa real y por tanto resulta injusta.*

*II.17 De la misma manera, esa terminación unilateral del contrato 004, carece de fundamentación jurídica y, por consiguiente resulta ilegal.* [En adelante, la parte actora se refiere a los perjuicios causados].

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora formuló las siguientes pretensiones (fls. 40 a 43, c. ppal):

*III.1 DECLARAR que la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, representada por su gerente señor HÉCTOR GONZALO MONROY ARIAS, mayor de edad, vecino y residente en Tunja o por quien haga sus veces en el momento de surtirse el traslado del libelo de la demanda, es responsable de indemnizar el valor de los perjuicios patrimoniales, que comprende daño emergente y lucro cesante, ocasionados al señor HÉCTOR PITA TORRES mayor de edad, vecino y residente en Duitama, al decretar en forma* ***unilateral, ilegal y sin justa causa****, terminado el contrato n.° 004 de marzo 17 de 1997, denominado “Para la distribución comercial en la zona n.° 2 de primera categoría”, cuyo objeto lo constituyó la distribución en los municipios de Duitama, Belén, Cerinza, Santa Rosa de Viterbo, Paipa, Tutazá, Tibasosa y Nobsa de los productos de la Industria Licorera de Boyacá, aguardiente Onix Sello Negro; aguardiente Líder, ron Boyacá, ron Tunja, brandy Lanceros, cremas Triple Sec, Café y Cacao, en las presentaciones que actualmente “y en el futuro se destilen” y envase la misma Industria.*

*III.2 Como efecto de la declaración en el punto anterior, SE CONDENE a la Empresa Comercial del departamento, INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ, debidamente representada por su gerente, a pagar al señor HÉCTOR PITA TORRES, los daños y perjuicios patrimoniales, causados, teniendo en cuenta los siguientes conceptos:*

*DAÑO EMERGENTE*

*III.2.1. La suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000), o la que parcialmente se acredite en el proceso, por concepto de pago de trabajadores, carga salarial y prestacional e indemnizatoria de los mismos, el menor precio en la venta de vehículos, pago de bodega, arrendamiento y adecuación de las mismas; junto con la actualización monetaria de la impetrada suma de dinero según variación del índice de precios al consumidor certifique el DANE, en el lapso comprendido entre el 22 de diciembre de 1997 y la fecha en que se ejecutoríe la sentencia que ponga fin al proceso.*

*LUCRO CESANTE*

*III.2.2. El equivalente a las sumas de dinero dejadas de percibir por el DISTRIBUIDOR, HÉCTOR PITA TORRES, durante los veinte (20) meses que faltaban para vencerse el término de duración estipulado en el contrato n.° 004, a razón de 3.000 cajas mes, liquidados teniendo en cuenta el precio de la caja de licor señalado por la INDUSTRIA al distribuidor y el precio de venta al público, cuyo monto se estima en más de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($150.000.000) M/CTE o lo que pericialmente quede demostrado.*

*III.2.2.1 El valor de los intereses comerciales causados desde el día 23 de diciembre de 1997 hasta cuando se realice el pago de las sumas de dinero.*

*III.2.2.2 El valor de la cláusula penal pecuniaria en monto de CUATRO MILLONES DE PESOS ($4.000.000) m/cte, señalada en la cláusula vigésima primera, a cargo de la Industria Licorera de Boyacá, por haber dado por terminado unilateralmente el contrato n.° 004, sin justa causa y de modo ilegal.*

*3.3. Ordenar que la sentencia se deberá cumplir por la Industria Licorera de Boyacá, en los términos que ordena el art. 176 del C.C.A., y con los efectos señalados por los arts. 177 y 178 del Código en mención* (se destaca)*.*

**1.3. Concepto de la violación**

Aunque en estricto sentido no se consignó un acápite titulado así en la demanda, si se incorporó un título denominado *“FUNDAMENTOS DE DERECHO”*, en los siguientes términos (fl. 51 a 53, c. ppal 1):

*La sociedad comercial del orden departamental al declarar unilateralmente terminado el contrato n.° 004 de 17 de marzo de 1997, en forma ilegal y sin justa causa, infringió los siguientes mandatos constitucionales y legales:*

*VII.1 Constitución Nacional*

*Arts. 2, 6, 25, 58, 83, 90, 124.*

*VII.2 Ley 80 de 1993*

*Arts. 23, 26, 27, 28, 40, 50, 65.*

*VII.3 Código Civil*

*Arts. 1602, 1603, 1613*

*Las normas constitucionales y legales que se han citado garantizan el patrimonio de las personas que figuran como contratistas, en el presente asunto como “DISTRIBUIDOR” de la entidad del orden departamental, frente a las determinaciones que en ejecución de los mismos contratos toma la administración,* ***la responsabilidad que le compete por el acto antijurídico de dar por terminado sin justa causa*** *el vínculo contractual en detrimento de la otra parte, conducta con la cual queda comprendida la responsabilidad contractual. Las normas que se han citado contenidas en el Código Civil se encaminan a lograr el cumplimiento de las mismas garantías, porque la administración departamental no puede actuar en contravía de las normas que rigen y gobiernan la responsabilidad contractual prevalida de la autoridad que tiene en franco detrimento del patrimonio de los particulares* (se destaca)*.*

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Industria Licorera de Boyacá (fls. 64 a 70, c. ppal 1) sostuvo que fue legal la terminación unilateral del contrato n.° 004 de 1997, mediante la resolución n.° 0752 del 22 de diciembre de 1997. En tal sentido, recordó que la justa causa de terminación se fundamentó en los informes de la Subgerencia de Mercado y la auditoría interna. Recalcó que el contratista incumplió las cantidades de licor que debía adquirir. Igualmente, precisó que los descuentos al señor Juan Hernández se fundaron en que adquirió 50.000 cajas de licor. Insistió en que todos los distribuidores se trataron de igual forma.

La demandada precisó que la modificación del 9 de octubre de 1997, en la cual se autorizó al contratista a adquirir 10.000 cajas de licor se limitó al último trimestre del referido año, sin que se variaran las demás obligaciones para el resto del año; en cuanto a la falta de garantías reiteró que el contratista se sustrajo a esta exigencia contenida en la cláusula 10 del contrato. Por esos mismos incumplimientos se procedió a terminar algunos contratos de distribución, la mayoría de forma bilateral, siendo la única unilateral la del accionante, al igual que su judicialización.

Por último, advirtió que el accionante aún continúa dedicado a la comercialización de bebidas alcohólicas y que para tal fin montó toda la logística que traía desde la suscripción del contrato cuestionado, claro está, que en la actualidad debe adquirir esos productos del único proveedor autorizado.

**3. LOS ALEGATOS[[1]](#footnote-1)**

En esta oportunidad, la parte actora, con fundamento en el material probatorio allegado, reiteró los fundamentos de su demanda. Además, amplió los fundamentos de derecho y precisó los vicios de la resolución n.° 0752 del 2 de diciembre de 1997, los cuales concretó en el desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa y audiencia, falsa motivación y desviación de poder (fls. 288 a 313, c. ppal 2).

La parte demandada, esta vez a través del departamento de Boyacá, en su calidad de sucesor de los derechos, bienes y obligaciones de la Industria Licorera de Boyacá, reiteró los argumentos de su defensa (fls. 283 a 287, c. ppal 2).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 9 de septiembre de 2009 (fls. 325 a 331 rev., c. ppal 2ª instancia), el *a quo* declaró sucesor procesal de la Empresa Licorera de Boyacá al departamento de Boyacá y se inhibió para decidir de fondo el presente asunto. Para esto último, sostuvo:

*Del caso concreto (…)*

*A juicio de esta Corporación se presenta en el sub lite ineptitud sustantiva de la demanda que impide al Tribunal dictar sentencia de mérito en el presente asunto, en efecto.*

*Es claro que el motivo que origina la acción que se estudia surge como consecuencia de la terminación unilateral del contrato n.° 004 del 17 de marzo de 1997 (f. 67 c. 2) declarada por la Industria Licorera de Boyacá, a través de la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997 (fls. 74 a 76 c. 2) (…).*

*Es de este acto que surgiría el perjuicio y frente a cuya ilegalidad la actora fundamenta su demanda, de suerte que se refiere a él como la causa de la responsabilidad de la administración por cuanto considera que quien incumplió el mismo fue la demandada.*

*Observa la Sala que al momento de alegar de conclusión acusa de ilegalidad la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997 por vicios como falsa motivación, desvío de poder y falta al debido proceso (f 309 c. 1) pero en su demanda la declaratoria de nulidad del mismo no fue solicitada o mejor no se hizo parte de sus pretensiones.*

*Y no resulta suficiente ni legal para pronunciarse sobre la legalidad del mencionado acto administrativo la inoportuna mención que sobre los vicios que predica del mismo, hizo la actora al momento de alegar de conclusión pues ello sería tanto como admitir una adición a la demanda de forma completamente extemporánea con riesgo de los derechos al debido proceso y el derecho de defensa. (…)*

*Sucede en este caso que la actora omitió demandar la legalidad de la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997 (f. 10 s c. 1 o 151 s c. 2), lo cual impide que el Tribunal se refiera a la “responsabilidad” que le atribuye la actora a la Industria Licorera de Boyacá y, que de tal declaración, se avengan a recaudo de sus intereses las demás pretensiones de condena, de suerte que, al existir este acto administrativo, que como es de su esencia, goza de presunción de legalidad, el no atacar con una pretensión su validez para declararlo no ajustado a la realidad ni al derecho, le permite surtir efectos sobre el contrato, de manera que, administrativamente, aquel ha sido declarado incumplido y por efecto de tal declaración administrativa, se ha terminado.*

*En este orden de ideas, no es posible determinar la responsabilidad de la demandada por perjuicios patrimoniales ocasionados al demandante, sin remover la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo en el que se tomó la determinación de dar por terminado unilateralmente el contrato n.° 004 de 17 de marzo de 1997, para la distribución de licores en la zona n.° 2 del departamento, por incumplimiento del contratista. Para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las cláusulas contractuales, era indispensable demandar el acto administrativo que afectó el contrato con su terminación unilateral, en este caso la resolución n.° 0752 de 22 de diciembre de 1997 proferida por la Industria Licorera de Boyacá.*

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 17 de septiembre de 2009, la parte actora interpone recurso de apelación (fl. 334, c. ppal 2ª instancia). En la sustentación sostiene (fls. 338 a 357, c. ppal 2ª instancia):

(i) Enfatiza que el defecto declarado por el *a quo* era un simple error de forma que debió ser advertido en la admisión de la demanda, con mayor razón si de una interpretación integral se llegaba a la conclusión de que la causa *petendi* giraba en torno a la resolución n.° 0752 del 22 de diciembre de 1997. En general, sostiene que la decisión del *a quo* cercenó el acceso a la administración de justicia de forma injustificada y desproporcionada, hasta el punto que es constitutiva de una vía de hecho.

(ii) En adelante, expone los motivos por los que estima falsamente motivado el acto administrativo, así como constitutivo de desviación de poder. Lo primero, en tanto no se incumplió el contrato, para lo cual expone motivos similares a los de la demanda, y, lo otro, en la medida que se favorecieron intereses ajenos a la buena administración. Además, sostiene la falta de procedimiento previo para imponer la sanción.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes guardaron silencio (fl. 365, c. ppal 2ª instancia).

**IV. CONSIDERACIONES**

**1. CUESTIÓN PREVIA**

Teniendo en cuenta que el a quo se inhibió para pronunciarse sobre el fondo del asunto y al tiempo la parte recurrente mostró su inconformidad frente a ese extremo, la Sala procederá a determinar lo pertinente.

En tal sentido, es preciso recordar que si bien es cierto que la jurisdicción contencioso administrativa es por excelencia rogada, también lo es que ese entendimiento debe acompasarse con los mandatos constitucionales de 1991. En ese orden, es indiscutible que el principio constitucional de la supremacía de lo sustancial sobre lo formal impone al juez un trabajo interpretativo de las actuaciones de las partes dentro del proceso judicial que honre de mejor manera el acceso efectivo a la administración de justicia. Lo anterior no significa reconocer una especie de doble condición para el operador jurídico, de juez y de parte; por el contrario, es en ese escenario donde el juez puede reconocer su límite interpretativo en esa materia. De modo que lo que se espera del juez es que su trabajo interpretativo vaya más allá de las simples formas en las actuaciones de los sujetos procesales, sin desconocerlas o pretermitirlas, en tanto son impuestas por el legislador, sino reconociendo su existencia a través de un trabajo interpretativo que permita entenderlas satisfechas, que no satisfacerlas, de tal modo que resguarde las garantías de todos los sujetos procesales, en atención al espíritu de la causa *petendi* propuesta.

En tal sentido, esta Subsección recordó (i) la obligación del juez de privilegiar las garantías constitucionales al momento de interpretar la demanda, (ii) incluso cuando se cuestionen actos administrativos, (iii) pero sin perder de vista que esa facultad debe ser razonable y proporcionada, es decir, no puede convertirse en una forma de suplir las falencias de la demanda. Efectivamente, en ese asunto se dijo[[2]](#footnote-2):

*19. Ahora bien, el juez de lo contencioso administrativo cuenta con la facultad de* ***interpretar la demanda****, entendiendo que el ejercicio de sus funciones debe observar el derecho de acceso a la administración de justicia, y regirse por el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Al respecto, la Sala se ha pronunciado de este modo[[3]](#footnote-3):*

*“… si bien el referido escrito debería en principio formularse de manera clara, inteligible y precisa, no se puede desconocer que se trata de un acto humano que como tal, es susceptible de errores y por ende, ante la falta de técnica en su elaboración, es deber del juez desentrañar su verdadero sentido o finalidad, puesto que consiste en una actuación que se somete a su buen y razonable juicio, no siéndole dable únicamente acudir al sentido literal y estricto de las palabras que en ella se emplean, así como tampoco entenderla de manera desconectada o parcial -sino como un todo armónico e integral-, estimación en la que a su vez debe tener en cuenta que la finalidad “de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, según lo establece el artículo 4 del C.P.C., en plena concordancia con las premisas constitucionales de primacía del derecho sustancial sobre el formal[[4]](#footnote-4) y del efectivo acceso a la administración de justicia[[5]](#footnote-5).*

*“(…) Teniendo en cuenta que es labor del operador judicial dilucidar la verdadera intención del accionante al momento de presentar su libelo introductorio más allá de lo que esté expresamente escrito, y que en el despliegue de dicha tarea le corresponde abordar las demandas en su conjunto y no de manera separada e inconexa, es evidente que a pesar de que no se formule de manera específica una pretensión en el acápite destinado para ello por el actor, de dicha circunstancia no se sigue de manera irreflexiva que no se pueda encontrar o inferir la formulación de peticiones a lo largo de todo el texto objeto de estudio. Así lo ha entendido esta Corporación en los siguientes términos:*

*“1. Se procede, en primer término, por la naturaleza del asunto, a estudiar el cuestionamiento que la parte demandada hace del libelo introductorio porque no se especificó con la suficiente claridad el capítulo correspondiente a las "Pretensiones", dentro del cual se encuentra "es una narración de hechos pero de ninguna manera una descripción concreta de los objetivos perseguidos, o mejor de las pretensiones, o como lo dice el mismo Código Contencioso Administrativo lo que se demanda. (Fol. 164).*

*“Al respecto considera la Sala que si bien las pretensiones ciertamente no fueron precisa y concretamente ordenadas en acápite especial de la demanda, ello en ningún momento significó que no se hubiesen expresado dentro del libelo inicial. Precisamente, porque allí se encontraban consignadas, pudo el a-quo establecerlas y concretarlas, como puede verse a folios 251 a 259 del expediente principal.*

*“La interpretación y concreción del petitum que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador para interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando el contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, par mandato legal contenido en el artículo 4o. del C. de P. C., tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial...". Con acierto sostuvo la Corte que "una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho". (XLIV. Pag. 627). No se puede entonces desestimar la demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales debe "prevalecer el derecho sustancial”[[6]](#footnote-6).*

*19.1. Esta facultad tiene aplicación en todas las controversias que se ventilen ante el juez de lo contencioso administrativo, inclusive en aquellas donde se debate la legalidad de actos administrativos. Como lo ha señalado esta Corporación, la exigencia formal de señalar “con toda precisión” los actos demandados no puede obviar el deber del juez de interpretar integralmente el texto de la demanda. Así, en asuntos puntuales, ha señalado:*

*“En ese orden de ideas, es oportuno traer a colación que dentro del propósito de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, el juzgador está llamado a interpretar y analizar el texto completo de la demanda presentada, a fin de establecer si se reúnen o no los presupuestos exigidos por la ley procesal para la viabilidad de la acción ejercida. Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso no se configura la ineptitud de la demanda por falta del presupuesto procesal ya señalado, es decir, por no haberse indicado de manera expresa cuáles son los actos cuya nulidad parcial se pretende, pues su identificación se hace posible sin mayor dificultad, después de revisar ese escrito en forma sistemática[[7]](#footnote-7)”.*

*19.2. No obstante, la Sala también ha sostenido que “la facultad que tiene el juez de interpretar la demanda, no constituye un instrumento que pueda, (…) convertirse en el mecanismo idóneo para suplir las falencias de que adolece la misma, como quiera que el demandante, al momento de su presentación, debe señalar e individualizar no solo los hechos, sino las pretensiones -según lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes del Código Contencioso Administrativo-, que aspira le sean reconocidas en el trámite del respectivo proceso judicial”[[8]](#footnote-8). Se trata, pues, de una medida cuya aplicación está sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dependiendo del asunto objeto de estudio.*

En línea con lo expuesto, la Sala procederá al análisis de la demanda.

De entrada se concluye que si bien se omitió demandar expresamente la nulidad de la resolución n.° 0752 del 22 de diciembre de 1997, lo cierto es que de la primera pretensión no cabe duda de que la declaratoria de responsabilidad que se persigue en contra de la demandada se fundamenta en la ilegalidad de ese acto administrativo. Los hechos también dan cuenta de esa intención, así como los fundamentos de derecho. Incluso, de la demanda es claro que la falta de motivación y la desviación de poder fueron los cargos planteados frente a la presunción de legalidad y veracidad de la terminación unilateral. Incluso, la demandada así lo entendió en tanto centró su defensa en la legalidad del acto administrativo demandado.

En consecuencia, se impone concluir que la *litis* quedó planteada de forma clara para todas las partes, y sería en extremo formalista concluir lo contrario. Tampoco se enmienda la demanda, sino que se le da su alcance natural y finalístico, aunque sin desconocer sus falencias técnicas, pero sin que las mismas sean de tal naturaleza que lleven al juez a formular pretensiones que no sean el resultado de la interpretación integral de la demanda. La demanda en su conjunto no deja duda del *petitum*, la nulidad de la terminación unilateral.

Por último, conviene precisar que si bien el 28 de enero de 1998, la accionante, después de advertir que fue notificada de la resolución n.° 0752 de 1997 el 23 del referido mes y año, expuso sus inconformidades frente a esa decisión y, además, advirtió que tampoco se le señalaron los medios para reclamar, razón por la cual solicitó *“informarme si existe esta posibilidad y ante qué organismo debo recurrir, puesto que con ella están lesionando mis derechos”* (fl. 18, c. ppal).

Vista la parte resolutiva de la resolución n.° 0752 de 1997 se observa que a la accionante no se le indicaron los recursos que en contra de esa decisión procedían (fls. 11 y 12, c. ppal). En tal sentido, la Sala dará aplicación al inciso final del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, aplicable a las actuaciones contractuales por disposición expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que señala que *“si las autoridades administrativas no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos”*. En consecuencia, como la solicitud de la accionante referida en el párrafo anterior se limitó a pedir información sobre los medios para atacar la terminación unilateral, no puede considerarse como un recurso propiamente dicho, del cual, vale la pena referir, fue contestado por la demandada el 24 de febrero de 1998 en el sentido de indicarle al contratista la autoridad ante quien debía interponer los recursos y reiterando las razones para la terminación unilateral (fl. 36 y 37, c. 9), pero que sí evidenciaba la posibilidad de la accionante de demandar directamente en los términos del artículo citado.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión del *a quo* para en su lugar estudiar de fondo el presente asunto.

 **2. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**2.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

2.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, la Empresa Licorera de Boyacá[[9]](#footnote-9), es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el conocimiento del presente asunto.

2.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer de esta controversia, dado que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[10]](#footnote-10).

2.1.3. De otro lado, como la controversia se concreta en la discusión sobre la legalidad de un acto administrativo dictado en el marco de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como efectivamente se hizo.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son autores y destinatarios del acto jurídico cuestionado; teniendo en cuenta que el *a quo* declaró sucesor procesal de la parte demandada al departamento de Boyacá y dado que esa decisión no fue cuestionada, la misma se mantendrá. En todo caso, la Sala advierte que efectivamente mediante acta final de liquidación y subrogación de derechos, bienes y obligaciones de la Licorera demandada del 29 de diciembre de 2005 quien subrogó a esta última fue la referida entidad territorial (fl. 282, c. ppal 2).

**1.3. La caducidad**

Con sólo tomar la fecha de la resolución n.° 752 del 22 de diciembre de 1997, que terminó unilateralmente el contrato de distribución de licor n.° 004 del 17 de marzo del mismo año, el cual tenía una duración de 2 años contados a partir del 16 de agosto de 1997 (cláusula décima séptima, fl. 7, c. ppal), y la de la presentación de la demanda, el 18 de mayo de 1998 (fl. 53, c. ppal), es claro que el bienio para presentar la demanda en ejercicio de la acción contractual no estaba vencido.

 **2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El presente asunto plantea revisar si están llamados a prosperar los cargos formulados en la demanda y reiterados en el recurso de apelación, es decir, falsa motivación y desviación de poder en contra de la resolución n.° 752 del 22 de diciembre de 1997. Ahora, precisa aclarar que no serán estudiados los cargos adicionados en los alegatos de primera instancia y en la alzada, como son los límites de las potestades excepcionales, la violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, habida cuenta la extemporaneidad en su formulación.

**3. LA CUESTIÓN DE FONDO: REPAROS FRENTE A LA TERMINACIÓN UNILATERAL**

**3.1. Del régimen jurídico del contrato de distribución de licores n.° 004 del 17 de marzo de 1997**

Para el 17 de marzo de 1997, cuando se suscribió el contrato en estudio, se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, que incorporó dentro del concepto de contratos estatales a los suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado, naturaleza jurídica a la que pertenece la Industria Licorera de Boyacá, y los sometió al régimen jurídico de ese estatuto. En consecuencia, bajo esa normatividad se analizará el asunto sometido al estudio de la Sala[[11]](#footnote-11).

**3.2. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes; además, los documentos obran en copia simple y auténtica, siendo posible valorar los primeros en los términos de la jurisprudencia unificada de esta Sección[[12]](#footnote-12). De todo ese conjunto probatorio se tiene:

3.2.1. El 17 de marzo de 1997, la Industria Licorera de Boyacá y el señor Héctor Pita Torres celebraron el contrato de distribución de licor n.° 004, de cuyas cláusulas se destaca (fls. 2 a 8, c. ppal):

*SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO: El objeto del presente contrato es la distribución dentro de la zona n.° 2 cuya cabecera es el municipio de Duitama y que comprende los municipios de Belén, Cerinza, Santa Rosa de Viterbo, Paipa, Tutazá, Tibasosa y Nobsa para la venta de los productos de la Industria Licores de Boyacá: aguardiente Onix Sello Negro, aguardiente Líder, ron Boyacá, ron Tunja, brandy Lanceros, cremas Triple Sec, Café y Cacao en las presentaciones que actualmente y en el futuro destile y envase la Industria Licorera de Boyacá. PARÁGRAFO PRIMERO: La INDUSTRIA entregará al DISTRIBUIDOR los licores con el distintivo, sello o estiker* (sic) *que los identifica para qué zona fueron despachados, por lo tanto por ningún motivo deberán venderse dichos licores en ninguna otra zona del Departamento o fuera de éste; la inobservancia a este parágrafo será causal para la terminación unilateral del contrato; y el DISTRIBUIDOR deberá responder por las acciones legales que se inicien al respecto. PARÁGRAFO SEGUNDO.- Salvo lo dispuesto legalmente la INDUSTRIA durante la vigencia de este contrato para la zona n.° 2 no establecerá contratos de comercialización de los productos objeto de este con ninguna otra persona natural o jurídica. PARÁGRAFO TERCERO.- A partir del mes de octubre de 1997 la INDUSTRIA concederá como única y exclusiva la zona n.° 2 al DISTRIBUIDOR dependiendo de las condiciones del mercado. TERCERA: OBLIGACIÓN ESPECIAL DEL DISTRIBUIDOR: EL DISTRIBUIDOR se obliga durante la vigencia de este contrato, a comprar a LA INDUSTRIA, en sus instalaciones de la planta El Jordán en el municipio de Tunja, para comercializar dentro de la zona n.° 2 las siguientes cantidades mínimas en las diferentes presentaciones de los productos de la INDUSTRIA, 3.000 cajas mensuales para un total de treinta y seis mil (36.000) cajas anuales convertibles a 750 c.c., así: aguardiente Líder y aguardiente Onix Sello Negro en un ochenta por ciento (80%), catorce por ciento (14%) de ron, cinco por ciento (5%) de brandy, uno por ciento (1%) de cremas. PARÁGRAFO PRIMERO: Debido a las especiales circunstancias del mercado del 15 de marzo al 15 de agosto de 1997, las compras serán de 1.000 cajas de 750 c.c. mes para un total de 5.000 cajas, y a partir del 16 de agosto de 1997 me ajustaré* (sic) *a lo estipulado claramente en la cláusula tercera de este contrato, o sea 3.000 cajas mensuales para un total de 36.000 cajas anuales. PARÁGRAFO SEGUNDO.- Las cuotas a que se refiere esta cláusula se distribuirán por mensualidades de acuerdo al programa de ventas presentado por EL DISTRIBUIDOR dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, en el cual informará a LA INDUSTRIA sus necesidades de productos para que esta elabore sus programas de producción para el mes siguiente. PARÁGRAFO TERCERO: Para efectos de la cuota anual son válidas todas las compras en las diferentes presentaciones de los productos destilados por la Industria Licorera de Boyacá. CUARTA: CUOTAS MÍNIMAS DE COMPRA: EL DISTRIBUIDOR se obliga a cumplir con las cuotas mínimas de compra de los productos de LA INDUSTRIA por períodos de un año contados a partir del 15 de agosto de 1997 al incumplimiento de la cuarta cuota consecutiva se dará por terminado el contrato en forma unilateral. PARÁGRAFO PRIMERO: Cuando EL DISTRIBUIDOR autorice venderle a una persona natural o jurídica es entendido que esta debe cumplir todas las obligaciones para con la Industria Licorera de Boyacá, como si fuera el distribuidor principal. QUINTA: DISMINUCIÓN DE LAS CUOTAS MÍNIMAS.- En caso de que la producción de LA INDUSTRIA sea descontinuada o suspendida temporalmente o sufra una disminución sustancial o una parálisis total por fuerza mayor o caso fortuito* (sic) *orden de autoridad competente y en general determinaciones o actuaciones ajenas al DISTRIBUIDOR, las cuotas de compra del DISTRIBUIDOR determinada en la cláusula segunda de este contrato podrán ser rebajadas o disminuidas a discreción de LA INDUSTRIA, en forma proporcional según la tendencia estadística del producto específicamente afectado y sólo para el periodo durante el cual ocurran tales eventos, igual incurrirá cuando se deteriore notoriamente la calidad de alguno o algunos de los productos en forma tal, que afecta la demanda por parte de los consumidores o cuando circunstancias especiales de orden público alteren las actividades comerciales y que el consumo en determinadas zonas se reduzcan en cantidades significativas. (…) SÉPTIMA: PRECIOS DE VENTA DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ AL DISTRIBUIDOR: EL DISTRIBUIDOR: Comprará los productos de la INDUSTRIA a los precios que señale la Junta Directiva o la Gerencia en virtud de las facultades especiales. Los precios se fijarán de acuerdo al precio promedio certificado por el DANE, a los costos de producción (precio base) y deberán incluir todos los impuestos (IVA e impuestos al consumo, tasas, contribuciones y tarifas legalmente establecidas, quedando entendido que la INDUSTRIA podrá variarlos en cualquier tiempo, la INDUSTRIA cobrará el valor al impuesto al consumo al distribuidor directamente obligándose a realizar las respectivas declaraciones en la quincena a que haya correspondido la venta. (…) OCTAVA- PRECIOS DE VENTA DEL DISTRIBUIDOR, A LOS DETALLISTAS: EL DISTRIBUIDOR venderá los productos a los detallistas dentro de una escala de precios descendente, según el volumen de unidades de cada pedido sin que el margen de utilidad bruta pueda ser superior en ningún caso al catorce por ciento (14%), aquí se encuentran incorporados los impuestos de conformidad y dentro de ese porcentaje de utilidad bruta se entienden cubiertos todos los costos de administración, mercadeo, transporte y demás que efectúe, incluyendo la publicidad voluntaria, LA INDUSTRIA podrá dentro del término del contrato y según las políticas de mercadeo fijar mediante resolución los precios mínimos de ventas los cuales deberán ser de obligatorio cumplimiento para EL DISTRIBUIDOR so pena de dar por terminado el contrato unilateralmente. (…) PARÁGRAFO SEGUNDO: El presente contrato no generará a favor del DISTRIBUIDOR, en ningún caso y por ningún concepto durante su vigencia, a su terminación o con posterioridad a estas, contraprestaciones e indemnizaciones en dinero o en especie distintas al margen de utilidad y a lo convenido en este contrato. NOVENA: CONTROL DE PRECIOS: EL DISTRIBUIDOR se obliga para con la INDUSTRIA a vender los productos a los detallistas ajustándose estrictamente a las listas de precios y normas establecidas para tal fin, sin que dichos precios excedan o sean inferiores a los impuestos por LA INDUSTRIA lo anterior a fin de controlar la competencia desleal y unificar los precios de toda la jurisdicción del departamento de Boyacá y para efectos de este control se compromete EL DISTRIBUIDOR a llevar la contabilidad y documentos de comercio relacionados con este negocio. DÉCIMA: CONDICIONES DE VENTA AL DISTRIBUIDOR: LA INDUSTRIA venderá los productos al DISTRIBUIDOR de contado, aceptación bancaria, carta bancaria o hipoteca que garantice el pago del licor. PARÁGRAFO PRIMERO.- Quien compre de contado se le dará el 5% de descuento sobre el precio base y el 2% quien compre a crédito con 30 días de pago. (…) DÉCIMA SÉPTIMA: TÉRMINO DEL CONTRATO: La duración del presente contrato es de dos (2) años contados a partir del 16 de agosto de 1997; durante este plazo el DISTRIBUIDOR se obliga a mantener en la zona n.° 2 la distribución de los productos relacionados anteriormente en este contrato y que LA INDUSTRIA destila y envasa (…) DÉCIMA OCTAVA: MODIFICACIONES E INTERPRETACIONES UNILATERALES: De conformidad con la Ley 80 de 1993 el DISTRIBUIDOR acepta expresamente los principios de TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERAL del contrato. (…) CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: Se estipula como cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva por la INDUSTRIA al DISTRIBUIDOR en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento parcial o total del contrato una suma equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor total estimado de las compras anuales sobre el precio base, que conforma la propuesta presentada por la INDUSTRIA; el valor de esta cláusula una vez se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la INDUSTRIA por el incumplimiento del DISTRIBUIDOR”**(…).*

3.2.2. El 20 de marzo de 1997, Seguros Colmena expidió la póliza n.° 9176 para amparar el cumplimiento del contrato arriba referido (fls. 13 a 15, c. ppal).

3.2.3. Copias de 15 cheques del banco Uconal girados por el accionante a nombre de la demandada entre julio de 1997 y marzo de 1998, que según certificación del referido banco fueron pagados al beneficiario (fls. 27 a 42, c. 13).

3.2.4. El 25 de agosto de 1997, la Gerente y el Subgerente de Mercadeo de la Industria Licorera de Boyacá informaron al contratista que el *“cumplimiento con* (sic) *lo pactado para la distribución de nuestros licores, en la zona apenas llega al 71% de la cuota crisis, con lo cual no cubre nuestras expectativas a la fecha”* (fl. 27, c. 9). Vale advertir que en el texto de la referida comunicación no se evidencia constancia de recibo por parte del contratista.

3.2.5. El 30 de septiembre de 1997, la Industria Licorera de Boyacá y el señor Juan Hernández Gallo suscribieron un acta de compromiso para la zona n.° 1 Tunja, que fue adjudicada al último en mención. De acuerdo con ese documento, el referido contratista se comprometió a adquirir 50.000 cajas de licor para la referida zona, las que se adquirirían en octubre 10.000 cajas, en noviembre 15.000 y en diciembre 25.000, con descuentos del 5%, 10% y 15%, distribuidos así: de 1.001 a 2500 cajas el 5%, de 2.501 a 5.000 cajas el 10% y de 5.001 en adelante el 15% (fls. 183 y 184, c. 13).

3.2.6. El 9 de octubre de 1997, las partes modificaron el citado contrato así (fl. 9, c. ppal):

*Entre los suscritos ANA CONCEPCIÓN CHAPARRO DE GONZÁLEZ, mayor de edad, vecina de la ciudad de Duitama, identificada con cédula de ciudadanía n.° 23.315.949 de Duitama, quien obra como representante legal de la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ por una pare y por la otra HÉCTOR PITA TORRES, identificado con cédula de ciudadanía 1.047.613 de Duitama y quien en adelante se denominará EL DISTRIBUIDOR hemos acordado modificar LAS CLÁUSULAS TERCERA-OBLIGACIÓN ESPECIAL DEL DISTRIBUIDOR: EL DISTRIBUIDOR se obliga durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1997, a comprar a la INDUSTRIA, en sus instalaciones de la planta El Jordán en el municipio de Tunja para comercializar dentro de la zona n.° 2 diez mil (10.000) cajas de licor en las diferentes presentaciones de los productos de la industria. CLÁUSULA DÉCIMA.- CONDICIONES DE VENTA AL DISTRIBUIDOR.- LA INDUSTRIA venderá los productos al DISTRIBUIDOR respaldados mediante cheques del Banco Uconal sucursal Duitama, así mismo suscribirá pagaré, con deudor solvente, lo cual garantizará la obligación. PARÁGRAFO PRIMERO.- LA INDUSTRIA concede al DISTRIBUIDOR descuentos aprobados por Junta Directiva para poder competir en el mercado con los demás distribuidores así:*

*De 1001 a 2.500 cajas el 5%*

*De 2.501 a 5.000 cajas el 10%*

*De 5.001 cajas en adelante el 15%*

*Se deja expresamente claro que la presente modificación es por el último trimestre de 1997, por lo cual a partir del 1 de enero de 1998, el contrato para la zona n.° 2 continúa con su objeto y demás cláusulas vigentes. Las demás cláusulas no sufren modificación alguna, se firma en Tunja a los 9 oct. 1997.*

3.2.7. El mismo 9 de octubre de 1997, el contratista extendió la orden de pedido n.° 1 en la que se obligaba a adquirir la cantidad de 10.000 cajas de licor, que se comprarían así: 2.000 en octubre, 3.000 en noviembre y 5.000 en diciembre de 1997. La anterior compra, según se consignó en el documento en mención, se respaldó con cheques del banco Uconal y con pagaré suscrito por codeudor solvente (fl. 16, c. ppal).

3.2.8. El 27 de noviembre de 1997, el Director de Control Interno de la Industria Licorera de Boyacá informó al Gerente de esa empresa que los distribuidores se encontraban incumpliendo sus compromisos frente a la adquisición de las cajas de licor (fls. 19 y 20, c. 9). En lo que respecta al aquí accionante informó (fl. 20, c. 9):

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Distribuidores** | **ENERO** | **FEBRERO** | **MARZO** | **ABRIL** | **MAYO** | **JUNIO** | **SEPT.**  | **OCT.** | **TOTAL** |
| Héctor Pita Torres | 1.022 |  | 2.000 |  |  | 1.527 | 700 | 2.030 | 7.279 |

3.2.9. El 17 de diciembre de 1997, el Coordinador del Grupo de Ventas de la demandada informó a su Director Jurídico que el señor Héctor Pita Torres incumplió lo pactado en la cláusula tercera del contrato n.° 004 de 1997 (fl. 23, c. 9).

3.2.10. El 22 de diciembre de 1997, la Industria Licorera de Boyacá terminó unilateralmente el contrato de distribución de licor n.° 004. Para el efecto, consideró (fls. 10 a 12, c. ppal):

*Que la Industria Licorera de Boyacá terminó bilateralmente el contrato de distribución única y exclusiva con la comercializadora Líder Ltda. en agosto de 1996.*

*Que el principal objeto de la Industria Licorera de Boyacá es la fabricación, distribución y comercialización de licores.*

*Que se hacía necesario aplicar un plan de contingencia a fin de comercializar los productos fabricados por la Industria Licorera de Boyacá.*

*Que previos los estudios realizados se zonificó el departamento de Boyacá a fin de organizar el mercadeo el cual quedó dividido en 15 zonas.*

*Que para las zonas número 2 con cabecera en Duitama comprende los municipios de: Belén, Cerinza, Paipa, Santa Rosa de Viterbo, Tutazá, Tibasosa y Nobsa, se adjudicó el contrato al señor HÉCTOR PITA TORRES, el día 17 del mes de marzo de 1997 para que fuere el distribuidor exclusivo de esta zona.*

*Que el contrato en mención se firmó el día 17 de marzo de 1997, de lo cual han transcurrido varios meses sin que el distribuidor haya adquirido o facturado el mínimo de compras a las que se había obligado.*

*Que como obligación especial del distribuidor establecida en la cláusula tercera del contrato n.° 004 de 1997 de distribución debía comprar la cantidad de 2.500 cajas mensuales de los productos de la Industria Licorera de Boyacá y en la actualidad está en mora de adquirir la totalidad de 15.738 cajas.*

*Que el señor HÉCTOR PITA TORRES no presentó oportunamente las garantías establecidas en la cláusula décima del contrato consistentes en: Hipoteca abierta, aceptación bancaria o carta de crédito, a pesar de los requerimientos hechos desde la firma del contrato.*

*Que el término del contrato 004 de 1997 es de dos años contados a partir de la firma del mismo.*

*Que la Industria Licorera de Boyacá en reiteradas ocasiones ha requerido al Distribuidor para que de cabal cumplimiento a su obligación, desatendiendo tales solicitudes.*

*Que la Industria Licorera de Boyacá puede dar por terminado el contrato con el Distribuidor señor HÉCTOR PITA TORRES por incumplimiento en las compras, distribución y comercialización de los productos fabricados por la Industria Licorera de Boyacá y para ser vencidos en el departamento de Boyacá zona número 2.*

*Que es deber de la Gerente de la Industria Licorera de Boyacá buscar los mecanismos más apropiados para que los productos sean comercializados en una forma eficaz, permitiendo con esto llegar a un potencial mayor de consumidores.*

*Que como consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta que es de suma necesidad la contratación para la distribución de los productos de la Industria Licorera de Boyacá en las zonas del departamento;*

*RESUELVE*

*ARTÍCULO PRIMERO.- Dar por terminado en forma unilateral el contrato n.° 004 de 1997, para la comercialización y distribución en el departamento de Boyacá zona número 2 celebrado entre la Industria Licorera de Boyacá y el señor HÉCTOR PITA TORRES, cuyo objeto era la distribución de los productos que fabrica la Industria Licorera de Boyacá, toda vez que el distribuidor ha incumplido con las cuotas señaladas en la cláusula tercera del contrato y por no presentar las garantías correspondientes para respaldar los títulos valores solicitados en la cláusula décima del contrato.*

*ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificar al señor HÉCTOR PITA TORRES distribuidor del departamento de Boyacá zona n.° 2, el contenido de la presente resolución.*

*ARTÍCULO TERCERO.- La presente resolución rige a partir de su notificación.*

3.2.11. El 22 de enero de 1998, la Industria Licorera de Boyacá y el señor Juan Anselmo Hernández Gallo suscribieron el contrato para la distribución comercial única y exclusiva dentro del departamento de Boyacá, con excepción del municipio de Puerto Boyacá. Al contratista se le impuso la obligación de comprar 2.000 cajas mensuales para los meses de febrero, marzo y abril 1998 y de 21.975 cajas mensuales desde el mes de mayo hasta diciembre de 1998 (fls. 154 a 160, c. 13). Mediante modificatorio del 30 de marzo de 1998 esas cantidades se incrementaron así: $7.200 cajas mensuales para los mes de febrero, marzo y abril; mayo, junio, julio y agosto $21.875 cajas mensuales y septiembre 21.375 cajas; octubre y noviembre 30.208 cajas y diciembre 30.209 (fls. 162 a 165, c. 13).

3.2.12. El 29 de enero de 1999, en respuesta dirigida al *a quo*, el señor Luis Rodrigo Torres Joya, Coordinador del Grupo de Ventas de la demandada, informó (fls. 24 y 25, c. 9):

*Comedidamente me permito informar que de acuerdo al oficio de la referencia que el señor Héctor Pita Torres compró a la Industria Licorera de Boyacá desde el mes de marzo de 1997, época para la cual suscribió el contrato; la cantidad de 50.064 Unidades reducidas a 750 cc y/o 4.217 cajas de licor hasta el 8 de octubre de 1997. El día 9 de octubre se firma la modificación del contrato n.° 004 de 1997 para la zona n.° 2 Duitama, en el cual se fija el compromiso por parte del Distribuidor de adquirir para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1997 la cantidad de 10.000 cajas obedeciendo a la siguiente tabla de descuentos:*

*De 1.001 a 2.500 cajas 5% de descuento*

*De 2.501 a 5.000 cajas 10% de descuento*

*De 5.001 en adelante 15% de descuento*

*Por lo tanto y acatando la modificación del contrato 004 de 1997 el distribuidor adquirió 123.186.6 unidades reducidas a 750 cc y/o 10.265.55 cajas de licor.*

*Que sumadas las cantidades compradas durante los 10 meses, teniendo en cuenta la modificación del contrato n.° 004 de 1997, el distribuidor de la zona n.° 002 de Duitama compró 14.482 cajas.*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***FACTURA*** | ***FECHA*** | ***UNIDADES RED. 750 CC*** | ***COMPRAS CON CONTRATO N.° 004/1997*** |
| *069052* | *11/03/97* | *12.038* | ***UNIDADES*** | ***CAJAS*** | ***MES*** |
| *069072* | *11/03/97* | *11.946* |  |
| *000108* | *27/06/97* | *18.220* |
| *000319* | *10/09/97* | *8.400* | *50.604* | *4.217* | *602.42* |
|  |  |  | ***MODIFICACIÓN DEL CONTRATO N.° 004/1997*** |
| *000456* | *20/10/97* | *12.000* |  |
| *000459* | *20/10/97* | *360* |
| *000492* | *30/10/97* | *12.000* |
| *000573* | *24/11/97* | *11.800* |
| *000574* | *24/11/97* | *18.000* |
| *000576* | *24/11/97* | *37.350* |
| *000577* | *24/11/97* | *30.000* |
| *000712* | *23/12/97* | *23.33* |
| *000751* | *30/12/97* | *1.653.33* | ***UNIDADES*** | ***CAJAS*** |  |
|  |  | *173.790.66* | ***123.186.66*** | ***10.265.55*** |  |

*Que el señor Pita Torres obtuvo un promedio mensual de 1.448.02 cajas, quedando por debajo de lo inicialmente pactado en 114.216 unidades y/o 9.518 cajas.*

*Que en consecuencia el señor Pita Torres no cumplía con el contrato de distribución para la zona n.° 002.*

3.2.13. De los testimonios rendidos ante el *a quo* se tiene que el señor Luis Rodrigo Torres Joya, quien laboró para la demandada como Coordinador del Grupo de Ventas, recordó que el señor Pita Torres incumplió con las cantidades a las que se comprometió contractualmente; advirtió que debido a una supuesta *“guerra de precios”,* en tanto el señor Juan Hernández Gallo de la zona Tunja adquirió grandes cantidades, de tal manera que se le hacía un descuento proporcional a sus compras, la Licorera fijó una cuota de crisis de 1.000 cajas mensuales, pero que tampoco fue cumplida (fls. 14 a 17, c. 9).

El señor Abel Buitrago Ruiz, quien también fue uno de los distribuidores de la Licorera demandada, señaló que en las reuniones se puso de presente la situación con el señor Juan Hernández Gallo quien vendía a precios más bajos que los demás (fls. 45 y 46, c. 9, fls. 62 y 63, c. 13); la señora María Antonia Fonseca se limitó a referir que el señor Pita Torres era el que le suministraba el licor para su negocio y que siempre fue cumplido (fls. 47 y 48, c. 9, fls. 81 y 82, c. 13).

El señor Miguel Antonio Bernal Moreno, quien también fue distribuidor de la Licorera demandada, reiteró la problemática con otro distribuidor que tenía una gran cantidad de cajas antiguas y no respetaba las zonas asignadas (fls. 20 y 21, c. 13); el señor Fidelino Amado Saenz, distribuidor de la Licorera, describió la misma problemática del anterior testigo (fls. 21 a 24, c. 13); el señor Fernando Javier Boada Dallos, cliente del señor Pita Torres, se limitó a describir su relación comercial para la adquisición de licor, pero sin precisar cuestiones relativas al contrato en estudio (fls. 48 a 51, c. 13); la señora Ana Joaquina Fajardo Cely, igualmente clienta del señor Pita Torres, declaró en el mismo sentido del último testigo (fls. 52 a 54, c. 13).

El señor Jairo Orlando Vega Merchán, distribuidor de la Licorera, reiteró la situación ocurrida con el señor Juan Hernández que dificultó la venta a los demás distribuidores (fls. 88 y 89, c. 13); en el mismo sentido declaró la señora María Antonia Montaña de Duarte (fls. 99 y 100, c. 13); la señora Sonia Hernández Buitrago, Secretaria del señor Pita Torres para la fecha de los hechos en estudio, narró algunas particularidades sobre la forma como distribuía el licor su jefe (fls. 104 a 106, c. 13); la señora Ana Beatriz Vásquez de Pita, cónyuge del accionante, describió la forma en que realizaba la distribución de licor su esposo y las consecuencias que se derivaron de la terminación unilateral del contrato aquí en estudio (fls. 106 a 108, c. 13). En el mismo sentido, declararon los señores Fabián Leandro Rojas Dueñas, José Silvino González Vásquez, William Fernando Pita Vásquez, ayudante, vendedor e hijo del accionante (fls. 109 a 114, c. 13).

También declaró la señora Elizabeth León Estupiñán quien le arrendó un inmueble al señor Pita Torres para la distribución de licor (fls. 114 y 115, c. 13); el señor Aristóbulo Torres Ballesteros se limitó a referir la forma en que vio que desarrollaba la actividad el contratista, sin precisar detalles sino por lo que veía de su actividad económica (fls. 115 a 117, c. 13); las señoras María Josefina Pérez López, Mercedes Gómez de Celys y Flor María Echavarría de Rodríguez, quienes manifestaron comprar el licor que distribuía el señor Pita Torres, declararon sobre la relación comercial con este último y los posibles perjuicios causados con la terminación del contrato en estudio (fls. 130 a 135, c. 13).

3.2.14. El 9 de octubre de 2001, los peritos economistas Elizabeth Bolívar Cely y Edgar Hernán Escandón Cortés rindieron el dictamen solicitado por la parte actora para calcular los perjuicios causados con la terminación unilateral (fls. 122 a 138, c. ppal). Los peritos determinaron con base en el contrato de distribución de licores n.° 004 de 1997 que el contratista debía adquirir 36.000 cajas para el primer año de 1998, 18.000 cajas para el primer semestre de 1999 y el restante del plazo contractual 460 cajas. Después, con base en los precios ofrecidos por la Licorera a los distribuidores, calcularon el valor de ventas por semestres y sobre ese valor semestral aplicaron un 14% de margen de utilidad, valores que fueron actualizados y sobre ellos reconocidos intereses bancarios. El valor actualizado se calculó en la suma de $799.815.664.47, más la suma de $454.138.928.80 por intereses. Finalmente, consideraron improcedente el reconocimiento de daño emergente, por cuanto este quedó incorporado en el reconocimiento del lucro cesante, tal y como se dispuso en la cláusula octava del contrato.

3.2.14.1. Corrido el traslado del anterior dictamen a las partes (fl. 157, c. ppal), la demandada lo objetó por error grave por cuanto los peritos no consideraron las compras efectivas de licor por parte del contratista, las cuales sólo daban lugar a reconocer una utilidad del 2.58%. Igualmente, los peritos tampoco aplicaron los descuentos por compra, los cuales se reflejaban en la utilidad del contratista. Los peritos también olvidaron exigir la contabilidad del contratista para establecer la utilidad efectiva. Por último, estimó que los intereses aplicados no resultan ser los reconocidos por la Ley 80 de 1993 (fls. 159 a 164, c. ppal).

3.2.14.2. El 4 de diciembre de 2002, el *a quo* decretó, además de otras pruebas solicitadas por la objetante, un nuevo peritaje con la intervención de peritos contables, con el fin de resolver la objeción por error grave (fl. 179, c. ppal).

3.2.14.3. El 16 de mayo de 2005, el perito economista Carlos Fernando Hortúa Segura presentó su pericia (fls. 227 a 238, c. ppal), en la cual sostuvo que no había pruebas para liquidar el daño emergente; frente al lucro cesante, precisó que las compras entre abril y septiembre de 1997 no cumplieron lo pactado, pero en los meses de octubre, noviembre y diciembre de ese mismo año superaron lo acordado en el contrato modificatorio (fls. 230 y 231, c. ppal). El perito para determinar los ingresos reales del distribuidor demandante proyectó las ventas del último trimestre de 1997 en lo que faltó por ejecutar del contrato terminado (fl. 231, c. ppal). Después calculó las utilidades teniendo en cuenta descuentos del 15% y del 10%. Con el primero de los porcentajes determinó un lucro cesante de $507.897.823.26, más intereses por $399.304.690.31 y una indexación de $528.378.278.85 para un total de $1.435.580.792.42. Con el segundo porcentaje calculó el lucro cesante en $338.598.548.84, más $266.203.126.87 por intereses más $364.369.351.22 por indexación para un total de $969.171.026.93 (fl. 236, c. ppal).

3.2.14.4. La Sala observa que la objeción por error grave muestra inconformidad en relación con el ejercicio matemático efectuado por los primeros peritos, pero sin que de ello se siga un defecto grave en la práctica de la prueba, sino más bien reservas frente a la fundamentación de la pericia. En consecuencia, se desestimará la objeción y, por consiguiente, se analizarán los dictámenes en forma conjunta para los efectos del fondo del asunto que así lo impongan.

3.2.14.4. Una vez se corrió traslado del anterior dictamen (fl. 263, c. ppal), las partes guardaron silencio (fl. 264, c. ppal).

**3.3. LA FACULTAD DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES**

Vale precisar que el contrato en estudio es un contrato desarrollado en ejercicio del monopolio estatal de licores, el cual *“corresponde al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución del producto industrial, su comercialización”*[[13]](#footnote-13)*.* Por consiguiente se ha concluido que “*la venta del producto objeto del monopolio, es una de las fases o etapas de la explotación del mismo. Sin embargo, las ventas posteriores, por segundos y terceros intermediarios hasta llegar al consumidor final, no hace parte del monopolio”* [[14]](#footnote-14)*.*

Con fundamento en lo anterior, esta Sección ha explicado *“que la categoría de contratos celebrados en ejercicio del monopolio estatal –pasibles de cláusulas excepcionales- no se extiende a los contratos que se formalizan con segundos y terceros compradores, como por ejemplo las ventas de licor de los distribuidores a los minoristas, ni las ventas al detal, en cuanto se trata de bienes previamente comercializados en ejercicio del arbitrio rentístico del monopolio estatal”*[[15]](#footnote-15).

En el presente asunto se trata de la comercialización entre quien produce el licor, la Industria Licorera de Boyacá, y un particular que funge como distribuidor. Es decir, se está frente a una operación de comercialización o explotación primaria o directa del monopolio de los licores. En línea con lo expuesto, esa calificación no se extiende a las ventas efectuadas por el distribuidor.

Lo expuesto permite concluir que en el contrato en estudio era posible la incorporación de cláusulas excepcionales, por cuanto si bien, en principio, están prohibidas en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales (parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993), esa prohibición se neutraliza cuando en esos contratos se ejerce una actividad que constituya monopolio estatal (numeral segundo artículo 14 *ejusdem*), como ocurre en el *sub lite*, tal y como quedó expuesto. En esa dirección resultan legales las cláusulas excepcionales pactadas en la cláusula décima octava, sin desconocer que se entendían incorporadas por disposición de ley.

En este punto, conviene precisar los alcances de la cláusula excepcional de terminación unilateral incorporada y ejercida a través del acto administrativo cuestionado. Para el efecto, la Sala hace suyas las consideraciones de la Sección en un asunto donde se analizó el ejercicio de esa misma facultad, también dentro del marco de un contrato de monopolio de licor, las que por su importancia se citan *in extenso*, así[[16]](#footnote-16):

*Presupuestos para el ejercicio de la cláusula excepcional de terminación unilateral en la contratación estatal. (…)*

*Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, establece taxativamente los eventos en los cuales, en ejercicio de su potestad excepcional, la entidad estatal puede, mediante acto motivado, disponer la terminación unilateral del contrato, así:*

*“Artículo 17. De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*

*“1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

*“2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

*“3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*

*“4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

*“Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.*

*“La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.”*

*La consagración de los eventos que dan lugar a la terminación unilateral de los contratos estatales naturalmente es taxativa, es decir que se restringe a los casos previstos en la Ley, puesto que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 regula una potestad de carácter excepcional y de naturaleza reglada, es decir que constituye una facultad especial que sólo puede pactarse y ejercerse en el ámbito de la contratación estatal en aquellos contratos que la ley dispone o permite y por las causas que la misma ley ha definido.*

*En relación con el mencionado artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no sobra precisar lo siguiente: i) como regla general existe libertad negocial para definir la duración y las causales de terminación de los contratos estatales, pero la Administración sólo puede pactar y declarar la terminación unilateral anticipada en los casos específicamente definidos en la Ley; ii) Existen otras normas, en la misma Ley 80 de 1993 y en otras leyes de contratación, que regulan eventos de terminación unilateral, generales o especiales por razón del tipo de contrato[[17]](#footnote-17). (…)*

*Como corolario de las reflexiones acerca de la terminación unilateral del contrato estatal que se han realizado anteriormente, se tiene que:*

*i) Adolecen de nulidad absoluta las cláusulas excepcionales que se pactan en los contratos estatales en los que no está permitida la inclusión de tales cláusulas,* ***así como las que disponen para su ejercicio causales distintas de aquellas que la ley establece***(se destaca)*.*

En otro asunto, en el cual, entre otras decisiones, se declaró de oficio la nulidad absoluta de una cláusula de un contrato de prestación de servicios suscrito entre una Empresa Social del Estado y un particular que le otorgó a la primera la facultad de terminar unilateralmente el contrato por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas, la Sección precisó[[18]](#footnote-18):

*La Sala observa que las cláusulas excepcionales, como su nombre lo indica, establecen el ejercicio de una facultad especial y prevalente para la entidad pública contratante y, por tal razón, las causales que permiten la aplicación de las atribuciones excepcionales allí contenidas son taxativas y su alcance está regulado por la ley de contratación estatal, en este caso la Ley 80 de 1993, aun cuando el pacto de tales cláusulas no sea de obligatoria aplicación y se derive del ejercicio de una opción que concede la ley a la entidad estatal, como sucede en los contratos de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud, que por regla general se rigen por el régimen del derecho privado.*

*Así las cosas, se advierte que la Empresa Social del Estado excede sus facultades en relación con una o varias cláusulas excepcionales si a ellas les incorpora causas de terminación unilateral del contrato para eventos no establecidos en la ley de contratación estatal, lo cual da lugar a la declaración de nulidad de la respectiva cláusula y de los actos derivados del ejercicio de la misma, por tratarse de una potestad de terminación unilateral que no puede ir más allá de lo permitido y regulado expresamente por la ley.*

*La anterior consideración se trae al caso en cuestión toda vez que en el numeral segundo del parágrafo segundo de la cláusula décimocuarta pactada en el contrato 054-97 se estableció el incumplimiento total o parcial como una causa de terminación unilateral del contrato, evento que no se encuentra contemplado dentro de las causales definidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, fue impropiamente incorporado y regulado por el Hospital demandado, con lo cual se arrogó en forma ilegal una competencia para declarar la terminación del contrato por incumplimiento.*

De lo expuesto se tiene que en los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deben ejercer las facultades allí conferidas en los estrictos términos regulados en esa norma. En el caso de la terminación unilateral por incumplimiento, la jurisprudencia de esta Sección ha entendido que como hay regulación expresa sobre el particular en el Estatuto General de Contratación Pública, habrá que estarse estrictamente a lo que diga esta normativa, tal como lo dispone su artículo 13, en tanto es ese estatuto el que protege el interés general que persigue la contratación estatal. Esto último comporta que la terminación unilateral de los contratos sometidos al derecho privado[[19]](#footnote-19) no sea automáticamente procedente en los contratos sometidos al derecho público, dado lo disímil de los intereses en juego; vale aclarar que no ocurre lo mismo frente a la terminación bilateral, en tanto esa figura no fue regulada por la Ley 80 de 1993, razón por la cual bien puede remitirse a lo dispuesto en el derecho privado sobre el particular.

Vale recordar que, incluso, la Sección ha entendido que las cláusulas excepcionales no pueden ser ejercidas por el contratista, en tanto los móviles de este no corresponden con el interés general, como sí ocurre cuando el legislador así lo confiere expresamente a la entidad estatal. En efecto, en un asunto donde se facultó al contratista para dar por terminado unilateralmente un contrato estatal de leasing, suscrito entre una entidad financiera privada y una entidad territorial, se precisó[[20]](#footnote-20):

*1.1. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales “para el cumplimiento de los fines de la contratación”, tienen a su cargo la dirección, control y vigilancia de la ejecución del contrato y por consiguiente, “con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, pueden tomar, entre otras medidas, la decisión unilateral de dar por terminado el contrato.*

*Esta facultad se entiende incorporada en la mayoría de los contratos estatales y es catalogada por la Ley 80 de 1993 como un poder excepcional al derecho común.*

*El que sea un poder excepcional significa que a la administración se le concede una potestad que rompe con la posición simétrica que en principio debe tener cada parte dentro de un contrato y que, por consiguiente, la entidad estatal se coloca contractualmente en una situación de privilegio ya que sólo ella tiene el correspondiente poder especial y sólo ella puede usarlo legítimamente.*

*Y es que si la razón de ser de la concesión de ese poder excepcional es propender por la efectiva prestación del servicio público mediante la ejecución del objeto contractual y si ese poder rompe con la posición simétrica que en principio debe existir entre las partes del contrato, resulta obvio que ese poder solamente lo tiene la entidad estatal y nunca el contratista.*

*En efecto, si también la tuviera el contratista, es evidente que este al hacer uso de ese poder lo haría para privilegiar y satisfacer su interés individual en detrimento de la satisfacción del interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante la ejecución del objeto contractual.*

*De otra manera, si lo tuvieran ambas partes, es decir la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer.*

*Y si sólo lo tuviera el contratista habría ciertamente un rompimiento de la simetría posicional de las partes contractuales pero definitivamente en el sólo y exclusivo beneficio del interés individual del contratista lo que sería ilegal por ser esto contrario a la satisfacción del interés general.*

*Así que entonces, en resumen, la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato estatal sólo la tiene la administración y nunca el contratista, sin perder de vista que esa facultad sólo puede ejercerse por aquella en la forma, por los motivos y para los fines expresamente señalados en la ley y sin perjuicio de los derechos del colaborador de la administración.*

Igualmente, bajo la misma línea de entendimiento de la protección del interés general a través de facultades excepcionales habilitadas legalmente, esta Subsección estimó procedente suspender provisionalmente unas decisiones adoptadas por una entidad estatal dentro de un contrato sometido al derecho privado, mediante las cuales, entre otras, se terminó unilateralmente la relación contractual, sin que existiera habilitación legal para el efecto. En esa oportunidad se dijo[[21]](#footnote-21):

*Teniendo en cuenta que las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato establecían que Ecopetrol S.A. se sometería a las reglas del derecho privado en los contratos y actuaciones que administraran o desarrollaran su objeto social, sin que la ley u otras normas de igual o superior jerarquía establecieran excepciones a esta regla distintas a la aplicación de los principios propios de la función pública y al sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y que en el presente caso el objeto del contrato n.º 401862 tenía relación con la administración del objeto social de la entidad contratante[[22]](#footnote-22) toda vez que consistió en realizar obras de recubrimiento en la refinería de Barrancabermeja, resulta claro para la Sala que en el contrato objeto de discusión no podían ser pactadas las cláusulas excepcionales al derecho común consagradas en el Estatuto General de Contratación Estatal por inexistencia de habilitación legal expresa, pues aunque se hicieron extensibles los principios propios de la función pública a las actuaciones de las entidades sometidas a regímenes exceptuados o especiales, estos principios no pueden dar lugar a la aplicación de las cláusulas excepcionales o exorbitantes del régimen público porque su consagración escrita no establece esa facultad, requisito indispensable para el ejercicio de las potestades excepcionales o exorbitantes.*

*Si bien es cierto Ecopetrol S.A. es una entidad de naturaleza pública en los términos del artículo 30 de la Ley 489 de 1998, no se puede pasar por alto que fue deseo del legislador que el desarrollo de su objeto social se efectuara en igualdad de condiciones con los particulares sujetándose a las reglas del derecho común, en las que, por regla general, no existe la prerrogativa o poder excepcional de hacer cumplir de manera unilateral las disposiciones pactadas en el contrato, de ahí que también pueda considerarse que el ejercicio del poder exorbitante de hacer cumplir las cláusulas de manera unilateral supone la vulneración al principio de legalidad cuando es ejercida por una entidad pública sometida al derecho común.*

En suma, la protección del interés general, que es el que justifica el ejercicio de las facultades excepcionales, radica en cabeza del legislador y no de las partes del contrato estatal, hasta el punto que solo por su habilitación expresa y dentro del estricto margen de esa habilitación es posible obrar de forma excepcional dentro de contratos estatales.

**3.4. EL ESTUDIO OFICIOSO DE LA COMPETENCIA PARA TERMINAR UNILATERALMENTE**

*3.4.1. De la nulidad del acto administrativo demandado.* De entrada debe recordarse que el vicio de falta de competencia impone un pronuncimiento oficioso por parte del juez, tal como lo tiene definido esta Corporación de tiempo atrás, así[[23]](#footnote-23):

*De otro lado,* ***la competencia*** *de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de “orden público”[[24]](#footnote-24), el cual constituye el “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”[[25]](#footnote-25); así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que “****la incompetencia*** *está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse”[[26]](#footnote-26).*

*Inclusive, dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina[[27]](#footnote-27), ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”[[28]](#footnote-28).*

En ese orden, si bien en el *sub lite* dentro de los cargos formulados no está el de falta de competencia, la Sala observa que la resolución n.° 0752 de 1997 se expidió sin facultad legal que habilitara a la Licorera a proceder en esa dirección. Aunque no se desconoce que el contrato *sub judice* fue el resultado del ejercicio del monopolio estatal de licores y, por consiguiente, admisible e, incluso, obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales, entre ellas, la de terminación unilateral, lo cierto es que dentro de las causales que contempla el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 para el ejercicio de dicha facultad no están las que adujo la demandada para expedir el acto administrativo demandado.

En efecto, si bien la cláusula cuarta dispuso que a la cuarta cuota mínima de compra de licor consecutiva incumplida se daría por terminado el contrato (fl. 3, c. ppal), ese pacto contraviene lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en tanto esa disposición no admite la terminación unilateral por el incumplimiento contractual, razón de más para anular no sólo el acto administrativo enjuiciado sino también el aparte de la referida estipulación que habilitaba a la contratante a obrar de tal forma.

En tal sentido, vale precisar que la terminación unilateral de la Ley 80 de 1993 habilita el ejercicio de esa facultad cuando se trata de situaciones extrañas a la relación jurídica contractual, como son las exigencias del servicio público o la situación de orden público, la muerte o la incapacidad física permanente, la interdicción judicial o la precaria situación económica del contratista, toda ellas como se observa situaciones ajenas al débito contractual. Tampoco podría argumentarse que el incumplimiento se encuadra como una exigencia del servicio público, en tanto se insiste son causas por fuera de la relación contractual que imponen esa terminación, hasta el punto que el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 ordena el reconocimiento de las compensaciones e indemnizaciones por el ejercicio de esa facultad, así como de otras, lo que sería un contrasentido si la terminación unilateral pudiera fundarse en el incumplimiento del contratista.

De otro lado, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que además del incumplimiento de la cuota mínima de compra arriba advertida, la demandada también adujo para la terminación del vínculo contractual la no constitución de las garantías exigidas en la cláusula décima (fl. 5, c. ppal), argumento que además de carecer de fundamento legal, tal y como quedó expuesto, ni siquiera fue contemplado en el contrato como causal para proceder en esa dirección, lo que releva a la Sala de anular parcialmente el contrato por obvias razones.

De conformidad con lo anterior se impone la anulación del acto administrativo demandado.

*3.4.2. De la indemnización de perjuicios.* En la demanda se pidió el reconocimiento del daño emergente, como consecuencia del pago de trabajadores, carga salarial y prestacional e indemnizatoria de los mismos, el menor precio de la venta de vehículos, pago de bodega, arrendamiento y adecuación de las mismas. En tal sentido, debe señalarse que las pruebas testimoniales son insuficientes para demostrar su causación, en tanto refieren de forma vaga y general qué tipo de logística utilizaba el actor para cumplir con el contrato (ver supra 3.2.13).

Igualmente, los dictámenes periciales se limitaron a calcular el lucro cesante y frente a la cuantificación del daño emergente, el primer dictamen (fl. 138, c. ppal) señaló su improcedencia por cuanto esos perjuicios quedaron incorporados dentro de la utilidad reconocida, tal y como quedó pactado en la cláusula octava del contrato al disponer que “*dentro de ese porcentaje de utilidad bruta se entienden cubiertos todos los costos de administración, mercadeo, transporte y demás que efectúe, incluyendo la publicidad voluntaria”* (fl. 5, c. ppal). Por su parte, el otro dictamen confirmó la falta de elementos probatorios para reconocer ese perjuicio (fl. 229, c. ppal).

La Sala acogerá las apreciaciones de los peritos, en tanto, además de que no existen pruebas de este perjuicio, lo cierto es que el reconocimiento del lucro cesante incorporaba, de acuerdo con la cláusula octava del contrato, todos los costos de administración que fueron los reclamados en esta oportunidad. En consecuencia, se negará el reconocimiento de daño emergente.

En lo relativo al lucro cesante solicitado, la Sala precisa de entrada que de acuerdo con lo pactado en la cláusula tercera del contrato en estudio, el contratista se obligó a adquirir 3.000 cajas mensuales de licor durante la vigencia del contrato; sin embargo, por las circunstancias especiales del mercado, entre el 15 de marzo y el 15 de agosto de 1997, las compras mínimas debían ser de 1.000 cajas de licor, para un total para el período referido de 5.000 cajas de licor. A partir del 16 de agosto de 1997, el contratista debía adquirir nuevamente 3.000 cajas mensuales para un total de 36.000 por año (fl. 3, c. ppal); esto último fue modificado por las partes al establecer que entre los meses de octubre a diciembre, el contratista debía adquirir 10.000 cajas de licor (fl. 9, c. ppal).

De lo anterior es claro que para 1997, el contratista debió adquirir entre el 15 de marzo y el 15 de agosto un total de 5.000 cajas; entre el 16 de agosto y el 30 de septiembre un total de 4.500 cajas. Esto último si se tiene en cuenta que desde el 16 de agosto, según lo pactado, nuevamente debía adquirir 3.000 cajas mensuales. Entonces, entre el 16 de agosto y el 15 de septiembre eran obligatorias esas 3.000 cajas, más los quince días restantes, en los cuales, por ser la mitad de un mes, se entiende que proporcionalmente debía adquirir 1.500 cajas. En conclusión, entre el 15 de marzo y el 30 de septiembre debían adquirirse un total de 9.500 cajas. Para octubre, noviembre y diciembre, el contratista, de acuerdo con la modificación al contrato, debía adquirir 10.000 cajas. La cantidad total de cajas para el año de 1997 sumaban 19.500.

Sin embargo, el contratista incumplió parcialmente con esas compras mínimas. En efecto, tal y como lo certificó el Coordinador del Grupo de Ventas de la demandada entre marzo y septiembre de 1997 adquirió un total de 4.217 cajas, de las 9.500 que debía adquirir. Entre octubre, noviembre y diciembre sí cumplió con lo pactado, es decir, la adquisición de 10.000 cajas. Lo anterior quedó consignado así (fls. 24 y 25, c. 9):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***FACTURA*** | ***FECHA*** | ***UNIDADES RED. 750 CC*** | ***COMPRAS CON CONTRATO N.° 004/1997*** |
| *069052* | *11/03/97* | *12.038* | ***UNIDADES*** | ***CAJAS*** | ***MES*** |
| *069072* | *11/03/97* | *11.946* |  |
| *000108* | *27/06/97* | *18.220* |
| *000319* | *10/09/97* | *8.400* | *50.604* | *4.217* | *602.42* |
|  |  |  | ***MODIFICACIÓN DEL CONTRATO N.° 004/1997*** |
| *000456* | *20/10/97* | *12.000* |  |
| *000459* | *20/10/97* | *360* |
| *000492* | *30/10/97* | *12.000* |
| *000573* | *24/11/97* | *11.800* |
| *000574* | *24/11/97* | *18.000* |
| *000576* | *24/11/97* | *37.350* |
| *000577* | *24/11/97* | *30.000* |
| *000712* | *23/12/97* | *23.33* |
| *000751* | *30/12/97* | *1.653.33* | ***UNIDADES*** | ***CAJAS*** |  |
|  |  | *173.790.66* | ***123.186.66*** | ***10.265.55*** |  |

Ahora, vale llamar la atención que si bien las cantidades consignadas en el dictamen decretado para resolver la objeción por error grave son diferentes (precisa recordar que el primer dictamen no consideró este aspecto), confirman que entre marzo y septiembre de 1997 el contratista incumplió sus compras mínimas, en tanto sólo adquirió, según el perito, 2.218 cajas, pero que sí cumplió para los meses de octubre, noviembre y diciembre con un total de 13.263.61 cajas (fl. 230, c. ppal).

Las pruebas citadas ponen de presente un panorama frente al desarrollo de la ejecución contractual. Un claro y sistemático incumplimiento del contratista para el período comprendido desde marzo hasta septiembre de 1997 y una ejecución satisfactoria para los tres meses finales. Lo anterior encuentra una explicación razonable si se tiene en cuenta que el 9 de octubre de 1997 las partes modificaron el contrato para pactar la adquisición de 10.000 cajas para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1997, razón por la cual se advirtió que “*la presente modificación es por el último trimestre de 1997, por lo cual a partir del 1 de enero de 1998, el contrato para la zona n.° 2 continúa su objeto y demás cláusulas vigentes”* (fl. 9, c. ppal).

Lo hasta aquí expuesto deja entrever que para diciembre de 1997, cuando se terminó unilateralmente el contrato, el contratista venía cumpliendo con la modificación introducida al contrato. Valga recordar que esta Subsección ha sostenido que las modificaciones que las partes le incorporan al contrato tienen como finalidad la de reconducir la relación contractual y producen un corte de cuentas hasta el momento de su suscripción, razón por la cual desconoce la buen fe contractual el hecho de que una de las partes después de ese momento haga reproches a su contraparte por situaciones que la modificación pretendía superar. En tal sentido se ha dicho[[29]](#footnote-29):

*De lo hasta aquí expuesto, es claro que los contratos adicionales arriba mencionados significaron un corte de cuentas para lo sucedido hasta la fecha en que se suscribieron, toda vez que su finalidad era superarlo, con mayor razón si se tiene en cuenta que las partes, incluido el contratista, ya conocían para esa fecha lo ocurrido. Luego, mal haría la Sala en desconocer esos acuerdos donde las partes libremente acordaron las fórmulas para viabilizar el contrato[[30]](#footnote-30), sin ningún tipo de salvedad[[31]](#footnote-31).*

En ese orden, es claro que para diciembre de 1997, el contratista venía cumpliendo con lo pactado. De suerte que resulta acertado el ejercicio efectuado en el segundo dictamen al considerar los últimos tres meses de 1997 como la posible ejecución frente a lo que restaba del contrato terminado unilateralmente, claro está atendiendo a las condiciones contractuales vigentes nuevamente para el 1 de enero de 1998, que el perito también consideró, como lo refleja el cálculo con base en la compra mínima de 3.000 cajas por mes. Para mayor ilustración, resulta conveniente citar textualmente los ejercicios efectuados en el segundo dictamen pericial, así (fls. 231 a 236, c. ppal):

|  |
| --- |
| **CUADRO N.° 3****CONDICIÓN DEL MERCADO****MERCADO DE LA ZONA 2 4 TRIMESTRE DE 1997****PORCENTAJES-PROYECCIÓN****RESUMEN OCT-NOV-DIC 1997** |
| **Producto** | **Por producto %** | **Por grupo %** | **Proyección cajas/mes años 98/99** | **Porcentajes según contrato** |
| Aguardiente Líder 2000 cc | 1.13929088 |  | 34 |  |
| Aguardiente Onix 750 cc | 14.7018786 |  | 441 |  |
| Aguardiente Onix 375 cc  | 0 |  | 0 |  |
| Aguardiente Líder 750 cc | 52.5120945 |  | 1575 |  |
| Aguardiente Líder 375 cc | 21.9020294 |  | 657 |  |
| Aguardiente Líder PET 375 cc | 4.24092651 | 94.4962198 | 127 | 80 |
| Ron Boyacá 750 cc | 4.4482607 |  | 133 |  |
| Ron Boyacá 375 cc | 0.45236549 |  | 14 |  |
| Ron Tunja 750 cc  | 0.22618275 |  | 7 |  |
| Ron Tunja 375 cc  | 0 | 5.12680894 | 0 | 14 |
| Brandy Lanceros 750 cc  | 0.07539425 |  | 2 |  |
| Brandy Lanceros 375 cc | 0.07539425 | 0.1507885 | 2 | 5 |
| Triple Sec 750 cc  | 0.120608 |  | 5 |  |
| Crema de Cacao 750 cc  | 0.04523655 |  | 1 |  |
| Crema de Cacao 750 (sic) cc  | 0.06033154 | 0.226182275 | 2 | 1 |
| Total  | 100 | 100 | 3000 | 100 |

*Conocida la composición de las compras reales del DISTRIBUIDOR, basado en la misma facturación producida por la INDUSTRIA y aportada en el expediente, folios 264 al 276 se construyó el cuadro n.° 3, que nos ilustra en términos porcentuales la composición de las compras respecto a los productos.*

*Retomo en este momento, el contenido de la cláusula quinta DISMINUCIÓN DE LA CUOTA MÍNIMA: “y en general determinaciones ajenas al DISTRIBUIDOR, las cuotas de compra del DISTRIBUIDOR determinada en la cláusula segunda de este contrato podrán ser rebajadas o disminuidas a discreción de la INDUSTRIA, en forma proporcional según la tendencia estadística del producto efectivamente afectado y sólo por el período durante aquel ocurran los tales eventos, igual ocurrirá cuando se deteriore notoriamente la calidad de alguno o algunos de los productos en forma tal, que afecte la demanda por parte de los consumidores o cuando circunstancias especiales en determinadas zonas se reduzcan en cantidades significativas”.*

*En este sentido las compras de EL DISTRIBUIDOR, están correlacionadas con la demanda efectiva de productos que el mercado demanda. Por tanto en* (sic) *base a la estadística de los tres últimos meses del año de 1997, se proyecta lo que sería su demanda efectiva para la compra de las 3000 cajas/mes que corresponde a la cuota pactada con EL DISTRIBUIDOR para los periodos que por cumplirse define la contratación de las partes, -Modificación al contrato 004-, en donde se destaca la no modificación de la duración de lo contratado.*

|  |
| --- |
| CUADRO N.° 4PRECIOS DE VENTA ILB DENTRO DEL DEPARTAMENTOPRECIOS EN FABRICA POR SEMESTRE |
| PRODUCTO | [c.c.] | Valor 1/98 | Valor 2/98 | Valor 1/99 | Valor 2/99 |
| [se relacionan todos los precios de acuerdo al producto, cantidad y semestre de lo que faltaba por ejecutar] (…) |
| TOTAL CAJAS SEMESTRE | 18.000 | 1.518.110.853 | 1.573.946.820 | 1.677.133.681 | 1.741.344.226 |
| COMPRAS POR MES | 3000 | 253.018.476 | 262.324.470 | 279.522.280 | 290.224.038 |

*En los términos anteriormente definidos el negocio planteado entre LA INDUSTRIA y EL DISTRIBUIDOR hubiera tenido como resultados mínimos a precios oficiales de los siguientes valores concluyentes, del que se derivan las compras mensuales a realizar por el DISTRIBUIDOR, los que se encuentran plasmados en el cuadro n.° 5.*

*En el evento que a EL DISTRIBUIDOR se le hubieren dado las mismas condiciones otorgadas al competidor, o que sus compras hubieren llegado a ser superiores a la cifra de 5.001 caja/mes o más, evento que no se entra a considerar a la cantidad, por ser impredecible.*

*Y se proyecta el negocio pactado, e ilustran en el cuadro n.° 6, calculado con descuento del 15% para todo el periodo restante en la ejecución del contrato, es decir, desde el 1 de enero de 1998 hasta su término legal de duración. Estimado en la suma total de $507.897.823 la utilidad dejada de percibir por EL DISTRIBUIDOR en valores corrientes de las fechas de su respectiva causación, con el detalle mes a mes que se revela en el cuadro n.° 8.*

|  |
| --- |
| **CUADRO N.° 6****PROYECTO CON 15% DE DESCUENTOS** |
| **PRODUCTOS** | **CAJAS** | **VALORES**  | **VALORES**  | **VALORES**  | **VALORES**  |
| SEMESTRE |  | **2/98** | **2/98** | **1/99** | **2/99** |
| COMPRAS POR MES | 3000 | 253.018.476 | 262.324.470 | 279.522.280 | 290.224.038 |
| DESCUENTOS 15% |  | 37.952.771 | 39.348.671 | 41.928.342 | 43.533.606 |
| NETO DE COMPRAS |  | 215.065.704 | 222.975.800 | 237.593.938 | 246.690.432 |
| Costos de operación 35% dctos  |  | 13.283.470 | 13.772.035 | 14.674.920 | 15.236.762 |
| Total costos |  | 228.349.174 | 236.747.834 | 252.268.858 | 261.927.194 |
| Utilidad mensual |  | 24.669.301 | 25.576.636 | 27.253.422 | 28.296.844 |
| Rentabilidad bruta |  | 10.8033241 | 10.8033241 | 10.8033421 | 10.8033241 |
| Costo financiero |  | 3.5 | 4 | 3.5 | 2.7 |
| Rentabilidad neta |  | 7.3033241 | 6.8033241 | 7.3033241 | 8.1033241 |
| Compras +14% |  | 245.174.903 | 254.192.412 | 270.857.089 | 281.227.092 |
| Costo compra |  | 215.065.704 | 222.975.800 | 237.593.938 | 246.690.432 |
| Utilidad bruta |  | 30.109.199 | 31.216.612 | 33.263.151 | 34.536.660 |
| Costos de operación 35% Desc.  |  | 13.283.470 | 13.772.035 | 14.674.920 | 15.236.762 |
| Utilidad mensual |  | 16.825.729 | 17.444.577 | 18.588.232 | 19.299.899 |
| Rentabilidad bruta |  | 7.368421053 | 7.368421053 | 7.368421053 | 7.368421053 |
| Costos financieros |  | 3.5 | 4.0 | 3.5 | 2.7 |
| Rentabilidad neta |  | 3.868421053 | 3.368421053 | 3.868421053 | 4.668421053 |

*Y en el cuadro n.° 7, se resuelve la hipótesis del negocio calculado con descuento del 10% para toda la parte restante en la ejecución del contrato, lo que ‘este hubiera sido para EL DISTRIBUIDOR, es decir, desde el 1 de enero de 1998 hasta su término legal de duración, estimado en la suma total de $338.598.549 en valores corriente de las fechas de su respectiva causación, con el detalle mes a mes del ingreso esperado en el Cuadro n.° 8.*

|  |
| --- |
| **CUADRO N.° 7****PROYECTO CON 10% DE DESCUENTO** |
| **PRODUCTO** | **CAJAS** | **VALORES** | **VALORES** | **VALORES** | **VALORES** |
| Semestre |  | 2/98 | 2/98 | 1/99 | 2/98 |
| TOTAL CAJAS SEMESTRE | 18.000 | 1.518.110.853 | 1.573.946.820 | 1.677.133.681 | 1.741.644.226 |
| COMPRAS POR MES | 3.000 | 253.018.476 | 262.324.470 | 279.522.280 | 290.224.038 |
| DESCUENTO 10% |  | 25.301.848 | 26.232.447 | 27.952.228 | 29.022.404 |
| NETO DE COMPRAS |  | 227.716.628 | 236.092.023 | 251.570.052 | 261.201.634 |
| Costos de Operación 35% dctos |  | 8.885.647 | 9.181.356 | 9.783.280 | 10.157.841 |
| Total Costos |  | 236.572.275 | 245.273.380 | 261.353.332 | 271.359.475 |
| Utilidad Mensual |  | 16.446.201 | 17.051.091 | 18.168.948 | 18.864.562 |
| Rentabilidad Bruta |  | 6.95 | 6.95 | 6.95 | 6.95 |
| Costos financieros |  | 3.5 | 4 | 3.5 | 2.7 |
| Rentabilidad Neta |  | 3.45 | 2.95 | 3.45 | 4.25 |

*Se destaca la baja rentabilidad en el caso analizado en cuadro n.° 7.*

|  |
| --- |
| **CUADRO N.° 8** **PROYECCIÓN DE LOS INGRESOS NO PERCIBIDOS CON 15%, 10%, Y PROMEDIOS DE DESCUENTOS****LIQUIDACIÓN UTILIDADES** |
| PERIODO | DTO 15% VALOR | DTO 10% VALOR | PROMEDIO VALOR |
| Ene-98 | 24.669.301 | 16.446.201 | 20.557.751 |
| Feb-98 | 24.669.301 | 16.446.201 | 20.557.751 |
| Mar-98 | 24.669.301 | 16.446.201 | 20.557.751 |
| Abr-98 | 24.669.301 | 16.446.201 | 20.557.751 |
| May-98 | 24.669.301 | 16.446.201 | 20.557.751 |
| Jun-98 | 24.669.301 | 16.446.201 | 20.557.751 |
| Jul-98 | 25.576.636 | 17.051.091 | 21.313.863 |
| Ago-98 | 25.576.636 | 17.051.091 | 21.313.863 |
| Sep-98 | 25.576.636 | 17.051.091 | 21.313.863 |
| Oct-98 | 25.576.636 | 17.051.091 | 21.313.863 |
| Nov-98 | 25.576.636 | 17.051.091 | 21.313.863 |
| Dic-98 | 25.576.636 | 17.051.091 | 21.313.863 |
| Ene-99 | 27.253.422 | 18.168.948 | 22.711.185 |
| Feb-99 | 27.253.422 | 18.168.948 | 22.711.185 |
| Mar-99 | 27.253.422 | 18.168.948 | 22.711.185 |
| Abr-99 | 27.253.422 | 18.168.948 | 22.711.185 |
| May-99 | 27.253.422 | 18.168.948 | 22.711.185 |
| Jun-99 | 27.253.422 | 18.168.948 | 22.711.185 |
| Jul-99 | 28.296.844 | 18.864.562 | 23.580.703 |
| Ago-99 | 14.604.823 | 9.736.548 | 12.170685 |
| TOTALES | 507.897.823 | 338.593.549 | 423.248.186 |

*Los resultados del Cuadro n.° 8 son las cifras básicas para establecer la liquidación de intereses y actualización dichos valores con la metodología propuesta en el art. 4 num. 8 de la Ley 80 de 1993 y art. 1 del Decreto 679 de 1994.*

*Se considerará que hay el evento posible de ser decretada la competencia desleal, en ese caso la liquidación* [que] *se debe considerar es la establecida con descuentos del 15% para las compras a realizar por EL DISTRIBUIDOR.*

*También se realizará a continuación con un margen de descuento del 10% que corresponde a lo dejado de percibir, respecto a lo contratado y el volumen mínimo mensual al que se compromete el distribuidor, y el perjuicio material generado a EL DISTRIBUIDOR y que en esta demanda se reclama, en el evento de no ser tipificada la competencia desleal, y se conceda la razón al demandante. (…)*

|  |
| --- |
| **CUADRO RESUMEN DE VALORES DETERMINADOS POR PERJUICIOS** |
|  | **VALOR A** [con descuento del 15%] | **VALOR B** [con descuento del 10%] |
| PRINCIPAL [capital] | 507.897.823.26 | 338.598.548.84 |
| INTERESES | 399.304.690.31 | 266.203.126.87 |
| INDEXADO | 528.378.278.85 | 364.369.351.22 |
| TOTALES | 1.435.580.792.42 | 969.171.026.93 |

Las anteriores conclusiones serán acogidas por la Sala, en tanto, además de encontrarse debidamente fundamentadas en las pruebas allegadas al proceso, resultan ser claras y consideran aspectos que en el primer dictamen fueron desestimados, tales como la real adquisición de productos antes de la terminación unilateral y los descuentos efectuados al contratista por las compras mínimas.

Ahora, la Sala acogerá la cuantificación con el 10% de descuento, toda vez que no hay pruebas que permitan afirmar que hubo competencia desleal, hasta el punto que la situación acaecida con otro de los distribuidores era parte de otro contrato de distribución y de otra zona. Además, los descuentos eran una realidad contractual innegable, en tanto se imponían por la cantidad de licor que se compraba o de su forma de pago. De esa forma también se atiende uno de los reparos formulados al primer dictamen, en tanto los descuentos en las compras debían atenderse por cuanto impactaban la utilidad esperada.

En consecuencia, el valor a reconocer por utilidad dejada de percibir por el período contractual que faltaba por ejecutar del contrato n.° 004 de 1997 corresponde al valor de $338.598.549. Sobre esa suma no se reconocerán intereses moratorios ni de ningún otro tipo, por cuanto resultan improcedentes cuando en el asunto media un acto administrativo, toda vez que la presunción de legalidad que recae sobre esos actos jurídicos se conserva hasta antes de la ejecutoria de la sentencia judicial que la desvirtúa, razón por la cual la obligación solamente se consolida en este último momento[[32]](#footnote-32). Tampoco habrá lugar al reconocimiento de la cláusula penal pecuniaria, si se tiene en cuenta que sólo se pactó a favor de la entidad demandada, pero no así para la parte actora[[33]](#footnote-33). En todo caso se anulará parcialmente el aparte de la cláusula penal pecuniaria que permite hacerla efectiva a través de la declaratoria de incumplimiento, toda vez que en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, no se podía hacer efectiva unilateralmente por un incumplimiento diferente del que habilita la caducidad del contrato[[34]](#footnote-34).

Sin embargo, sí se actualizará la suma reconocida como lucro cesante. Por lo tanto, se adicionará el valor de lo indexado hasta el dictamen pericial que se decretó para resolver la objeción por error grave, esto es la suma de $364.369.351. Siendo así, la suma por utilidad dejada de percibir a la fecha del referido dictamen asciende a la suma de $702.967.900, la cual se actualizará desde ese dictamen hasta la fecha de la presente sentencia así:

$702.967.900 x 137.87 (IPC final, jun. 2017) = $1.167.267.064.oo.

 83.03 (IPC inicial, may. 2005)

La suma a reconocer por lucro cesante será de $1.167.267.064.

3.5. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L A**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmentela sentencia del 9 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLARAR** como sucesor procesal al departamento de Boyacá de la Industria Licorera de Boyacá.

**TERCERO: DECLARAR** no probada la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial rendido por los economistas Elizabeth Bolívar Cely y Edgar Hernán Escandón Cortés.

**CUARTO: DECLARAR** de oficio la nulidad absoluta pero parcial del contrato de distribución de licores n.° 004 del 17 de marzo de 1997, en cuanto tiene que ver con su cláusula cuarta en el siguiente aparte *“al incumplimiento de la cuarta cuota consecutiva se dará por terminado el contrato en forma unilateral”* y de su cláusula vigésima primera en el aparte que dice *“o de incumplimiento parcial o total del contrato”*.

**QUINTO: DECLARAR** la nulidad de la resolución n.° 0752 del 22 de diciembre de 1997, por medio de la cual la Industria Licorera de Boyacá terminó unilateralmente el contrato de distribución de licor n.° 004 del 17 de marzo de 1997.

**SEXTO:** En consecuencia, **CONDENAR** al departamento de Boyacá a pagar al señor Héctor Pita Torres la suma de mil ciento sesenta y siete millones doscientos sesenta y siete mil sesenta y cuatro pesos ($1.167.267.064) moneda corriente, por concepto de lucro cesante, en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

**SÉPTIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO:** Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**NOVENO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**DÉCIMO:** Desglosar el cuaderno n. 4 del presente proceso, toda vez que pertenece a un expediente distinto del Tribunal de origen.

**ONCEAVO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrada Magistrado

1. En este punto vale advertir que como consecuencia de la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos les fue remitido el presente proceso por competencia; sin embargo, mediante auto del 6 septiembre de 2006, el Juzgado 6º Administrativo de Tunja se abstuvo de avocar conocimiento y remitir el asunto al Tribunal Administrativo de Boyacá dada la cuantía del asunto (fls. 273 a 275, c. ppal 2). En consecuencia, el referido Tribunal por medio del auto del 6 de diciembre siguiente dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 277, c. ppal 2). [↑](#footnote-ref-1)
2. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.097, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad, la sentencia de primera instancia se inhibió para fallar de fondo el asunto sometido a consideración, sobre la base de que la actora no refirió la nulidad del acto administrativo en torno al cual giraba la cuestión dentro del acápite destinado a las pretensiones. La Sala consideró que de la interpretación de la demanda se desprendía lo contrario y que *“si bien la demanda presentada por CAPRECOM no es una pieza procesal técnicamente impecable, tampoco es posible calificarla como un texto absolutamente imposible o ilógico, única hipótesis que permite un pronunciamiento inhibitorio”*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 9 de octubre de 2014. Rad. 25000232600020010183901. Exp. 31497. C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cita original: [8] *Artículo 228 de la Constitución Política: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Cita original: [9] *Artículo 229 de la Constitución Política: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Cita original: [13] “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1991, actor: Sociedad Comercial Urbanización Normandía Ltda., C.P. Daniel Suárez Hernández.” [↑](#footnote-ref-6)
7. Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de mayo de 2009. Rad. 05001-23-31-000-2005-03509-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. 11001-03-26-000-2009-00108-00(37513). C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. Según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Tunja del 31 de julio de 2001, la referida entidad se refiere como inscrita como empresa industrial y comercial del Estado (fls. 102 a 105, c. ppal). Igualmente, el artículo 1 del Decreto departamental 1688 de 2001, que suprimió a la Industria Licorera de Boyacá, ratificó la referida naturaleza de esa entidad (fl. 167, c. ppal). [↑](#footnote-ref-9)
10. Se tiene que dentro de la presente controversia contractual, que fue la acción promovida (fl. 14, c. ppal 1), la sola pretensión por lucro cesante se calculó en la suma de $150.000.000, de lo cual se sigue que el presente asunto tiene vocación de doble instancia.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sobre el particular ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 31.683, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En esa oportunidad se concluyó: *“Así las cosas, se encuentra que los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter a las formalidades y exigencias precontractuales previstas en la ley 80, salvo que exista una excepción legal, y en lo no regulado se le dará aplicación al derecho privado, como sería el caso de los contratos no previstos en el Estatuto de Contratación Estatal. Con ese marco normativo procederá la Sala a determinar qué clase de relación existió entre las partes y el cumplimiento a la ley 80 de 1993 en el desarrollo de la misma”*. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. Posición acogida por el Pleno de la Corporación a través de la sentencia 30 de septiembre de 2014, exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00 (REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de noviembre de 2002, rad. 1.458, M.P. Susana Montes de Echeverri. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibíd.* Concepto del 7 de noviembre de 2002, rad. 1.458, M.P. Susana Montes de Echeverri. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014, exp. 32.611, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014, exp. 32.611, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cita original: Artículos 45 de la Ley 80 de 1993 en relación con las causales contenidas en los numerales 1, 2 y 4 de su artículo 44, acerca de la nulidad de los contratos estatales, cuando se celebren con personas incursas en causales de incompatibilidad o inhabilidad, cuando se celebren con abuso o desviación de poder y cuando se declaren nulos los actos en que se fundamenten. [//] En el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por la Ley 828 de 2003 y derogado por la Ley 1150 de 2007, se consagró en su momento la “*causal de terminación unilateral de los contratos que celebren las Entidades públicas con personas jurídicas particulares, cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del contratista durante la ejecución del contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar”*. Se recuerda que en la Ley 1150 de 2007 se dispuso la facultad de decretar la terminación unilateral del contrato estatal con el propósito de hacer efectivas las multas. [//] La Ley 1341 de 2009 estableció la terminación unilateral de las concesiones de los proveedores, como consecuencia de la decisión del proveedor de acogerse al nuevo régimen de habilitación general, en materia de telecomunicaciones, así: *“La decisión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acogerse al régimen de habilitación general de la presente ley, la cual conlleva necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, no genera derechos a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de este”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de febrero de 2013, exp. 25.590, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sobre la procedibilidad de la terminación unilateral en el derecho privado, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de septiembre de 2014, exp. 11001-31-03-042-2009-00347-01 (SC12122-2014), M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz. En esa oportunidad, se recordó: “*Por lo demás, ha de recordarse que la Corte, en sentencia de reciente data, con exhaustividad analizó la procedencia de la facultad de terminación unilateral pactada en contratos o establecida en la ley, incluyendo dentro de los casos puestos de presente, al mandato, entre otros contratos civiles y comerciales (CSJ SC de 30 de ago. de 2011, rad. 11001-3103-012-1999-01957-01)”*. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 25.681, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 20 de febrero de 2014, exp. 45.310, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cita original: Según el certificado de existencia y representación legal de Ecopetrol S.A. obrante en folios 34 a 49 del cuaderno principal hace parte de su objeto social: la construcción, operación, administración, mantenimiento, disposición y manejo, en el territorio nacional y en el exterior de: (…) refinerías. (…). [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cita original: Orden público normativo: “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia…” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas). [↑](#footnote-ref-24)
25. Cita original: OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 2002. 28ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cita original: GIRALDO CASTAÑO; Derecho Administrativo General. Editorial Marín Vieco Ltda. Medellín, 5ª ed., 1995. Pg. 59. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cita original: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pg. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...*permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”.* Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “vicio muy grave”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; op. cit., pgs. 244 y 245). [↑](#footnote-ref-27)
28. Cita original: Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32.109, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, exp. 28.055, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de los acuerdos de las partes para reconducir la relación contractual y el efecto jurídico que tienen en las futuras reclamaciones económicas, así: *“En esas condiciones, los cargos de nulidad de la parte actora en contra de los actos administrativos que impusieron la multa, no quedaron probados, en tanto después de la prórroga, que significó un replanteamiento de las condiciones contractuales cumplidas hasta ese momento, la administración rechazó el pago de manera fundada o al menos se echan de menos pruebas de que no fuera así. En tal sentido, los expertos que pudieron determinar tal aspecto no lo hicieron, aun cuando contaban con documentos que contenían las razones del rechazo, por lo que nada impedía ese ejercicio, cuando en la misma aclaración por la parte demandada se solicitó. El juez tampoco puede entrar a juzgar aspectos técnicos que escapan a su alcance”*. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13.356, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de las salvedades frente a los acuerdos adicionales, así: *“Tampoco es cierto, como lo afirmó el demandante, que CEDENAR transgredió el principio de la buena fe contractual con la adición del plazo. Nótese que las adiciones se causaron por el incumplimiento administrativo en el suministro de elementos y que el contratista aceptó esas adiciones sin ningún reparo. Es más dicha aceptación la convino con el contratante y en su texto dejó anotación expresa de que las demás cláusulas del contrato permanecían incólumes, en los adicionales 044/91 B, D, E y F (fols. 110, 113, 114 a 118 c. 1). // Esa manifestación de voluntad del contratista se presume legal (art. 1.502) porque el mismo demandante BENHUR no demostró situaciones que afectaran la validez del contrato en el aspecto del consentimiento (art. 78 del decreto ley 222 de 1983 en armonía con los artículos 1.502 y 1.508 del Código Civil)”.* Reiterado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18.080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, así: *“En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada,* ***sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato****. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los antecedentes específicos de la ejecución del contrato, según se deduce de las siguientes actividades y acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial”* (se destaca). [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Esta Corporación ha sostenido: “*Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Efectivamente, en la cláusula vigésima primera se pactó: *“CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: Se estipula como cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva por la INDUSTRIA al DISTRIBUIDOR en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento parcial o total del contrato una suma equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor total estimado de las compras anuales sobre el precio base, que conforma la propuesta presentada por la INDUSTRIA; el valor de esta cláusula una vez se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la INDUSTRIA por el incumplimiento del DISTRIBUIDOR”* (fl. 7, c. ppal). [↑](#footnote-ref-33)
34. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-34)