RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Ley 489 de 1998 artículo 85 – Derecho privado – Evolución normativa – Ley 80 de 1993 artículo 2 – Ley 1150 de 2007 artículo 14 – Ley 1474 de 2011 artículo 93 – Mercados monopolísticos

El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 define las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica "conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley (…)". Sobre el régimen jurídico de estas entidades, la Sección Tercera ha destacado que su sometimiento al derecho privado responde a la naturaleza industrial y comercial de las actividades que desarrollan, sin perjuicio de las disposiciones de derecho público que resulten aplicables por expresa disposición legal:

"El régimen contractual de las EICE

Las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) son entidades creadas por la ley o por autorización de ella, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial o de gestión económica. Conforme a la regulación contenida en los artículos 5 del Decreto 1050 de 1968 y 1 del Decreto Ley 222 de 1983, el régimen jurídico de los contratos de esas empresas era el derecho privado, salvo para los contratos de empréstito y de obras públicas.

La Ley 80 de 1993 dispuso que debían someterse a ese estatuto al enlistarlas en su artículo 2. Así, salvo algunas excepciones (art. 24 y parágrafo 1 del art. 32 Ley 80 de 1993), el régimen de contratación de las EICE era el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Ley 489 de 1998 reiteró la aplicación de este régimen contractual para las EICE (art. 93). Regulación que era propia de un estatuto que, de acuerdo con la historia fidedigna de su establecimiento (art. 27 CC), pretendió su aplicación universal. Esta regulación era mucho más eficiente y clara que la actual dispersión de regímenes exceptuados que, como la Ley 80 de 1993, desembocan, finalmente, en la aplicación del derecho privado.

El artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 modificó ese régimen, al disponer que las EICE estarían sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o en mercados regulados o en mercados monopolísticos, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. Esta norma fue reproducida casi en su integridad por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, salvo para aquellas empresas que desarrollan su actividad en mercados monopolísticos, a las que, nuevamente, se le hizo aplicable el Estatuto General de la Contratación.

Más allá de la confusa redacción de estas normas, resulta que la excepción, esto es, la exclusión de la aplicación del Estatuto General de Contratación a las EICE, se convirtió en la regla general. Esas empresas desarrollan su actividad en competencia, pues su naturaleza es la de ser agentes del mercado: expresión genuina de una de las formas de intervención del Estado en la economía. De manera que, con la actual regulación, como las empresas industriales y comerciales del Estado actúan en competencia, el régimen jurídico de sus actos y contratos y de los procesos de selección de contratistas, es el derecho privado, con excepción de aquellas que ejercen su objeto en actividades monopolísticas. (…)"

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO – Ley aplicable en el tiempo – Ley 489 de 1998 artículo 93 – Actos y contratos – Sala de Consulta y Servicio Civil – Derecho privado

Como el contrato fue celebrado en 2003, su régimen jurídico debe determinarse conforme a las normas vigentes para ese momento, esto es, antes de las modificaciones introducidas por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011. En ese marco, resultaban relevantes las disposiciones de las Leyes 80 de 1993 y 489 de 1998. En particular, el artículo 93 de esta última establecía que "[l]os actos que expidan las empresas

industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales".

El alcance de esta fue interpretado en 2003 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el sentido que cuando la citada ley menciona "actividad" u "objeto" se refiere a un mismo concepto, de modo que se acepta que las empresas industriales y comerciales del Estado "tienen el mismo régimen para sus actos y contratos".

[…] Es pacífico para la Sala que el contrato estaba sometido, como regla general, al derecho privado. […]

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO – Caducidad no pactada – Ley 80 de 1993 artículo 14 numeral 2 – Contenido material del negocio – Monopolio rentístico

[…] corresponde examinar el contenido material del negocio, pues la aplicación del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 depende de que su objeto comprenda una actividad de aquellas que para la época constituían monopolio rentístico. […]

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN – Compraventa – Código Civil artículo 1849 – Concepto – Agencia comercial – Reventa por cuenta propia – Corte Suprema de Justicia

El artículo 1849 del Código Civil define la compraventa como el "contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero". En este caso, el negocio incorporó obligaciones de venta de los productos […], junto con otras prestaciones de ejecución sucesiva relacionadas con su distribución, promoción y comercialización en el mercado estadounidense.

[…] En relación con esta forma de distribución, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"6.1. Respecto de la temática inicialmente mencionada, debe enfatizarse que el papel del agente como "distribuidor", comporta para él la realización de una actividad accesoria a la principal del contrato de agencia, esto es, a la de promocionar los productos o la marca del empresario, encaminada simplemente a facilitar el acceso de las mercaderías al adquirente de ellas que, por lo tanto, en ningún caso, desvirtúa, se sobrepone o substituye los elementos esenciales de esta segunda clase de acuerdos.

Así las cosas, tal laborío complementario de quien es agente, no ostenta la misma naturaleza de la gestión que efectúa el que, en desarrollo de un contrato de distribución, propiamente dicho, promociona y vende los productos que previamente adquiere a un empresario, obteniendo como ganancia la diferencia de los precios de compra a este último y de enajenación a sus clientes, pues es claro que en dicho supuesto, una y otra actividad, la previa de mercadeo y la posterior de reventa, el intermediario las verifica en el marco de un negocio exclusivamente suyo, por su cuenta y riesgo y para beneficio personal."

Y, en providencia del 13 de mayo de 2014, había profundizado sobre este tipo de convenios:

"En cuanto a la actividad de distribución que, como se asentó, no cuenta con respaldo normativo y, por ende, corresponde aplicar la analogía legis, a partir de la descripción que del mismo han realizado la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, se debe entender como: "la gestión de un empresario que con ánimo de continuidad comercializa bienes y servicios de un productor". El distribuidor es la persona que actuando en nombre propio y por su cuenta, adquiere los productos o la mercancía del fabricante o de otro distribuidor para entregarlos al consumidor, quien acudiendo a sucesivas ventas, pone al servicio de tal actividad la infraestructura con la que cuenta o que, a raíz del negocio concertado, decide implementar. Bajo esa consideración, el fabricante, con la menor

inversión, se vale de la que su distribuidor ha dispuesto para la consecución del fin perseguido, que no es otro que llevar sus productos al destinatario natural (el consumidor), logrando maximizar los resultados de su ejercicio empresarial, con la consecuente reducción de costos."

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Ley 80 de 1993 artículo 14 numeral 2 – Monopolio estatal – Cláusulas entendidas pactadas – Ley vigente a la celebración

[…] corresponde determinar si, pese a tratarse de un contrato sometido al derecho privado y a que las partes no estipularon expresamente la caducidad, aunque sí pactaron las facultades de terminación, modificación e interpretación unilaterales, dicha potestad se entendía incorporada por expresa disposición legal. Al respecto, el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 disponía:

"2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente."

Para determinar si el contrato se encontraba comprendido en el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, corresponde establecer si su objeto involucraba el ejercicio de una actividad constitutiva de monopolio rentístico, de acuerdo con el régimen jurídico vigente al momento de su celebración, en 2003.

MONOPOLIO RENTÍSTICO – Constitución Política artículo 336 – Arbitrio rentístico – Interés público o social – Titularidad del Estado – Reserva de ley – Corte Constitucional

El artículo 336 de la Constitución Política establece que ningún monopolio puede establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. Al desarrollar esta disposición, la Corte Constitucional ha señalado que: (i) solamente son admisibles como arbitrio rentístico; (ii) el Estado es el único titular, excluyendo "la posibilidad que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio"; (iii) las rentas producidas como consecuencia del ejercicio de esa actividad son fiscales, destinadas "exclusivamente a finalidades de interés público o social"; y (iv) corresponde al legislador determinar las actividades que constituyen monopolio rentístico y establecer su régimen propio.

MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES – Titularidad de los departamentos – Licores destilados – Ley 14 de 1983 artículos 61 y 63 – Decreto Ley 1222 de 1986 artículo 121 – Contratos de intercambio

En esa línea, el Consejo de Estado también expuso que los monopolios se erigen como un atributo del Estado, que existen "si una ley así lo establece y, en todo caso, con el fin único de satisfacer necesidades de interés público o social", dentro de los que se encuentra el de licores, cuya titularidad es de los departamentos. En particular, la Sección Tercera de la Corporación precisó:

"De esta forma, en cuanto al monopolio rentístico de licores destilados, se encuentra que las actividades relacionadas con su producción, introducción y distribución, participan de dicha naturaleza, de acuerdo con la Ley 14 de 1983 y el Decreto-ley 1222 de 1986, artículos 61 y 121, respectivamente. En este punto, cabe tener claro que a pesar de que estas normas son previas a la vigencia de la Carta Superior, cumplen con

la exigencia Constitucional, según la cual los monopolios serán tales cuando así los califique y regule una ley. (…)"

Para la fecha de celebración del contrato, en 2003, el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, entonces vigente, establecía que "[l[a (sic) producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. (…)" […] En esa línea, el canon 63 de la misma regulación contemplaba que en desarrollo del referido monopolio, los departamentos podían "celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos. (…)".

MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES – Venta del producto – Fase de explotación del monopolio – Intermediarios – Comercialización en el exterior – Sala de Consulta y Servicio Civil

La enajenación de los productos […] correspondía, conforme al régimen vigente para la fecha de celebración del contrato, a una de las actividades comprendidas en el monopolio rentístico de licores. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha precisado que "la venta del producto objeto del monopolio, es una de las fases o etapas de la explotación del mismo", y ha distinguido esta operación de las ventas posteriores realizadas por segundos y terceros intermediarios hasta llegar al consumidor final, las cuales no hacen parte del monopolio. […]

La venta de los productos […] correspondía, conforme al régimen vigente para la fecha de celebración del contrato, a una de las actividades comprendidas en el monopolio rentístico de licores, con independencia de que las enajenaciones posteriores por parte del distribuidor se efectuaran en una zona geográfica foránea, máxime si se tiene en cuenta que la entrega de los productos adquiridos […] se haría, en principio, en el Puerto de Buenaventura, ubicado en el departamento del Valle del Cauca.

CADUCIDAD DEL CONTRATO – Ausencia de pacto expreso – Régimen mixto – Ministerio de la ley – Ley 80 de 1993 artículos 14 y 18 – Control de legalidad

En consecuencia, dentro de este régimen mixto, como el contrato comprendía dentro de su objeto una actividad constitutiva del monopolio rentístico de licores —la venta de los productos fabricados […] para su posterior comercialización–, se configuraba el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, aunque las partes no estipularon expresamente la caducidad, esta se entendía incorporada en el acuerdo por ministerio de la ley, y la contratante estaba facultada para ejercer la potestad prevista en el artículo 18 del mismo estatuto.

Esta conclusión encuentra respaldo en un pronunciamiento anterior de esta Subsección en el que, al examinar la aplicación del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 a un contrato relacionado con el monopolio rentístico de licores, se concluyó:

"Así pues, dado que la explotación de los licores constituye un monopolio rentístico reservado a los Departamentos (sic), que a su vez se erige como fuente de financiación de servicios públicos inherentes a la función social del Estado y puesto que, según el numeral 2º, artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los contratos celebrados con el objeto de ejercer esas actividades imperativamente y por ministerio de la ley se entenderán incluidas las diversas cláusulas excepcionales, entre ellas la de caducidad administrativa contractual, resulta obligado concluir que en el contrato No. 013 de 1996, a pesar de no haberse pactado dicha exorbitancia expresamente, se deba entender incluida, toda vez que es propia de ese tipo de convenios.

Concluye entonces la Sala que en el sub examine sí existía competencia funcional para declarar la caducidad del contrato No. 013 de 1996, comoquiera que ésta hacía parte de la relación convencional, pese a no haberse estipulado allí de forma expresa"

Así, las Resoluciones […] mediante las cuales […] ejerció la potestad de declarar la caducidad, constituyen actos susceptibles de control por esta jurisdicción. La existencia de dicha facultad no determina, sin embargo, la legalidad de su ejercicio, cuestión que deberá examinarse a partir de los cargos formulados contra los actos demandados.

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PACTADOS – Arreglo directo – Conciliación – Arbitramento – Requisito previo – Potestad unilateral – Protección del contratista

Sobre el punto, el Consejo de Estado ha establecido que la entidad pública no está obligada a acudir a estos de manera previa a ejercer su facultad unilateral de declarar caducado el contrato, porque no existe alguna previsión en ese sentido dentro del marco jurídico que regula dicha potestad.

De ahí que para la Sala no era requisito que […] agotara, en primera medida, todas las fases enunciadas, si consideraba que había razones para declarar la caducidad, siempre y cuando respetara un estándar mínimo de protección para el destinatario de la medida, con el fin de no viciar el trámite de su expedición.

DEBIDO PROCESO EN LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO – Constitución Política artículo 29 – Actuaciones administrativas – Antes de la Ley 1150 de 2007 – Derecho de defensa – Etapa previa

En ese sentido, antes de tomar una decisión de tal entidad con las drásticas consecuencias que conlleva, es imperioso que se respeten y acaten las garantías del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional, que aplican a "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Al respecto, esta Subsección destacó que incluso antes de que se profiriera la Ley 1150 de 2007 que "consagró el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria", se debía garantizar "que el afectado pudiera intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo con el objeto de que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual debía conocer el inicio de la actuación, las razones en las cuales se fundara, tener oportunidad de aportar y discutir las pruebas que en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes".

DEBIDO PROCESO EN LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO – Garantías mínimas – Requerimiento previo – Imputación del incumplimiento – Anuncio de la sanción – Descargos – Decisión súbita

[…]los mecanismos alternativos de solución de conflictos para declarar la caducidad como se acotó, para la época en que ocurrieron los hechos, la administración sí debía respetar las garantías esenciales del debido proceso como derecho fundamental.

En ese sentido, de acuerdo con los lineamientos esbozados por esta Subsección sobre el asunto en casos anteriores, era necesario que, por lo menos –y sin pretender equipararlo con un proceso judicial o sancionatorio reglado– mediara entre los hechos que motivaron la decisión de la administración y la resolución que declaró la caducidad (i) un requerimiento previo en el que se pusiera en conocimiento de la contratista los incumplimientos imputados, que darían lugar a aplicar la mencionada facultad excepcional, y (ii) se le brindara al destinatario la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción, presentando sus descargos, aportando y controvirtiendo pruebas.

Sobre el primero, es claro que, como lo dispuso también esta Subsección en oportunidad anterior "debe garantizarle al contratista su derecho a ser oído sobre los presupuestos de hecho y de derecho en que se fundan los presuntos incumplimientos que darían lugar a la imposición de la sanción". De lo que se deriva, para el caso concreto, que […] tenía

el derecho a conocer que la sanción que se le impondría ante su incumplimiento por no constituir o renovar la garantía de cumplimiento, sería la caducidad del contrato; tendría que haber conocido esa imputación de manera previa.

[…] No obstante, los requerimientos sobre la garantía de cumplimiento no reemplazaban el procedimiento que debía garantizarse a la contratista para que conociera de la eventual declaratoria de caducidad del contrato y pudiera defenderse. Nunca se le anunció […] que esa sería la consecuencia, ni se le requirió para que presentara sus argumentos. Por eso fue una decisión súbita.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Falta de prórroga – Decreto 679 de 1994 artículo 18 – Sanciones contractuales – Multas – Cláusula penal

Incluso, desde la óptica de la normatividad vigente en ese momento, fue sorpresiva. El artículo 18 del Decreto 679 de 1994 establecía que "[s]i el Contratista no prorroga la garantía se aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar", medidas que podían enmarcarse en la aplicación de multas, intereses o cláusulas penales, que las partes incluyeron en su convención.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERA PONENTE: ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 76001-23-31-000-2005-04122-05 (65259)
Demandante: Dana Wine & Spirits Importers Inc.
Demandado: Industria de Licores del Valle E.I.C.E.
Referencia: Controversias Contractuales (Decreto 01 de 1984)

*Temas**: RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO**: de acuerdo con la actividad comercial ejercida, el contrato quedaba sometido al derecho privado por regla general, sin perjuicio de la aplicación de normas de orden público establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. **FACULTAD DE DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO SIN PACTO EXPRESO**: Se entiende incorporada aun sin haberse pactado expresamente en los contratos previstos en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. **MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES**: el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 establecía que la producción, la introducción y la venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico. **MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PACTADOS:** la declaratoria de caducidad del contrato no está supeditada al agotamiento previo del arreglo directo, la conciliación o el arbitraje. **DEBIDO PROCESO EN LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO:** aún antes de la entrada en vigencia de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, la administración debía garantizar al contratista el ejercicio del derecho de defensa y contradicción. **PRETENSIONES CONSECUENCIALES:** El incumplimiento alegado debe identificarse con claridad y demostrarse. La parte demandante tiene la carga de la prueba respecto de los perjuicios que reclama.*

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de mayo de 2019[1], proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Tercera de Decisión[2], mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

2. Se revocará la sentencia apelada, porque las resoluciones que declararon la caducidad del contrato se expidieron vulnerando el debido proceso de la contratista y, por tanto, son nulas.

3. Aunque la Industria de Licores del Valle –en adelante "ILV"– requirió la renovación de la garantía de cumplimiento, no garantizó a la contratista una oportunidad real para ejercer su derecho de defensa y garantías mínimas antes de declarar la caducidad.

4. La falta de renovación de la garantía es independiente al vicio que afectó la expedición de los actos administrativos.

5. No prosperan las demás pretensiones, porque la demandante no fue un contratante cumplido, no acreditó los perjuicios reclamados ni demostró el

[1] Folios 1501 a 1514 del cuaderno principal.
[2] Este tribunal asumió competencia con fundamento en el Acuerdo PCSJA18-11134 del 31 de octubre de 2018, del Consejo Superior de la Judicatura, que adoptó unas medidas de descongestión para esta jurisdicción.

incumplimiento contractual alegado, por tanto, no se accede a las pretensiones formuladas como consecuencia de este último, incluida la de liquidar el contrato, respecto de la cual tampoco hay elementos suficientes para realizar el cruce de cuentas.

6. Por las mismas razones, tampoco prosperan las pretensiones subsidiarias.

ANTECEDENTES

Demanda

7. El 28 de septiembre de 2005[3], la sociedad Dana Wine & Spirits Importers Inc. (en adelante, la demandante, la contratista, Dana Wine o DWSI), por intermedio de apoderado judicial[4], presentó demanda de controversias contractuales contra la ILV.

8. Solicitó, de manera principal, que se declare la nulidad de la resolución No. 0964 del 3 de septiembre de 2004, "*Por la cual se declara la caducidad del contrato de compraventa exclusiva mercado Estados Unidos de América suscrito entre la Industria de Licores del Valle y la firma DANA WINE & SPIRITS IMPORTERS INC*" y de la No. 1185 del 16 de noviembre del mismo año, que resolvió el recurso de reposición contra la primera.

9. Como consecuencia, pidió a título de restablecimiento del derecho, que la ILV le pague daños materiales y morales. Que se declare el incumplimiento del contrato y se ordene su liquidación y, en razón a ello, se condene a la demandada al pago de una indemnización monetaria por los perjuicios y costos que según afirmó, afectaron la ecuación económica del contrato, que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria, y se ordene cancelar las sumas correspondientes con la actualización de rigor[5].

---

[3] Folio 790 del cuaderno 3.
[4] Folios 1 a 4 del cuaderno 1.
[5] Folios 733 a 789 del cuaderno 2 (se transcribe con sus eventuales errores). "*PETICIONES PRINCIPALES // 1. Se declare la NULIDAD de: // a. La resolución No. 0964 de septiembre 3 de 2004, "POR LA CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EXCLUSIVA MERCADO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SUSCRITO ENTRE LA INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE Y LA FIRMA DANA WINE & SPIRITS IMPORTERS INC.", expedida por la Industria de Licores del Valle. // b. La nulidad de la resolución de gerencia No. 1185 de noviembre 16 de 2004, "POR LA CUAL SE DECIDE UN RECURSO DE REPOSICIÓN", proferida por La Industria de Licores del Valle. // 2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y la reparación de los daños, se condene a La Industria de Licores del Valle, a pagar en favor de la compañía Contratista una indemnización monetaria, en consideración tanto de los perjuicios como de los sobre costos (sic) que desequilibraron económicamente el contrato, conforme con lo que se demuestre en el proceso y según los siguientes conceptos: // a. Valor de la utilidad a que tendría derecho la compañía Contratista por la ejecución del contrato (…) // b. Perjuicios por estar comprometida la capacidad de contratación (…). // c. Perjuicios materiales ocasionados a la compañía Contratista (daño emergente y lucro cesante) (…). // d. Perjuicios morales (…). // 3. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que caducó el contrato, se declare el INCUMPLIMIENTO por parte de La Industria de Licores del Valle en el CONTRATO DE COMPRAVENTA EXCLUSIVA MERCADO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, suscrito con la compañía Dana Wine & Spirits Importers Inc. // 4. Por no haberse liquidado el contrato, también en razón y como consecuencia del incumplimiento de la Administración, se haga por esa Honorable Corporación la liquidación del contrato. // 5. Con fundamento en lo declarado y como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurrió la entidad, se condene a La Industria de Licores del Valle al pago de una indemnización monetaria, en consideración a los perjuicios y a los sobre costos (sic) que desequilibraron económicamente a la compañía Contratista, conforme con lo que se establezca en el proceso y según los siguientes conceptos: // a. Valor de la utilidad a que tendría derecho la compañía (…). // b. Perjuicios por estar comprometida la capacidad de contratación (…) // c. Los mayores costos invertidos en mercadeo (…) // 6. Que, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por parte de La Industria de Licores del Valle, ese Honorable Tribunal ordene hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada (…) // 7. Que todas las sumas de dinero que se le reconozcan a la compañía Contratista sean pagadas con ajuste de valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo (…)*"

10. El primer conjunto de pretensiones subsidiarias busca la declaratoria de nulidad de los mismos actos administrativos, la indemnización por daños y perjuicios causados con su expedición, la declaratoria de incumplimiento y se ordenara la liquidación del contrato[6].

11. El segundo grupo de peticiones subsidiarias pretendían que se declare la nulidad de los actos impugnados, se condene a la contratante a pagar las sumas debidas y la indemnización de perjuicios[7].

Hechos y fundamentos de derecho

12. La demandante relató que el 3 de marzo de 2003, suscribió el *"contrato de compraventa exclusiva mercado Estados Unidos de América"* con la ILV*,* cuyo objeto era la compraventa de sus productos para comercializarlos en, al menos, quince de los siguientes Estados o distritos: New York, New Jersey, Connecticut, Massachusetts, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Alabama, Florida, Texas, Mississippi, Illinois, California, Rhode Island, Georgia y Columbia.

13. El 31 de marzo del año siguiente, firmaron la adición No. 1 del acuerdo, en la que establecieron que el término de ejecución del contrato se contaba a partir del 8 de enero de 2004[8], y no desde el 16 de junio de 2003 como previeron inicialmente.

14. Refirió que, una vez inició la comercialización en ese país, advirtió dos situaciones: (i) la existencia de un producto en el mercado denominado *"Aguardiente del Valle"* de la empresa Romero Trading, cuya marca fue registrada en el Estado de Florida en junio de 2004; según la contratista, por falta de oposición de la ILV, circunstancia que afectó el mercado de los productos de la entidad; y, (ii) la presencia de un *stock* de licores del anterior contratista -Rocasa-.

15. El 4 de marzo de 2004 pidió a la demandada (i) revisar la cuota con el fin de reducirla de 25.000 a 18.000 cajas al año, y (ii) tener en cuenta las compradas al

---

[6] Folios 735 a 736 del cuaderno 2. "*PETICIONES SUBSIDIARIAS // 1. PRIMERA SUBSIDIARIA // En caso de no prosperar las peticiones principales, solicito la nulidad de la resolución No. 0964 de septiembre 3 de 2004, "POR LA CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EXCLUSIVA MERCADO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SUSCRITO ENTRE LA INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE Y LA FIRMA DANA WINE & SPIRITS IMPORTERS INC.", y de la resolución de gerencia No. 1185 de noviembre 16 de 2004, "POR LA CUAL SE DECIDE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"; proferidas por La Industria de Licores del Valle. // 2. Declarada dicha nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordene indemnizarse a la compañía contratista por todos los daños y perjuicios, materiales y morales, causados con la expedición de dichos actos administrativos, restableciéndola en sus derechos y reparándole los daños ocasionados. // 3. Como consecuencia de lo expuesto, se declare el incumplimiento de La Industria de Licores del Valle en el CONTRATO DE COMPRAVENTA EXCLUSIVA MERCADO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, suscrito entre el ente territorial y la compañía Dana Wine & Spirits Importers Inc. // 4. Por razón de ese incumplimiento y por no haber efectuado La Industria de Licores del Valle la liquidación del contrato, se ordene la liquidación del mismo, para lo cual se tendrá presente los reajustes, intereses e indemnizaciones correspondientes, de todo orden, por los perjuicios sufridos por la compañía demandante en su aspecto de daño emergente y lucro cesante."*

[7] Folio 736 del cuaderno 2. *"2. SEGUNDA SUBSIDIARIA // En forma alternativa y en caso de no prosperar lo anterior, se declare la nulidad de las Resoluciones No. 0964 de septiembre 3 de 2004. "POR LA CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EXCLUSIVA MERCADO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SUSCRITO ENTRE LA INDUSTRIA DE LICORES DEL CALLE Y LA FIRMA DANA WINE & SPIRITIS IMPORTERS INC.", y de la Resolución de gerencia No. 1185 de noviembre 16 de 2004, "POR LA CUAL SE DECIDE UN RECURSO DE REPOSICIÓN", proferidas por La Industria de Licores del Valle y se condene a la entidad contratante a reconocer y pagar las sumas debidas, así como la indemnización de perjuicios. // Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad contratante; La Industria de Licores del Valle."*

[8] En un principio, comenzaría el 16 de junio de 2003.

anterior comercializador para la asignación que se vencía en enero de 2005. Peticiones que reiteró en comunicación del 7 de julio de 2004. La destinataria no hizo ninguna manifestación, entonces, protocolizó los silencios administrativos positivos mediante las escrituras públicas 2516 y 2517 del 7 de octubre de 2004[9].

16. Afirmó que, para el momento de radicación de la demanda, había comprado, además, 7.700 envases, para un total de 19.400, es decir había superado la cuota en 1.400, al tiempo que existía un pedido adicional de 4.000.

17. En cuanto a los actos demandados, reseñó que en septiembre de 2004 le notificaron la resolución No. 0964 del mismo mes[10], por la que la ILV declaró la caducidad del contrato, de manera sorpresiva y sin el cumplimiento del debido proceso legal y pactado por las partes, motivos por los que interpuso recurso de reposición, resuelto en la resolución No. 1185 del 16 de noviembre de 2004, que ratificó la decisión inicial.

18. Aceptó que, a junio de 2004, no había renovado la garantía bancaria por falta de respuesta de la ILV a sus peticiones y porque las aseguradoras no avalaban contratos con esa empresa.

19. Puntualizó que, en múltiples oportunidades, incluido el oficio del 10 de octubre de 2004, convocó a la demandada para que aplicaran los mecanismos de solución de conflictos previstos en el contrato, sin lograr ningún acuerdo.

20. Expuso que no se liquidó el contrato de compraventa, pese a que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 prevé que este trámite debe surtirse en los 4 meses siguientes a la expedición del acto que ordene su terminación[11].

21. Finalmente, invocó como sustento de sus pretensiones las disposiciones de la Constitución Política (arts. 1, 2, 4, 6, 29, 83, 90, 93, 228), del Código Contencioso Administrativo (arts. 2, 3, 14, 15, 28, 34, 35, 36, 40, 46, 49, 86, 136, 206), de la Ley 80 de 1993 (arts. 13, 18, 25, 68, 69), del Decreto 679 de 1994, de la Ley 16 de 1972, de la Ley 74 de 1968, y demás concordantes.

Contestación de la demanda

22. La ILV se opuso a todas las pretensiones. Argumentó que no es responsable de la comercialización que haga un tercero de un producto que tenga similitudes con su marca. En esa línea, aclaró que "*Aguardiente Blanco del Valle*" no tiene relación con "*Aguardiente del Valle*" pese a que lo asocien, razón por la que ejerció acciones en Estados Unidos, en particular, "*oposición a la marca*".

---

[9] Folio 744 del cuaderno 2.
[10] El primer numeral de la parte resolutiva dispuso "*declarar la caducidad del contrato…*", el segundo "*declarar de acuerdo con lo establecido en el artículo octavo de la ley 80 de 1993 la firma DANA WINE & SPIRITS IMPORTERS INC dio lugar a la caducidad y por lo tanto queda inhabilitada para contratar con el estado por un término de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución*", el tercero "*como consecuencia de la declaratoria de caducidad a su vez se decide A) Terminar el contrato B) Ordenar la liquidación inmediata del contrato…H) Hacer efectiva la suma de DOSCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS PESOS MCTE $229.746.600 a título de cláusula penal exclusivamente sancionatoria…",* el cuarto *"…la entidad contratante procederá a contratar a un tercero para continuar con la comercialización de sus productos en Estados Unidos… (…)"*.
[11] Por decisión del 31 de octubre de 2005 (folios. 792 a 793 del cuaderno 3), el Tribunal Administrativo del Valle admitió la demanda.

23. La declaratoria de caducidad no se fundamentó en el incumplimiento de metas contractuales, sino en la falta de requisitos legales y esenciales de la convención estatal, como la garantía única de cumplimiento de las obligaciones durante su vigencia y liquidación, porque, lo contrario, atentaría contra el interés general y el patrimonio público.

24. Acató las garantías de publicidad y defensa, toda vez que –como lo manifestó en la demanda– Dana Wine presentó recurso contra la decisión. Alegó que la controversia suscitada escapa de los mecanismos de solución de conflictos pactados, porque estos buscaban dirimir las relacionadas con la existencia, validez o terminación del contrato, no con la carencia de requisitos esenciales, en ese sentido, no eran una exigencia previa para declarar la caducidad.

25. Frente a la liquidación, indicó que tuvo lugar mediante la Resolución 1103 del 3 de octubre de 2005 y la sociedad demandante interpuso recurso de reposición, que *"[…] se desata dentro del término legal con el que cuenta la administración para resolver*"[12].

26. Además, formuló como excepciones las que denominó "*incumplimiento de los requisitos legales para la celebración, ejecución y perfeccionamiento de contrato estatal*", "*incumplimiento de requisito esencial del contrato*", "*contrato no cumplido*", "*indebida invocación de la acción impetrada*", "*indebida liquidación*" y "*genérica*", bajo los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

27. Señaló que, de conformidad con la cláusula decimoséptima del acuerdo, la contratista debía constituir en su favor una póliza de compañía de seguros o garantía bancaria que amparara el cumplimiento de las obligaciones, la cual tenía que estar vigente durante el término de duración y liquidación del contrato. No obstante, la demandante se negó a ampliarla, pese a los requerimientos realizados el 8 de junio, 26 de julio y 17 de agosto de 2004.

28. Afirmó que correspondía diferenciar los requisitos formales del contrato de las exigencias encaminadas a proteger el patrimonio público y el interés general, entre las cuales ubicó la constitución de las garantías, cuyo cumplimiento corresponde asegurar a la administración.

29. El hecho de que Dana Wine no se allanara a cumplir con la renovación de la garantía, constituyó una "*falta gravísima*" de las obligaciones pactadas y una violación de la legislación colombiana, que conlleva a la parálisis del servicio, afecta el interés general, e impide continuar con la ejecución contractual.

30. Aseveró que la acción procesal escogida no era la adecuada, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho.

31. Finalmente, refirió que la liquidación del contrato se realizó de manera unilateral mediante la Resolución 1103 del 3 de octubre de 2005, al fracasar el intento de efectuarla de común acuerdo, y se interpuso recurso de reposición que, al momento de contestar la demanda, estaba pendiente de decisión. Por consiguiente, la liquidación solicitada sería improcedente ante ese acto

[12] Folio 832 del cuaderno 3. Contestación del hecho 28.

administrativo previo[13].

Sentencia de primera instancia

32. El Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Tercera de Decisión, profirió la sentencia del 9 de mayo de 2019[14], que negó las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

33. Explicó que el acuerdo objeto de debate se sometía a la ley colombiana –como lo pactaron las partes en la cláusula trigésima segunda del contrato–, en particular, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–.

34. Si bien se acordó pacto arbitral, la sentencia C-1436 de 2000 determinó que los árbitros no estaban habilitados para pronunciarse frente a los actos administrativos dictados en desarrollo de los poderes excepcionales, como el de caducidad. Sumado a ello, al momento de presentar la demanda, la jurisprudencia de esta Corporación aceptaba la renuncia tácita de la cláusula compromisoria.

35. Abordó la "*excepción previa de indebida escogencia de la acción*", para concluir que no prospera porque los actos demandados, al ser posteriores a la celebración del contrato, debían controvertirse en la acción de controversias contractuales.

36. Delimitó el problema jurídico y precisó que analizaría la legalidad de los actos administrativos demandados, específicamente, si vulneraron las normas en que debían fundarse y el debido proceso.

37. La caducidad sanciona un incumplimiento que afecte de manera grave la ejecución del contrato, que puede conducir a su paralización, y que solamente puede declararse dentro del plazo de su ejecución.

38. Pese a que la Ley 80 de 1993 no exige la realización de una audiencia para imponer alguna sanción o declarar el incumplimiento –como sí lo tienen previsto las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011–, no significa que no deba respetarse el debido proceso. Por ello, la entidad debe requerir a la contratista y recaudar las pruebas que permitan sustentar sus decisiones.

39. Frente al caso concreto, concluyó que a Dana Wine no se le vulneraron garantías, comoquiera que tuvo la oportunidad de intervenir en la actuación administrativa, en la que lo requirieron en tres ocasiones para que allegara la renovación de la garantía, empero, no exteriorizó ningún pronunciamiento y, en todo caso, pudo presentar el recurso pertinente.

40. En cuanto al deber de agotar el procedimiento de arreglo directo, el *a quo* estimó que Dana Wine buscó beneficiarse de su propia culpa porque no respondió a las solicitudes de la ILV, y el contrato definía que el inicio de la etapa de arreglo partía del acercamiento entre ellas.

[13] Folios 827 a 838 del cuaderno 3.
[14] Folios 1501 a 1514 del cuaderno principal.

41. Precisó que la garantía de cumplimiento es un requisito de ejecución del contrato estatal, en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Esta figura tiene como finalidad asegurar la realización de su objeto y proteger el patrimonio público.

42. Las partes acordaron que el contratista debía constituirla, con vigencia durante todo el plazo negocial y su liquidación; además, en caso de que fuera otorgada por el término de un año, debía renovarse hasta su finalización. Sin embargo, la contratista lo omitió.

43. Puntualizó que se cumplieron los requisitos para declarar la caducidad, ya que, sin la renovación de la garantía, el contrato era inejecutable y esa falencia constituía un incumplimiento grave que condujo a su paralización, porque la entidad no podía suministrarle a Dana Wine los productos sin la respectiva póliza.

44. Tampoco encontró justificado el argumento de la demandante, en virtud del cual las compañías aseguradoras no querían amparar el contrato, porque también se admitía la entrega de una garantía bancaria, que fue, incluso, el mecanismo originalmente empleado por el contratista.

45. Señaló que ninguna obligación de la ILV se relacionaba con la oposición del registro marcario de productos similares[15] y evaluó que la procedencia del restablecimiento depende de que el interesado demuestre la afectación grave y anormal de la utilidad esperada, lo que no sucedió.

46. De cualquier modo, no encontró relación entre los hechos invocados por el demandante y el incumplimiento de la constitución de la póliza, que era un presupuesto de la etapa de ejecución. Finalmente, no condenó en costas.

Recurso de apelación

47. El 25 de julio de 2019, la demandante apeló[16]. En su recurso planteó dos reparos generales que denominó "*[l]a falta de respuesta de la Industria de Licores del Valle a las peticiones conllevaron a no agotar el mecanismo de solución de conflictos y por ende negando(sic) la posibilidad de renovar la garantía bancaria por parte de Dana Wine*" y "*[l]a falta de un trámite anticipado claramente conllevó a una violación del debido proceso*", que sustentó así:

48. A junio de 2004, no había renovado la garantía bancaria por la falta de respuesta de la demandada, a la que había pedido *"lograr solucionar el conflicto"*.

49. Por lo anterior, mediante oficio del 10 de octubre de 2004, convocó a la ILV y propuso que se diera aplicación a la cláusula octava *"[…] y se nos exigiera la garantía correspondiente a los pagos de los pedidos o que se determinara la de cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta que a la fecha la cuota del contrato ya había sido alcanzada (…)"*[17].

[15] Folio 1513 del cuaderno principal.
[16] Folios 1519 a 1530 del cuaderno principal. Otra copia de este documento fue radicada el 29 de julio de 2019 (folios 1531 a 1542 del cuaderno principal). Una de las diferencias entre ambos documentos, es que el primero iba dirigido al Tribunal Administrativo del Quindío, y este al del Valle.
[17] Folio 1521 del cuaderno principal.

50. Sin embargo, la demandada declaró la caducidad sin cumplir el debido proceso, previsto en el capítulo IX del negocio, cuando debía ejecutar el contrato de buena fe conforme el artículo 1603 del Código Civil.

51. Manifestó que para que proceda tal declaratoria "*se requiere que se incumpla de una manera grave y directa la ejecución del contrato y además que evidencie que puede conducir a su paralización*", lo que no ocurrió porque atendió la cuota de la vigencia 2004-2005, de acuerdo con la protocolización de los silencios administrativos.

52. Refirió que debía acudirse al arbitraje. Objetó las consideraciones del Tribunal según las cuales estos mecanismos de solución de controversias contractuales no tienen lugar por falta de cumplimiento de lo exigido por la ILV, porque antes de que declarara la caducidad del contrato, se le había llamado para conciliar, con el fin de cumplir el contrato[18].

53. Añadió que la ILV tampoco hizo oposición al registro marcario de la empresa Romero Trading en el Estado de la Florida, que afectaba la comercialización de los productos de la licorera, lo que produjo un desequilibrio económico del contrato[19].

54. Puntualizó que la demandada no podía adoptar la medida de forma sorpresiva, sin darle la oportunidad para adecuar su conducta a los compromisos adquiridos, en línea con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[20].

Trámite en segunda instancia

55. Mediante auto del 5 de diciembre de 2019, el recurso fue admitido[21]. En auto del 17 de enero de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto[22].

56. El 11 de febrero siguiente, la demandante alegó de conclusión y reiteró que la ILV no se pronunció frente a sus requerimientos, orientados a llegar a un acuerdo, al tiempo que no siguió el procedimiento consignado en el contrato[23].

57. Además, explicó que, al momento de declarar la caducidad, ya se habían cumplido los objetivos trazados en el negocio y la no renovación de la garantía obedeció a dos circunstancias: la no respuesta de la demandada y que las aseguradoras no avalaban los contratos de la ILV.

58. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio[24].

---

[18] Folio 1527 del cuaderno principal.
[19] En el recurso se plasmó: *"[…] Si bien es cierto, que cuando se suscribió el contrato se sabía de la situación que se estaba presentando, también lo es que la Industria de Licores del Valle dejó vencer los términos en el año 2004 en la oposición que debía hacer a la marca que está registrando la empresa Romero Trading, con lo que de igual forma se direccionaba a que se presentaran conflictos para ejecutar el contrato y cumplir a cabalidad el objeto del mismo"* (folio 1528 del cuaderno principal).
[20] Folio 1547 del cuaderno principal. El Tribunal Administrativo del Valle, por decisión del 27 de agosto de 2019, concedió el recurso de apelación.
[21] Folio 1551 del cuaderno principal.
[22] Folio 1554 del cuaderno principal.
[23] Folios 1555 a 1563 del cuaderno principal.
[24] Folio 1564 del cuaderno principal.

CONSIDERACIONES

59. La Sala resolverá la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia de primera instancia porque no se configura causal de nulidad que invalide lo actuado. Además, se cumplen los presupuestos procesales de jurisdicción[25], competencia[26], conciliación prejudicial[27], caducidad[28] y legitimación en la causa por activa y por pasiva[29].

Alcance de la apelación

60. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Consideró que la ILV respetó el debido proceso de la contratista, porque le requirió en tres oportunidades la ampliación de la garantía, sin que este atendiera tales requerimientos. Además, estimó que la sociedad demandante contó con la posibilidad de controvertir la decisión mediante los recursos interpuestos contra la Resolución No. 964 del 3 de septiembre de 2004.

61. En cuanto al cargo relacionado con la omisión del procedimiento de arreglo directo y conciliación pactado en el contrato, el Tribunal estimó que la actora pretendía derivar un beneficio de su propia conducta, pues dichos mecanismos se activaban mediante el requerimiento o solicitud de cualquiera de las partes. En este caso, la ILV promovió su activación, sin obtener respuesta de Dana Wine[30].

62. En relación con los fundamentos de la declaratoria de caducidad, el Tribunal concluyó que se reunían los requisitos para su procedencia, pues, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la aprobación de la garantía constituye un requisito para la ejecución del contrato. En consecuencia, su falta de renovación la impedía y configuraba un incumplimiento grave que conducía a la paralización del negocio jurídico.

63. Además, determinó que ninguna de las obligaciones contractuales de la ILV estaba relacionada con la oposición a los registros marcarios, aunque esa actuación podía entenderse encaminada a garantizar el equilibrio financiero del contrato. Sin

---

[25] Según el artículo 82 del CCA la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de las "*controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado*", como en este asunto, en el que se persigue la nulidad de las resoluciones expedidas por la ILV, Empresa Industrial y Comercial del Estado.
[26] De acuerdo con el artículo 129 del CCA se trata de la apelación de una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Tercera de Decisión. El Despacho encuentra que el presente asunto tiene vocación de doble instancia, toda vez que reúne los requisitos del artículo 212 de la referida codificación, además la cuantía estimada es de $33.007.507.863,86 (folio 785 del cuaderno 2) la cual resulta superior a los 500 s.m.m.l.v., para la fecha de presentación de la demanda –*28 de septiembre de 2005*–, exigidos por el artículo 132, numeral 5 *ibidem*.
[27] Para la fecha de radicación de la demanda no estaba vigente aún el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 que incorporó el artículo 42A a la Ley 270 de 1996 que dispone: *"[a] partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.*"
[28] El numeral 10 del artículo 136 del CCA dispone que el término de caducidad para los asuntos relativos a contratos será de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En este asunto, las pretensiones se encaminan hacia la declaratoria de nulidad del acto que decretó la caducidad del contrato proferida el 3 de septiembre de 2004 y confirmada el 16 de noviembre siguiente. Aun contando la oportunidad para demandar desde esta última fecha, se tiene que libelo introductorio fue radicado en tiempo, porque los dos años corrían hasta el 17 de noviembre de 2006 y la demanda se formuló antes de esa fecha.
[29] La sociedad demandante está legitimada en la causa por activa, pues fue la contratista en el negocio objeto de la controversia. Además, fue la destinataria de los actos atacados. Por otro lado, la ILV está legitimada por pasiva, al ser la entidad contratante del negocio jurídico y por expedir los actos que decretaron la caducidad.
[30] Folio 1511 del cuaderno principal.

embargo, consideró que la contratista no acreditó la afectación de sus utilidades derivada de ese hecho externo.

64. La apelación se sustentó, en esencia, en cuatro reproches: (i) el Tribunal erró al concluir que la ILV respetó el debido proceso, pues, en criterio de la recurrente, la entidad declaró la caducidad sin agotar el procedimiento previsto en el contrato ni procurar una solución directa de las diferencias; (ii) no existió un incumplimiento grave que justificara la caducidad; (iii) la ILV omitió oponerse al registro de la marca de la empresa Romero Trading, lo que afectó el equilibrio económico del contrato; y (iv) la falta de renovación de la garantía obedeció a la ausencia de respuesta frente a las solicitudes formuladas por la contratista.

65. En desarrollo del primer reproche, la recurrente sostuvo que, pese a haber invocado el capítulo IX de solución de conflictos, con el propósito de que se aplicara la cláusula octava de garantía de pagos, en lugar de la de cumplimiento, la ILV declaró la caducidad del contrato sin agotar el mecanismo de arreglo directo.

66. Asimismo, cuestionó la conclusión del Tribunal según la cual se configuró un incumplimiento grave que justificaba la caducidad. Al respecto, acotó que esa decisión solo procede cuando la infracción es de tal entidad que frustra el objeto contractual, circunstancia que, en su criterio, no se presentó porque para ese momento había cumplido con la cuota del primer año, en virtud de los silencios administrativos positivos que protocolizó.

67. Igualmente, insistió en que la demandada no se opuso al registro de la marca "*Aguardiente del Valle*", situación que, adujo, generó un desequilibrio económico del contrato.

68. Finalmente, precisó que la ILV no podía adoptar una medida de esa magnitud de manera sorpresiva, sin brindarle la oportunidad de adecuar su conducta a los compromisos adquiridos. Enfatizó que con esa determinación se vulneró el debido proceso.

69. En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

Problemas jurídicos

70. ¿Se vulneró el debido proceso de la contratista al declarar la caducidad del contrato como lo alega el apelante o el trámite para su declaratoria garantizó su derecho de defensa y contradicción como lo determinó el juez de primera instancia?

71. ¿El cumplimiento de la cuota correspondiente al primer año y falta de oposición del registro de otra marca, desvirtúan la configuración del incumplimiento grave que sirvió de fundamento para declarar la caducidad del contrato?

72. ¿La nulidad de los actos administrativos da lugar al reconocimiento de las demás pretensiones de la demanda?

Tesis

73. Se revocará la decisión del Tribunal, toda vez que se demostró que se violó el debido proceso del contratista al expedir las resoluciones demandadas y, por ello, son nulas.

74. La ILV presentó solicitudes al contratista en las que exigía la renovación de la póliza de cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin embargo, esos requerimientos no anticiparon la posterior declaratoria de caducidad, no generaron un espacio para escuchar la posición de la contratista o para aportar pruebas y, en todo caso, los actos administrativos se expidieron sin haber contestado todas las peticiones que previamente había elevado su contratante, en las que le ponía en conocimiento situaciones que afectaban la comercialización del producto en los Estados Unidos.

75. Aunque el recurrente admitió que no había renovado la garantía exigida para junio de 2004, el vicio en la expedición de las resoluciones es suficiente para declarar su nulidad, lo que hace improcedente adentrarse en los demás motivos de invalidez esgrimidos, como la discusión sobre el cumplimiento de la cuota para la vigencia del primer año del contrato o la falta de oposición de otra marca en el mercado estadunidense que, además, no fueron el fundamento de la declaratoria de caducidad.

76. No prosperan las pretensiones consecuenciales. El demandante no probó ser contratista cumplido, ni los daños, perjuicios y sobrecostos que, según adujo, "*desequilibraron económicamente el contrato*". Tampoco precisó cuáles fueron las obligaciones que desatendió la demandada, pues en sus súplicas únicamente ancló el incumplimiento a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos. Por tanto, no se accede a las peticiones formuladas como consecuencia de este último, incluida la de liquidar el contrato, respecto de la cual tampoco hay elementos suficientes para realizar el cruce de cuentas.

77. Por las anteriores razones, tampoco prosperan los grupos de pretensiones subsidiarias.

78. La tesis se desarrollará en los siguientes capítulos: (i) régimen jurídico del *"contrato de compraventa exclusiva mercado Estados Unidos de América";* (ii) debido proceso del contratista; cumplimiento de la cuota establecida para el periodo 2004-2005 y la falta de oposición de otra marca; (iii) análisis de las demás pretensiones de la demanda; y (iv) condena en costas en segunda instancia.

Régimen jurídico del contrato

79. Aunque el contrato fue suscrito en la ciudad de Miami, Estado de Florida[31], las partes acordaron que estaría gobernado por la ley colombiana, según lo previsto en la cláusula trigésima quinta: *"[e]ste contrato se regirá en general por las normas sustanciales civiles y comerciales vigentes en la República de Colombia, salvo en los aspectos particularmente regulados por la Ley 80 de 1993, en cuanto resulte*

[31] Folio 49 del cuaderno 1.

aplicable"[32]*.*

80. Respecto a las partes del contrato, la ILV intervino en calidad de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden departamental, mientras que Dana Wine & Spirits Importers lo hizo como una compañía "legítimamente organizada en el Estado de Florida" [33].

81. El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 define las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica *"conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley (…)*". Sobre el régimen jurídico de estas entidades, la Sección Tercera ha destacado que su sometimiento al derecho privado responde a la naturaleza industrial y comercial de las actividades que desarrollan, sin perjuicio de las disposiciones de derecho público que resulten aplicables por expresa disposición legal:

> "**El régimen contractual de las EICE**
>
> Las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) son entidades creadas por la ley o por autorización de ella, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial o de gestión económica. Conforme a la regulación contenida en los artículos 5 del Decreto 1050 de 1968 y 1 del Decreto Ley 222 de 1983, el régimen jurídico de los contratos de esas empresas era el derecho privado, salvo para los contratos de empréstito y de obras públicas.
>
> La Ley 80 de 1993 dispuso que debían someterse a ese estatuto al enlistarlas en su artículo 2. Así, salvo algunas excepciones (art. 24 y parágrafo 1 del art. 32 Ley 80 de 1993), el régimen de contratación de las EICE era el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Ley 489 de 1998 reiteró la aplicación de este régimen contractual para las EICE (art. 93). Regulación que era propia de un estatuto que, de acuerdo con la historia fidedigna de su establecimiento (art. 27 CC), pretendió su aplicación universal[8]. Esta regulación era mucho más eficiente y clara que la actual dispersión de regímenes exceptuados que, como la Ley 80 de 1993, desembocan, finalmente, en la aplicación del derecho privado.
>
> El artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 modificó ese régimen, al disponer que las EICE estarían sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o en mercados regulados o en mercados monopolísticos, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. Esta norma fue reproducida casi en su integridad por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, salvo para aquellas empresas que desarrollan su actividad en mercados monopolísticos, a las que, nuevamente, se le hizo aplicable el Estatuto General de la Contratación.
>
> Más allá de la confusa redacción de estas normas, resulta que la excepción, esto es, la exclusión de la aplicación del Estatuto General de Contratación a las EICE, se convirtió en la regla general. Esas empresas desarrollan su actividad en competencia, pues su naturaleza es la de ser agentes del mercado: expresión genuina de una de las formas de intervención del Estado en la economía. De manera que, con la actual regulación, como las empresas industriales y comerciales del Estado actúan en competencia, el régimen jurídico de sus actos y contratos y de los procesos de selección de contratistas,

[32] Folio 47 del cuaderno 1.
[33] Folio 08 del cuaderno 1.

es el derecho privado, con excepción de aquellas que ejercen su objeto en actividades monopolísticas. (…)"[34]

82. Como el contrato fue celebrado en 2003, su régimen jurídico debe determinarse conforme a las normas vigentes para ese momento, esto es, antes de las modificaciones introducidas por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011. En ese marco, resultaban relevantes las disposiciones de las Leyes 80 de 1993 y 489 de 1998. En particular, el artículo 93 de esta última establecía que *"[l]os actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales*".

83. El alcance de esta fue interpretado en 2003 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el sentido que cuando la citada ley menciona "actividad" u "objeto" se refiere a un mismo concepto, de modo que se acepta que las empresas industriales y comerciales del Estado "*tienen el mismo régimen para sus actos y contratos*"[35].

84. En este contexto, el contenido del contrato evidencia que la ILV desarrollaba una actividad de naturaleza comercial (i) su objeto comprendía tanto la compraventa de los productos fabricados por ella (cláusula primera); (ii) como la comercialización de estos bienes única y exclusivamente en el territorio de los Estados Unidos (cláusula segunda); (iii) la contratista adquirió la obligación de comprarlos en determinadas cantidades (cláusula tercera); (iv) las partes determinaron el valor del contrato de acuerdo con el precio de cada presentación (cláusula sexta); (v) se realizarían programas y proyectos de promoción (cláusula novena), entre otros.

85. Es pacífico para la Sala que el contrato estaba sometido, como regla general, al derecho privado. La cuestión que corresponde dilucidar es distinta: si, pese a ese

---

[34] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de abril de 2022. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. 34.936. En el mismo sentido, respecto de la aplicación del derecho privado en este contexto, se concluyó en la sentencia de esta Subsección del 16 de julio de 2015, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 31.683: *"El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado se justifica, según lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala, en "la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores", de tal manera que "... sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; (sic) que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes..."*.

[35] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1488. 29 de mayo de 2003. C.P. Susana Montes De Echeverri. *"El segundo artículo parece hacer una distinción entre "actividad" y "objeto", para señalar que los actos que expidan las empresas industriales y comerciales para desarrollar su actividad industrial o comercial o de gestión económica, se sujetarán al derecho privado, mientras los contratos que celebre para el cumplimiento de su objeto se sujetarán al estatuto general de contratación de las entidades públicas. // Sin embargo, cuando se revisa la disposición del estatuto de contratación relacionada con la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta a las que es aplicable, se encuentra que ésta hace relación nuevamente a las actividades comerciales e industriales propias de tales entidades, por lo cual es preciso concluir, que cuando la ley 489 de 1.998 hace referencia a "la actividad" o "al objeto", se está refiriendo a un mismo concepto y, por consiguiente, debe aceptarse que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta (con participación de capital estatal mayoritario –más del 50% - art.2º L.80) tienen el mismo régimen para sus actos y contratos*.". Citada a su vez en la sentencia de esta Subsección del 16 de julio de 2015, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 31.683.

régimen, resultaba aplicable el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, por esa vía, la ILV estaba facultada para declarar la caducidad del acuerdo, aun cuando esa potestad no hubiera sido expresamente estipulada.

86. Para resolver este interrogante, corresponde examinar el contenido material del negocio, pues la aplicación del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 depende de que su objeto comprenda una actividad de aquellas que para la época constituían monopolio rentístico. En particular, debe establecerse el alcance que dentro de la estructura contractual tenía la venta de los productos fabricados por la ILV.

87. El artículo 1849 del Código Civil define la compraventa como el "*contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero*". En este caso, el negocio incorporó obligaciones de venta de los productos de la ILV, junto con otras prestaciones de ejecución sucesiva relacionadas con su distribución, promoción y comercialización en el mercado estadounidense.

88. En la cláusula primera establecieron que *"[e]l objeto del presente contrato es la compraventa de los productos fabricados por LA INDUSTRIA, en las cantidades y montos que se especificarán en el presente contrato, con destinación exclusiva a su comercialización en el territorio de los [Estados Unidos de América], con un cubrimiento o cobertura en por lo menos quince (15) de los siguientes Estados o distritos (…)"*.

89. La estipulación tercera señala que el contratista "*adquiere a través del presente contrato, la obligación de comprar para los fines anteriormente enunciados los productos de LA INDUSTRIA en mínimo la cantidad de veinticinco mil (25.000) cajas de nueve (9) litros cada una durante el primer año de ejecución del contrato*" y su parágrafo segundo precisa que Dana Wine "*se obliga a un incremento del 10% en la cantidad de cajas en sus pedidos en los primeros cinco (5) años de ejecución del contrato (…)"*.

90. En cláusulas posteriores regularon lo respectivo a la forma de pago (séptima), entrega (décima primera) y las obligaciones de las partes (décima segunda). Sobre este último punto, establecieron que el contratista asumiría, entre otras, las de "*[c]omercializar los productos de la INDUSTRIA (…) mediante convenios de distribución*" (12.1), "*pagar oportunamente y en las condiciones pactadas, el precio de la venta que se conviene a través del presente contrato*" (12.2), *"[s]olicitar los pedidos necesarios para el cumplimiento de la oferta presentada por el [contratista] y que dio origen al presente contrato, en lo que se relaciona con las cantidades y periodos correspondientes de pedido, durante todo el término de vigencia del presente contrato*" (12.3), *"[r]ealizar mediante convenios la distribución, promoción, comercialización y venta de los productos materia del presente contrato directamente o a través de subcontratistas que actuarán bajo su directa responsabilidad"* (12.6), mientras que la ILV se obligaba a suministrar los productos "*con las características descritas en las respectivas licencias y etiquetas*" (13.1) y de manera "*oportuna y adecuadamente presentados*" (13.2).

91. Sobre el plazo, en la cláusula vigésima convinieron que *"[e]l término de duración del presente contrato, será de [cinco (5) años] contados a partir de la fecha de iniciación de ejecución y estará sujeto a verificación de cumplimiento de metas y*

compromisos contractuales cada año, prorrogables automáticamente por cumplimiento en un periodo del doble del inicialmente pactado".

92. De las estipulaciones transcritas se advierte que el contrato incorporaba, a partir de la compraventa de los productos de la ILV, obligaciones relacionadas con su distribución, promoción y comercialización en el mercado estadounidense. De modo que Dana Wine debía adquirir los productos de la ILV y pagar su precio para posteriormente comercializarlos en el territorio convenido. En relación con esta forma de distribución, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> "6.1. Respecto de la temática inicialmente mencionada, debe enfatizarse que el papel del agente como "distribuidor", comporta para él la realización de una actividad accesoria a la principal del contrato de agencia, esto es, a la de promocionar los productos o la marca del empresario, encaminada simplemente a facilitar el acceso de las mercaderías al adquirente de ellas que, por lo tanto, en ningún caso, desvirtúa, se sobrepone o substituye los elementos esenciales de esta segunda clase de acuerdos.
>
> Así las cosas, tal laborío complementario de quien es agente, no ostenta la misma naturaleza de la gestión que efectúa el que, en desarrollo de un contrato de distribución, propiamente dicho, promociona y vende los productos que previamente adquiere a un empresario, obteniendo como ganancia la diferencia de los precios de compra a este último y de enajenación a sus clientes, pues es claro que en dicho supuesto, una y otra actividad, la previa de mercadeo y la posterior de reventa, el intermediario las verifica en el marco de un negocio exclusivamente suyo, por su cuenta y riesgo y para beneficio personal."[36]

93. Y, en providencia del 13 de mayo de 2014, había profundizado sobre este tipo de convenios:

> "En cuanto a la actividad de distribución que, como se asentó, no cuenta con respaldo normativo y, por ende, corresponde aplicar la analogía legis, a partir de la descripción que del mismo han realizado la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, se debe entender como: "*la gestión de un empresario que con ánimo de continuidad comercializa bienes y servicios de un productor*". El distribuidor es la persona que actuando en nombre propio y por su cuenta, adquiere los productos o la mercancía del fabricante o de otro distribuidor para entregarlos al consumidor, quien acudiendo a sucesivas ventas, pone al servicio de tal actividad la infraestructura con la que cuenta o que, a raíz del negocio concertado, decide implementar. Bajo esa consideración, el fabricante, con la menor inversión, se vale de la que su distribuidor ha dispuesto para la consecución del fin perseguido, que no es otro que llevar sus productos al destinatario natural (el consumidor), logrando maximizar los resultados de su ejercicio empresarial, con la consecuente reducción de costos."[37]

94. Decantada la cuestión precedente, corresponde determinar si, pese a tratarse de un contrato sometido al derecho privado y a que las partes no estipularon

[36] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC049 del 24 de marzo de 2023. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
[37] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC5851 del 13 de mayo de 2014. M.P. Margarita Cabello Blanco. En sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 26 de agosto de 2026, exp. 72.386, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, al abordar el concepto de concesión mercantil, caracterizado como un contrato de distribución, precisó que *"[e]sa colaboración se materializa mediante la incorporación del concesionario al sistema de distribución del concedente, quien le suministra los bienes destinados a la reventa, le autoriza el uso de la marca y demás signos distintivos, le asigna una zona de distribución y establece directrices orientadas a asegurar una comercialización uniforme y eficiente".*

expresamente la caducidad[38], aunque sí pactaron las facultades de terminación, modificación e interpretación unilaterales, dicha potestad se entendía incorporada por expresa disposición legal. Al respecto, el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 disponía:

> "2o**.** Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.
>
> Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
>
> En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente."

95. Para determinar si el contrato se encontraba comprendido en el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, corresponde establecer si su objeto involucraba el ejercicio de una actividad constitutiva de monopolio rentístico, de acuerdo con el régimen jurídico vigente al momento de su celebración, en 2003.

96. El artículo 336 de la Constitución Política establece que ningún monopolio puede establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley[39]. Al desarrollar esta disposición, la Corte Constitucional ha señalado que: (i) solamente son admisibles como arbitrio rentístico[40]; (ii) el Estado es el único titular, excluyendo "*la posibilidad que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio*"; (iii) las rentas producidas como consecuencia del ejercicio de esa actividad son fiscales, destinadas "*exclusivamente a finalidades de interés público o social*"; y (iv) corresponde al legislador determinar las actividades que constituyen monopolio rentístico y establecer su régimen propio.

97. En esa línea, el Consejo de Estado también expuso que los monopolios se erigen como un atributo del Estado, que existen "*si una ley así lo establece y, en*

---

[38] Si bien en la cláusula vigésima primera establecieron que una de las causales de terminación anticipada del contrato se configuraba *"[c]uando la INDUSTRIA haya declarado la caducidad del contrato de conformidad con lo establecido en el presente contrato*", no estipularon la caducidad como cláusula exorbitante en el capítulo VIII o en algún otro.

[39] *"ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. (…)"*

[40] Corte Constitucional. Sentencia C-316 del 24 de abril de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. "*El hecho que los monopolios se constituyan como arbitrio rentístico significa que su objeto es obtener ingresos sólo para el Estado. Dineros que, por contera, tienen la característica de ser públicos".* En línea con la sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001 de la Corte Constitucional: *"El monopolio rentístico, tal como lo sostuvo esta Corporación, 'es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación'"*. Y la sentencia 1191 del 15 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes: "*Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurase cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones*.".

todo caso, con el fin único de satisfacer necesidades de interés público o social"[41], dentro de los que se encuentra el de licores, cuya titularidad es de los departamentos[42]. En particular, la Sección Tercera de la Corporación precisó:

> "De esta forma, en cuanto al monopolio rentístico de licores destilados, se encuentra que las actividades relacionadas con su producción, introducción y distribución, participan de dicha naturaleza, de acuerdo con la Ley 14 de 1983 y el Decreto-ley 1222 de 1986, artículos 61 y 121, respectivamente. En este punto, cabe tener claro que a pesar de que estas normas son previas a la vigencia de la Carta Superior, cumplen con la exigencia Constitucional, según la cual los monopolios serán tales cuando así los califique y regule una ley. (…)"[43]

98. Para la fecha de celebración del contrato, en 2003, el artículo 61 de la Ley 14 de 1983[44], entonces vigente, establecía que *"[l[a producción, introducción y* ***venta de licores*** *destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. (…)"* (se destaca). En esa línea, el canon 63 de la misma regulación contemplaba que en desarrollo del referido monopolio, los departamentos podían "*celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos. (…)*".

99. Como se explicó, el contrato comprendía la venta de los productos fabricados por la ILV a Dana Wine, que debía adquirirlos en las cantidades y condiciones pactadas y pagar el precio correspondiente, para posteriormente comercializarlos en el mercado estadounidense.

100. La enajenación de los productos de la ILV a Dana Wine correspondía, conforme al régimen vigente para la fecha de celebración del contrato, a una de las actividades comprendidas en el monopolio rentístico de licores. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha precisado que *"la venta del producto objeto del monopolio, es una de las fases o etapas de la explotación del mismo"*[45], y ha distinguido esta operación de las ventas posteriores realizadas por segundos y terceros intermediarios hasta llegar al consumidor final, las cuales no hacen parte del monopolio. Por tanto, que Dana Wine estuviera obligada a comercializar posteriormente los productos en el mercado estadounidense no desvirtúa la naturaleza de la venta celebrada con la ILV ni su inclusión en la actividad

---

[41] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 17.558, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[42] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 28 de junio de 2010. C.P. Martha Teresa Briceño De Valencia. Exp. 14.858.
[43] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 17.558, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[44] Con el artículo 42 de la Ley 1816 de 2016 se derogó expresamente, entre otros, el canon 61 de la Ley 14 de 1983, así como el 121 del Decreto 1222 de 1986.
[45] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1458. 7 de noviembre de 2002. C.P. Susana Montes De Echeverri. "*El monopolio de producción, introducción y venta de licores no ha variado en su concepción esencial desde su establecimiento en el año de 1.905; 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; del mismo modo, el monopolio se extiende a la introducción y venta en la jurisdicción de un departamento, bien de los licores destilados de producción nacional elaborados en otro departamento o bien de los licores importados. // Por consiguiente, 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, aunque las ventas que ellos realicen están gravadas con el impuesto a las ventas*." Reiterado en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 12 de marzo de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 32.611.

monopolística.

101. La venta de los productos de la ILV a Dana Wine[46] correspondía, conforme al régimen vigente para la fecha de celebración del contrato, a una de las actividades comprendidas en el monopolio rentístico de licores, con independencia de que las enajenaciones posteriores por parte del distribuidor se efectuaran en una zona geográfica foránea, máxime si se tiene en cuenta que la entrega de los productos adquiridos por Dana Wine se haría, en principio, en el Puerto de Buenaventura, ubicado en el departamento del Valle del Cauca[47].

102. Además, de las pruebas allegadas no se infiere que la fabricación de los productos que la contratista iba a adquirir tuviera lugar fuera de esa jurisdicción, por ejemplo, en las comunicaciones contemporáneas de 2004 que la ILV remitió a la demandante se observa en la parte inferior izquierda que menciona la "*Destilería San Martín Kilómetro 2 Vía Rozo de Palmaseca, Palmira*"[48].

103. En consecuencia, dentro de este régimen mixto, como el contrato comprendía dentro de su objeto una actividad constitutiva del monopolio rentístico de licores —la venta de los productos fabricados por la ILV a Dana Wine[49] para su posterior comercialización–, se configuraba el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, aunque las partes no estipularon expresamente la caducidad[50], esta se entendía incorporada en el acuerdo por ministerio de la ley, y la contratante estaba facultada para ejercer la potestad prevista en el artículo 18 del mismo estatuto.

104. Esta conclusión encuentra respaldo en un pronunciamiento anterior de esta Subsección en el que, al examinar la aplicación del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 a un contrato relacionado con el monopolio rentístico de licores, se concluyó:

> "Así pues, dado que la explotación de los licores constituye un monopolio rentístico reservado a los Departamentos (sic), que a su vez se erige como fuente de financiación de servicios públicos inherentes a la función social del Estado y puesto que, según el numeral 2º, artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los contratos celebrados con el objeto de ejercer esas actividades imperativamente y por ministerio de la ley se entenderán incluidas las diversas cláusulas excepcionales, entre ellas la de caducidad administrativa contractual, resulta obligado concluir que en el contrato No. 013 de 1996, a pesar de no haberse pactado dicha exorbitancia expresamente, se deba entender incluida, toda vez que es propia de ese tipo de convenios.

---

[46] El Diccionario de la Lengua Española define este término como la *"[a]cción y efecto de vender*" y "[c]*ontrato en virtud del cual se transfiere a dominio ajeno una cosa propia por el precio pactado*".

[47] Cláusula décima primera sobre la entrega de los productos "*LA INDUSTRIA hará entrega al CONTRATISTA de los productos adquiridos por este a través del presente contrato, en el PUERTO DE BUENAVENTURA – VALLE DEL CAUCA - COLOMBIA, O en cualquiera otra que la sustituya o reemplace en el futuro y que a estos efectos sea comunicada por la INDUSTRIA al CONTRATISTA. // La INDUSTRIA pondrá a disposición del comprador los productos dentro de los dos (2) meses calendario contados a partir de la fecha de recibo de cada pedido, y por lo menos con un término de cinco (5) días de anticipación le comunicará la fecha y hora exacta de entrega. // El comprador deberá disponer lo necesario para retirar los productos del puerto de embarque en el que le serán entregados, momento a partir del cual LA INDUSTRIA no será responsable por el deterioro o pérdida que puedan sufrir los productos, correspondiéndole al comprador asumir los gastos de bodegaje respectivos*."

[48] Folios 823 a 826 del cuaderno 3.

[49] El objeto del contrato era la "*compraventa de los productos fabricados por LA INDUSTRIA*", que correspondían a cajas de botellas de aguardiente y de ron (cláusulas primera y sexta).

[50] Las cláusulas, vigésima sexta a vigésima octava contemplaron, respectivamente, la terminación, modificación e interpretación unilaterales, aunque no la caducidad de forma expresa.

> Concluye entonces la Sala que en el *sub examine* sí existía competencia funcional para declarar la caducidad del contrato No. 013 de 1996, comoquiera que ésta hacía parte de la relación convencional, pese a no haberse estipulado allí de forma expresa"[51]

105. Así, las Resoluciones 964 del 3 de septiembre de 2004[52] y 1185 del 16 de noviembre siguiente, mediante las cuales la ILV ejerció la potestad de declarar la caducidad, constituyen actos[53] susceptibles de control por esta jurisdicción. La existencia de dicha facultad no determina, sin embargo, la legalidad de su ejercicio, cuestión que deberá examinarse a partir de los cargos formulados contra los actos demandados.

Debido proceso del contratista, cumplimiento de la cuota y falta de oposición de otra marca

106. La sociedad recurrente afirmó que fue notoria la violación del debido proceso en la declaratoria de caducidad del contrato, en particular, porque la demandada omitió acudir a los remedios contractuales pactados, que incluían unas fases de arreglo directo, conciliación y, por último, arbitramento.

107. En efecto, en la cláusula vigésima novena pactaron que *"[t]odas las disputas que surgieren entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del presente contrato, así como cualquier discrepancia relacionada con la existencia, validez o terminación del contrato, serán resueltas amistosamente por las partes (…)"*[54].

108. En la estipulación trigésima establecieron que *"[l]as partes estarán obligadas a recurrir a la conciliación para lograr un acuerdo amigable respecto a las diferencias que surjan durante la ejecución, liquidación o interpretación del contrato, cuando hubiere conflictos que no hubieran podido ser solucionados de acuerdo con lo previsto en la cláusula anterior"*[55].

109. Más adelante, en la cláusula trigésima primera incluyeron que *"[c]ualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o*

---

[51] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 17.558, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A del 30 de abril de 2014, exp. 33.337 C.P. Mauricio Fajardo Gómez. "*Al respecto advierte la Sala que el numeral 2° del artículo 14 de La ley 80 de 1993 impuso mandatoriamente el deber de pactar y naturalmente ejercer las cláusulas o estipulaciones excepcionales, en los contratos estatales "que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado", casos en los cuales se entienden incluidas tales cláusulas excepcionales en el respectivo negocio jurídico así no hubiesen sido consignadas expresamente en los mismos*.".

[52] Folios 52 a 56 del cuaderno 1. La suscribieron la gerente de la ILV y la secretaria general y jurídica.

[53] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de abril de 2022. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. 34.936. *"(…) la Ley 80 de 1993 prescribe que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y art. 2 CC), salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. De modo que el contrato estatal se rige por las disposiciones comerciales y civiles, salvo lo previsto por las normas de orden público previstas en la Ley 80 y sus modificaciones (arts. 5.1 Ley 57 de 1887 y 3° de la Ley 153 de 1887) // El artículo 14.2 de la citada Ley, al establecer los medios que pueden utilizar las entidades para verificar el cumplimiento del objeto contractual –es decir, que el contrato no se frustre o a terminarlo si es el caso–, previó que las entidades podrían pactar las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. Estas facultades excepcionales –que no exorbitantes ni «inusuales» al derecho común– revelan la íntima relación entre el contrato y los fines del Estado, que impone facultades de control y vigilancia (art. 3 Ley 80). Su particularidad no radica ahora en la «unilateralidad», sino que, al ser expresión de autotutela, se adoptan mediante actos administrativos."*

[54] Folio 39 del cuaderno 1.

[55] Folio 42 del cuaderno 1.

liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento (…)"[56].

110. La demandada no activó ninguno de los mecanismos previstos en las cláusulas anteriores antes de declarar la caducidad del contrato.

111. Sobre el punto, el Consejo de Estado ha establecido que la entidad pública no está obligada a acudir a estos de manera previa a ejercer su facultad unilateral de declarar caducado el contrato, porque no existe alguna previsión en ese sentido dentro del marco jurídico que regula dicha potestad[57].

112. De ahí que para la Sala no era requisito que la ILV agotara, en primera medida, todas las fases enunciadas, si consideraba que había razones para declarar la caducidad, siempre y cuando respetara un estándar mínimo de protección para el destinatario de la medida, con el fin de no viciar el trámite de su expedición.

113. En ese sentido, antes de tomar una decisión de tal entidad con las drásticas consecuencias que conlleva, es imperioso que se respeten y acaten las garantías del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional, que aplican a "*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*".

114. Al respecto, esta Subsección destacó que incluso antes de que se profiriera la Ley 1150 de 2007 que "*consagró el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria*", se debía garantizar "*que el afectado pudiera intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo con el objeto de que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual debía conocer el inicio de la actuación, las razones en las cuales se fundara, tener oportunidad de aportar y discutir las pruebas que en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes*"[58].

115. Descendiendo al caso concreto, luego de la suscripción del contrato el 3 de marzo de 2003 y previo a la declaratoria de caducidad en septiembre de 2004, las partes intercambiaron varias comunicaciones que evidencian su conducta durante la ejecución del negocio jurídico.

---

[56] Folios 43 y 44 del cuaderno 1.

[57] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2003, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Rad.: 73001-23-31-000-1995-04431-01 (14.431). "*El numeral 5 artículo 25 del Estatuto de la Contratación Pública de 1993 señala que en desarrollo del principio de economía "(…) se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten (…)". La Sala observa que esos procedimientos involucran, indudablemente, entre otros, el ejercicio de las facultades administrativas unilaterales por parte de la Administración y que el ejercicio de las facultades exorbitantes no está condicionado, desde otro punto de vista, al agotamiento previo de otros procedimientos de solución directa de conflictos, tales como la conciliación judicial, la transacción, conciliación o arbitramento institucional o técnico o arreglo directo y amigable composición, como pretende hacerlo parecer el recurrente. // Esos mecanismos de solución de conflictos, fueron previstos por el legislador, en forma alternativa a los mecanismos ordinarios de composición de litigios, en los que la definición de la controversia está a cargo del juez. Unos son judiciales y otros no, pero en todos los casos, son resultado del acuerdo entre las partes, de su manifestación de voluntad, libre de cualquier vicio, de solucionar las diferencias jurídicas existentes a través de mecanismo distinto al judicial ordinario. (…) // Lo anterior no significa que frente a las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del contrato, la entidad pública contratante, esté obligada a acudir a este mecanismo antes de ejercer su facultad unilateral de declarar caducado el contrato, toda vez que como se indicó anteriormente, el marco jurídico que regula el ejercicio de esta potestad, no lo exige. // En el caso del arbitramento, las partes acuerdan, que la solución de conflictos que se originen entre* [ellas] *en determinado campo, sean conocido por la justicia arbitral, lo cual desde ningún punto de vista puede entenderse como la derogatoria de las facultades de la administración*".

[58] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de octubre de 2021, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Rad.: 76001233100020070009205 (53.479).

116. En comunicación del 3 de marzo de 2004[59] –con sello de recibido de la ILV el 4 de marzo siguiente –, allegada con la demanda, Dana Wine le puso de presente a la ILV situaciones ocurridas con su producto "*Aguardiente Blanco del Valle*".

117. Relató que (i) decidió – con la administración anterior – comprar la mercancía del antiguo distribuidor para evitar un daño a la marca si se remataban; (ii) las órdenes de julio y agosto de 2003 no pudieron ser despachadas para la alta temporada de fin de año, y hasta el 8 de enero de 2004 se hizo la primera entrega, lo que significó un atraso de más de seis meses en las ventas y en el cumplimiento de las cuotas del contrato; y (iii) advirtió que, por la falta de rotación de presentaciones del producto en el comercio, A. Romero Trading Inc.[60] inundó el mercado con un "*Aguardiente del Valle*" a precios muy bajos, lo hacía pasar como el "*original*" y, además, pretendía registrar esa marca, razón por la que recomendó designar una firma de abogados en Estados Unidos para oponerse.

118. Con fundamento en lo anterior, solicitó a la ILV (i) extender el periodo de iniciación del acuerdo para el 8 de enero de 2004; (ii) contabilizar en la cuota del contrato la mercancía comprada al anterior distribuidor; y (iii) reducir la del primer año de 25.000 a 18.000 cajas, teniendo en cuenta que las 7.000 de diferencia correspondían a las vendidas por A. Romero Trading Inc.

119. En atención al requerimiento que hizo el Tribunal en primera instancia, la demandada allegó el otrosí No. 1 del contrato de compraventa, suscrito el 31 de marzo de 2004, que tuvo en cuenta lo manifestado por el contratante y en el que modificaron los siguientes aspectos (i) el inicio del contrato se entendería desde el 8 de enero de 2004; (ii) las cláusulas contrarias a esa modificación quedarían derogadas; y (iii) las ventas realizadas con anterioridad "*se computan a las correspondientes al primer año de ejecución del contrato*"[61]. Nada dijo sobre la reducción de la cuota en 7.000 cajas.

120. A partir de la comunicación del 8 de junio de 2004 la contratante empezó a requerir a Dana Wine con el fin de que realizara "*los trámites para renovar la carta de Crédito L035045 a [f]avor de la Industria que vence el 16 [j]unio (sic) del 2004*"[62], aunque no mencionó que declararía la caducidad del contrato si no lo hacía.

121. Seguido a ello, la contratista, en comunicación del 6 de julio de 2004 –con sello de recibido de la ILV del día siguiente y aportada con la demanda–[63] adujo, en esencia, las mismas situaciones que en la primera misiva de inicios de marzo, en la que se exponían hechos intrínsecamente relacionados con la ejecución del contrato y ciertos eventos que, en su concepto, lo afectaban.

122. No obstante, en el siguiente escrito del 26 de julio de 2004 –que también aportó con su contestación– la ILV reiteró a la demandante la renovación de la carta de crédito y pidió información sobre "*los trámites de la licencia para que las exportaciones se manejen a nombre de Dana Wine*"[64].

123. Así las cosas, las dos misivas alusivas de la ILV, no refirieron nada

[59] Folios 101 y 102 del cuaderno 1.
[60] Antiguo distribuidor de la ILV.
[61] Folio 1439 del cuaderno 7.
[62] Folio 823 del cuaderno 3.
[63] Folios
[64] Folio 826 del cuaderno 3.

relacionado con una eventual declaratoria de caducidad del contrato. En ninguna de esas comunicaciones la entidad advirtió que el incumplimiento pudiera dar lugar a dicha sanción.

124. Posteriormente, y sin mediar solución a todas las peticiones planteadas por la contratista, como la de reducir la cuota del primer año –que no fue cobijada por el otrosí n° 1[65]–, la ILV en escrito del 17 de agosto de 2004, bajo el asunto "*Interventoría y control del contrato / Industria de Licores del Valle y Dana Wine*", requiere a Dana Wine para que proceda con la renovación de las pólizas de cumplimiento, conforme los avisos previos[66].

125. En esta última comunicación, aludió a la exigencia de las pólizas que garantizaban el cumplimiento de las obligaciones e indicó que busca evitar la terminación unilateral del contrato, sin embargo, (i) no anuncia que el efecto será la declaración de caducidad, de hecho, lo que anticipa es un efecto diferente por el incumplimiento de la contratista –respecto del cual tampoco califica su gravedad–; y (ii) no otorga un espacio para que su cocontratante presente descargos o ejerza su derecho de contradicción frente a las graves consecuencias que generaría el ejercicio de dicha potestad, o contra las razones por las que su desatención era de tal entidad que justificara la imposición de esa sanción tan severa.

126. Y es que, si bien no era una obligación que la ILV acudiera a los mecanismos alternativos de solución de conflictos para declarar la caducidad como se acotó, para la época en que ocurrieron los hechos, la administración sí debía respetar las garantías esenciales del debido proceso como derecho fundamental.

127. En ese sentido, de acuerdo con los lineamientos esbozados por esta Subsección sobre el asunto en casos anteriores[67], era necesario que, por lo menos

---

[65] Fueron dos las consideraciones del otrosí n° 1 (i) que el 3 de marzo de 2004 el distribuidor envió comunicación a la Gerencia General solicitando una extensión al periodo de iniciación del contrato de junio 16 de 2003 para que sea la del 8 de enero de 2004 y (ii) que en sesión del 18 de marzo de 2004 la Junta Directiva estudió la viabilidad de la modificación y le impartió aprobación. Folio 1439 del cuaderno 7. En las consideraciones de la Resolución 1185 del 16 de noviembre de 2004 la ILV manifiesta que mediante oficio No. 1000-134 del 31 de marzo de 2004 se pronunció frente a la pretensión de la contratista y le anexó el acta referida de la Junta Directiva, no obstante, ninguna de las partes aportó esos documentos.

[66] Folios 824 y 825 del cuaderno 3. Contenido de la comunicación: *"(…) De conformidad con la Ley de Contratación Estatal Parágrafo segundo del Numeral 4 del Art. 4, y en especial de la normatividad que nos rige como contratantes, en el instrumento referenciado, por medio del presente libelo le estamos requiriendo a fin que se dé cumplimiento a la obligación como contratista de la Entidad INDUSTRIA DE LICORES DEL Valle, entratandose de la renovación de las pólizas que avalan el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, como requisito de la constitución, y así proceder a expedir el acto administrativo para su aprobación, y que se ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme lo dispone el Decreto 679 de 1.994. (La subraya es nuestra) // Reiteramos una vez más esta comunicación, en razón de que no hemos obtenido respuesta a requerimientos pasados, y es perentorio el cumplimiento de su obligación, y estamos ajustándonos al principio de prevalencia de la buena fe de su firma como contratante. // Empero lo anterior no es óbice, para que como Entidad contratante utilicemos este medio, para el logro de los fines de la contratación o cumplimiento del objeto contractual, y evitar ejercitar anticipadamente y en forma unilateral, la terminación del contrato, cuando se presentan hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista, cuando está directamente afectando la ejecución del contrato, y dar cumplimiento al Numeral 2 del Artículo 5 de la Ley 80 de 1.993. // Esperando que el presente pedimento tenga eco ante su instancia, antes del 20 de agosto de 2004, porque somos sabedores de su estricto cumplimiento frente a sus obligaciones como contratistas, y que en forma inmediata se cumpla con su obligación de allegar la póliza de renovación, y la póliza de Responsabilidad Extracontractual, a fin que el contrato cuente con las garantías contractuales exigidas y tener en cuenta el Numeral 4 del Art. 25 de la Ley 80/93"*

[67] "*Finalmente, se advierte que antes de la expedición de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, el criterio jurisprudencial preponderante indicaba que para la efectividad de esta garantía del debido proceso, cuando la Administración pretendiera adoptar una decisión que afectara los derechos e intereses del contratista —como en el caso de cualquier otro sujeto—, sus actuaciones debían asegurar que el afectado tuviera la oportunidad de intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo, para lo cual debía conocer el inicio del trámite, las razones en las cuales se fundaba, tener oportunidad de aportar y discutir las pruebas que*

–y sin pretender equipararlo con un proceso judicial o sancionatorio reglado– mediara entre los hechos que motivaron la decisión de la administración y la resolución que declaró la caducidad (i) un requerimiento previo en el que se pusiera en conocimiento de la contratista los incumplimientos imputados, que darían lugar a aplicar la mencionada facultad excepcional, y (ii) se le brindara al destinatario la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción, presentando sus descargos, aportando y controvirtiendo pruebas.

128. Sobre el primero, es claro que, como lo dispuso también esta Subsección en oportunidad anterior "*debe garantizarle al contratista su derecho a ser oído sobre los presupuestos de hecho y de derecho en que se fundan los presuntos incumplimientos que darían lugar a la imposición de la sanción*"[68]. De lo que se deriva, para el caso concreto, que Dana Wine tenía el derecho a conocer que la sanción que se le impondría ante su incumplimiento por no constituir o renovar la garantía de cumplimiento, sería la caducidad del contrato; tendría que haber conocido esa imputación de manera previa.

129. Nada de eso ocurrió. Dentro de las consideraciones de la Resolución No. 1185 del 16 de noviembre de 2004, en la que se resolvió el recurso de reposición contra el acto administrativo de septiembre de ese año, la ILV adujo que la decisión no fue intempestiva porque realizó continuos "*requerimientos verbales*" a la contratista con el fin de que cumpliera sus obligaciones y le envió oficios para que se allanara a amparar el contrato. Añadió que "*fue advertido de las consecuencias omisivas de su proceder*"[69], razones por las que estimó que no afectó su debido proceso.

130. No obstante, los requerimientos sobre la garantía de cumplimiento no reemplazaban el procedimiento que debía garantizarse a la contratista para que conociera de la eventual declaratoria de caducidad del contrato y pudiera defenderse. Nunca se le anunció a Dana Wine que esa sería la consecuencia, ni se le requirió para que presentara sus argumentos. Por eso fue una decisión súbita.

131. Si bien podría entenderse que, con el último requerimiento del 17 de agosto de 2004, se le anticipó a la contratista la terminación unilateral del contrato que, entre otros eventos, podría suceder "[c]*uando LA INDUSTRIA haya declarado la caducidad del contrato de conformidad con lo establecido en el presente contrato",* según la cláusula vigésima primera del acuerdo, lo cierto es que esa no era la única vía para finalizarlo por parte de la ILV, pues también pactaron, expresamente, en la

---

en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes. // Siguiendo tales derroteros, la entidad demandada estaba en la obligación de adelantar un procedimiento administrativo previo que garantizara la comparecencia del contratista, permitiéndole rendir sus descargos de cara al incumplimiento que se le imputaba, especialmente, cuando se trataba de declarar la caducidad del contrato, que es la decisión más drástica que una entidad puede adoptar frente a su colaborador contratista, al entrañar no solo el aniquilamiento del contrato estatal, sino también la derivada inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas conforme el artículo 8, numeral 1, literal c, nada de lo cual se hizo en el caso concreto, aspecto que ni siquiera es discutido por la entidad demandada, quien simplemente sorprendió al contratista al notificarle la Resolución 860 de 2005.". Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 30 de agosto de 2024, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Rad.: 13001-23-31-000-2007-00438-01 (67.858).

[68] Ver "*Así las cosas, se advierte que cuandoquiera que la administración ejercite una facultad sancionatoria, como lo es la caducidad, debe garantizarle al contratista su derecho a ser oído sobre los presupuestos de hecho y de derecho en que se fundan los presuntos incumplimientos que darían lugar a la imposición de la sanción, a presentar y controvertir las pruebas que se aduzcan en su contra, a ser notificado de las decisiones de fondo, a ser juzgado por una autoridad imparcial y competente, entre otras. (…)*". Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de octubre de 2021, C.P.: José Roberto Sáchica Méndez. Rad.: 76001233100020070009205 (53.479)

[69] Folio 132 del cuaderno 1.

cláusula vigésima segunda, causales que darían lugar a la *"[terminación anticipada por causa o incumplimiento imputable al contratista]"*.

132. Incluso, desde la óptica de la normatividad vigente en ese momento, fue sorpresiva. El artículo 18 del Decreto 679 de 1994 establecía que *"[s]i el Contratista no prorroga la garantía se aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar*", medidas que podían enmarcarse en la aplicación de multas, intereses o cláusulas penales, que las partes incluyeron en su convención[70].

133. Con esa determinación, las comunicaciones y reuniones que tuvieron las partes después de la notificación de la resolución No. 0964 del 3 de septiembre de 2004 fueron ineficaces[71], porque el acto no se revocó a través del recurso de reposición, lo que le otorgó una presunción de legalidad y firmeza.

134. En suma, al constatarse los vicios en la expedición de los actos demandados por vulneración del debido proceso de la sociedad contratista, y sin encontrarse probada ninguna excepción planteada en la contestación de la demanda que altere esta conclusión, el primer problema jurídico se responde afirmativamente, razón por la cual la Sala revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la nulidad de las resoluciones mencionadas.

135. En consecuencia, se torna improcedente abordar el segundo de los problemas jurídicos, comoquiera que la anterior razón de nulidad es suficiente y, en todo caso, los argumentos sobre el cumplimiento de la cuota establecida para el periodo 2004-2005 y la falta de oposición de otra marca no tienen la entidad suficiente, por sí mismos, para desvirtuar los fundamentos de los actos demandados, pues la declaratoria de caducidad no se sustentó en el incumplimiento de la cuota contractual ni en las controversias sobre el registro marcario, sino en la falta de renovación de la garantía y en el incumplimiento de otras obligaciones contractuales, como el pago de una factura.

Análisis de las demás pretensiones de la demanda

136. A título de pretensiones consecuenciales de la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas, la segunda principal persigue una condena en contra de la ILV de una indemnización monetaria por los perjuicios y sobrecostos, que el demandante discriminó en los siguientes conceptos: (i) valor de la utilidad a la que tendría derecho por la ejecución del contrato; (ii) limitación de la capacidad de contratación; (iii) daño emergente y lucro cesante; y (iv) morales. Todos sustentados en la premisa: "*conforme con lo que se demuestre en el proceso*".

137. De entrada, se advierte que la sociedad demandante no se comportó como

[70] En la cláusula séptima acordaron *"[e]n el evento de mora en el pago de las facturas correspondientes, el Contratista reconocerá a la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE DEL CAUCA un interés moratorio a la tasa moratoria comercial máxima vigente permitida por la Ley colombiana para obligaciones comerciales*". En la vigésima cuarta que *"[s]i el [contratista] no cumple con cualquiera de los requisitos, obligaciones y/o responsabilidades que le han sido asignados en el presente contrato, a partir de la fecha en que cada obligación resulte incumplida la INDUSTRIA podrá hacerla exigible y comenzará a causarse una multa diaria del uno por ciento (1%) del valor del contrato, establecido de acuerdo con lo previsto en la cláusula SEXTA del mismo (…)."* Y en la vigésima quinta que *"[e]n caso de declaratoria de caducidad o de terminación del contrato por incumplimiento imputable al CONTRATISTA, LA INDUSTRIA podrá hacer efectiva una sanción equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato (…) sin perjuicio de que se hagan efectivas las multas causadas a cargo del CONTRATISTA*."

[71] Las partes intercambiaron varias comunicaciones luego de la declaratoria de caducidad del contrato.

una contratista cumplida, pues incluso en su recurso admitió que para junio de 2004 no había renovado la póliza, sin probar de qué manera la falta de respuesta de la ILV sobre la disminución de la cuota del primer año incidió en esa omisión, ni demostrar qué hechos realmente imposibilitaron cumplir con esa carga. Es más, en las comunicaciones que remitió a la contratante el 3 de marzo y el 6 de julio de 2004 –fundamento de la protocolización de los silencios administrativos positivos del 7 de octubre de ese año– no mencionó nada relacionado con la garantía exigida. En todo caso, esos conceptos carecen de sustento probatorio, como se expone a continuación.

138. Para soportar el concepto de utilidad, en su demanda, Dana Wine estimó su valor por cada caja de nueve litros de "*Aguardiente Blanco del Valle*". Para esos efectos anotó el valor de precio de venta, los costos y la utilidad.

139. Luego de llegar al valor de "*la utilidad uniforme por caja*", la proyectó para los cinco años de duración del acuerdo con base en las compras mínimas pactadas, para una suma de US$4.669.791 por la "*utilidad bruta del contrato*". Restó US$223.482 de "*utilidad percibida*" por las cajas vendidas en la ejecución del contrato, para un total de "*utilidad dejada de percibir por la compañía contratista*" de US$4.446.309 que, convirtiéndola a pesos colombianos, arrojó $10.178.401.636,6[72].

140. Sin embargo, las contratantes no regularon lo relacionado con la utilidad de la contratista en el acuerdo, y esa descripción –de elaboración propia de la recurrente– valorada en conjunto con los documentos aportados con la demanda, específicamente los adjuntos a la comunicación del 9 de septiembre de 2005 del Director de Finanzas de la demandante, no permiten acreditar la existencia de un perjuicio cierto[73].

141. Si bien en la cláusula tercera del contrato pactaron que el contratista se obligaba a comprar a la ILV sus productos en la cantidad mínima de 25.000 cajas de 9 litros cada una durante el primer año de ejecución y que se comprometía a incrementar en un 10% esa cantidad en los próximos cinco años, con la facultad de hacer pedidos superiores, estas eran proyecciones que no dejan de ser meras expectativas de la demandante, sin respaldo probatorio en el proceso y, en todo caso, carentes de soporte respecto de la generación de una utilidad para Dana Wine.

142. En primer lugar, algunos de los instrumentos visibles desde el folio 208 al 226 del expediente están en idioma extranjero y no fueron acompañados con su respectiva traducción[74]. De los documentos en español, se infiere que corresponden a facturas y órdenes de compra de 2003, 2004 y 2005, pero no indican de manera clara que haya utilidad uniforme por cada caja y que sea de "$30,60" para la demandante[75]. Tampoco se acompañaron los soportes contables relacionados en

[72] Folios 778 a 785 del cuaderno 2. La demandante tomó como tasa representativa del dólar a septiembre 27 de 2005 "$2.289,18"
[73] Folios 208 a 224 del cuaderno 1.
[74] El Código de Procedimiento Civil establecía: *"Artículo 260. Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse corno prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente."*
[75] Folios 208 a 226 del cuaderno 1.

los documentos titulados como “cédulas”.

143. Adicionalmente, con la declaratoria de caducidad y la posterior terminación del contrato, la ejecución duró solo algunos meses –de enero a septiembre de 2004–. De modo que no hay evidencia de que mientras estuvo vigente se generó alguna utilidad verificable para la contratista.

144. En ese sentido, no hay elementos de prueba de los que se infiera que Dana Wine iba a percibir esa utilidad que registró durante ese periodo, y por dicha cantidad, menos aun cuando en el contrato se estableció que “*el precio final al consumidor para que este sea competitivo dentro de la respectiva categoría*” sería determinado “*de común acuerdo*” por las partes[76]. Las fotos aportadas del producto no sanean lo anterior, porque no están determinadas en cuanto al lugar y momento en que fueron tomadas y, a lo sumo, reflejan la exhibición de las botellas.

145. Las mismas falencias probatorias se advierten en cuanto al concepto de inversión que estimó en “$265.268”[77] dólares. La denominada “CEDULA 3”[78] refiere unos gastos de promociones ($156,796), apoyo de precio a las distribuidoras (58,311) y otros costos directos (50,161), pero no se aportaron elementos de prueba que respalden esos valores.

146. Lo anterior, aunado a que la cláusula décima quinta del contrato dispuso que “*[l]os gastos de publicidad y promoción del producto en el ámbito de venta establecido en el presente contrato, serán asumidos por [el contratista], comprometiéndose a invertir de sus propios recursos, para este fin por lo menos [setenta y siete punto ocho por ciento]” (77.8%) del valor total de adquisición de los productos comprados (…)”.* Por tanto, la contratista no solo no probó esos valores, sino que había asumido la responsabilidad de la promoción y la publicidad de los productos.

147. En cuanto a los perjuicios solicitados “*por estar comprometida la capacidad de contratación*” y los “*morales*”, la demandante anunció la designación de un perito para que realizara la experticia. Esta Colegiatura la decretó en auto del 12 de agosto de 2010, al resolver el recurso de apelación contra la providencia de primer grado que lo negó[79]. Y, aunque se designó auxiliar de la justicia para que lo elaborara, en memorial radicado el 27 de marzo de 2015, el experto manifestó que no había podido cumplir con el encargo, por falta de documentación[80].

148. Luego, en auto del 7 de septiembre de 2015, el Tribunal consideró vencido el periodo probatorio y corrió traslado para alegar de conclusión, sin que las partes hayan presentado recursos, por lo tanto, quedó ejecutoriado[81]. En consecuencia, la mencionada experticia nunca se elaboró.

149. Así las cosas, la demandante no cumplió con su carga probatoria para demostrar la existencia de los conceptos reclamados *“[c]omo consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad del*

[76] Folios 23 y 24 del cuaderno 1.
[77] Folio 781 del cuaderno 2.
[78] Folio 223 del cuaderno 1.
[79] Folios 1211 a 1213 del cuaderno 6.
[80] Folio 1437 del cuaderno 7.
[81] Folio 1440 del cuaderno 7.

contrato[82]". Por consiguiente, la segunda pretensión principal no prospera.

150. La tercera súplica principal, dirigida a que se declare el incumplimiento del contrato con ocasión de la nulidad de las resoluciones demandadas, tampoco tiene vocación de éxito.

151. Aunque de un análisis integral de la demanda y del recurso de apelación se colige que las inconformidades de la demandante se fundamentan en que no agotó los mecanismos de resolución de conflictos convenidos, esa omisión no era reprochable, porque como se estableció líneas atrás no era un requisito para declarar la caducidad del contrato, con las salvedades ya decantadas en esta providencia.

152. También podría inferirse que las alegaciones de la demandante sobre la falta de oposición de la ILV respecto de la otra marca y la presencia de un stock de licores del anterior contratista aluden a la desatención de obligaciones de la ILV, sin embargo, estas no se identificaron concretamente ni se sustentaron los supuestos fácticos de dichas alegaciones, que, para la demandante, afectaron la operación y generaron un desequilibrio contractual.

153. Además, en estricto sentido, la contratista no precisó en su demanda cuáles fueron las otras obligaciones que desatendió la demandada. En sus pretensiones únicamente ancló el incumplimiento a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos sin mayor explicación.

154. Por lo mismo, se niegan la quinta y sexta principales, que se estructuraron como consecuenciales del incumplimiento.

155. La cuarta pretensión principal, encaminada a que se realice la liquidación del contrato, sigue la misma suerte de las anteriores, comoquiera que se formuló "*también en razón y como consecuencia del incumplimiento de la Administración*", que no se demostró, e incluso, en gracia de discusión, si el contrato tuviera que liquidarse en esta sede, no existen elementos suficientes para ello, pues se reitera que los documentos allegados no dan cuenta de la ejecución contractual efectiva y si existen saldos en favor o a cargo de alguna de las partes, máxime si se tiene en cuenta que, según lo pactado, la operación consistía, en síntesis, en (i) la realización de los pedidos a cargo de la contratista; (ii) la entrega de estos por parte de la ILV en el puerto de Buenaventura, y (iii) el pago dentro de los sesenta (60) días siguientes[83], luego, no es claro qué cuentas quedaron pendientes entre las partes. De la misma manera, se desata la séptima pretensión principal por no haber condena de ninguna suma.

156. Con fundamento en las anteriores consideraciones, se niega tanto el primero como el segundo grupo de pretensiones subsidiarias porque se sustentan en los mismos supuestos que las principales.

157. Por consiguiente, el último problema jurídico se responde negativamente.

---

[82] Folio 778 del cuaderno 2.
[83] Cláusulas séptima y décima primera del contrato.

Costas de segunda instancia

158. En vista de que en este caso no se percibe temeridad o mala fe en la conducta de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998[84].

159. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 9 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Tercera de Decisión, por las razones expuestas en esta providencia y, en su lugar:

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la resolución No. 0964 del 3 de septiembre de 2004 "*Por la cual se declara la caducidad del contrato de compraventa exclusiva mercado Estados Unidos de América suscrito entre la Industria de Licores del Valle y la firma DANA WINE & SPIRITS IMPORTERS INC*" y de la No. 1185 del 16 de noviembre de 2004, ambas proferidas por la Industria de Licores del Valle E.I.C.E.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
(Con aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: *Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.*

VF

[84] Norma aplicable conforme al tránsito de legislación del CCA al CPACA porque el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 consagró que las demandas y procesos que se instauren desde el 2 de julio del 2012 (fecha de vigencia) estarán regidos por el CPACA y los procesos y actuaciones surtidos con antelación a esta fecha se les debe aplicar el Decreto Ley 01 de 1984 hasta su culminación.