



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de octubre (10) de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00

Demandante: Dimerco S.A.S en liquidación y Confianza S.A.

Demandado: Industria de Licores del Valle E.I.C.E

Acción: Controversias contractuales

Asunto: Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las actoras y la demandada en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual: (i) se declaró la nulidad parcial de las resoluciones a través de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de distribución de licores No. 20010062 del 3 de abril de 2001; (ii) se negaron las pretensiones de nulidad contra las resoluciones que declararon la caducidad de dicho contrato; y (iii) se condenó a Confianza S.A. (en adelante, Confianza) a pagar el valor asegurado.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 26 de junio de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió:

*“1.- **DECLARAR INFUNDADAS** las excepciones de ‘Inepta Demanda’ y ‘Caducidad de la Acción’, propuestas por la parte demandada.*

*2.- **DECLÁRASE** la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 0707 del 24 de julio de 2006, ‘Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato No. 20010062 de 3 de abril de 2001 y sus respectivas modificaciones’; 0863 del 5 de septiembre de 2006, ‘Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 0707 de 24 de julio de 2006’ y 0924 del 3 de octubre de 2006, ‘Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 0707 de 24 de julio de 2006’, interpuesto por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A -CONFIANZA-, actos administrativos emanados de la Gerente General de la Industria de Licores del Valle; en cuanto incorporan sumas injustificadas y desproporcionadas a cargo de DIMERCO, por concepto de cláusula penal, incumplimiento del citado contrato, actualización, y penalización por el año 2006; todo ello por los motivos precedentemente explicados.*

*3.- Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRASE** a título de restablecimiento del derecho, que la empresa DIMERCO S.A., debe pagar a la Industria de Licores del Valle, por concepto de la liquidación del contrato No. No. 20010062, la suma de mil setecientos noventa y dos millones ochocientos sesenta mil*

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

setenta y siete pesos con treinta y nueve centavos (\$1.792.860.077.39) Mda. Cte.

4.- CONDÉNASE a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA-, a reconocer y pagar a la Industria de Licores del Valle, el valor asegurado estipulado en la póliza de seguros **No. 03 GU 014227** expedida para amparar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato No. 20010062.

5.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.”¹

2. El anterior proveído decidió las demandas presentadas el 2 de febrero de 2007 por la sociedad Dimerco S.A. (en adelante, Dimerco)² y el 8 de marzo de ese mismo año por Confianza³, esta última acumulada al presente proceso mediante auto del 1º de septiembre de 2009⁴. Los hechos principales y fundamentos jurídicos de las respectivas demandas se enuncian a continuación:

Pretensiones

3. Dimerco formuló las siguientes pretensiones principales:

“1. Se declare la nulidad de siguientes [sic] Resoluciones

- *Resolución No. 001 de enero 2 del 2.006, mediante la cual la I.L.V decreto [sic] la caducidad del contrato de Distribución No. 2001-0062 de abril 3 del 2.001*
- *Resolución No. 022 de febrero 20 del 2.006 mediante la cual la I.L.V resolvió el recurso de reposición contra la Resolución de caducidad.*
- *Resolución No. 0707 de julio 24 del 2006 que liquidó unilateralmente el contrato.*
- *Resolución No. 0863 de septiembre 5 del 2006 que resolvió el recurso de reposición contra el acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato.*
- *Acuerdo de la Junta Directiva de la Industria de Licores del Valle No. 005 [sic] de diciembre 22/05. que liquidó unilateralmente el contrato.*

2. Como consecuencia de la nulidad se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Industria de Licores Valle [sic].

*3. Como consecuencia de la nulidad se condene a la Industria de Licores del Valle a reconocer y pagar los perjuicios materiales en la modalidad de **daño emergente y lucro cesante y el good will.***

4. Se de aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

5. Se condene en costas a la empresa industrial y comercial del estado, Industria de Licores del Valle.”⁵

¹ Folios 1115 y 1116, cuaderno del Consejo de Estado.

² Ver demanda a folios 432 a 537, cuaderno 1. La fecha de presentación de la demanda consta en el sello impuesto por la Oficina de Apoyo Judicial de Cali a folio 537 (reverso) del cuaderno 1.

³ Ver demanda que obra a folios 43 a 65, cuaderno 7. La fecha de presentación de la demanda consta en el sello impuesto por la Oficina de Apoyo Judicial de Cali a folio 65 (reverso) del cuaderno 7.

⁴ Ver Folios 161 a 166, cuaderno 7. El proceso iniciado por Confianza contra la ILV fue radicado bajo el número 76-001-23-31-005-2007-00199-00.

⁵ Folios 522 y 523, cuaderno 1.

4. Como pretensión subsidiaria, solicitó que se declare la ineficacia del Acta 12 del 22 de diciembre de 2005 de la Junta Directiva de la ILV.⁶

5. Confianza también pretendió⁷ la anulación de las mismas resoluciones demandadas por Dimerco expedidas por la ILV, junto con la Resolución 924 del 3 de octubre de 2006 a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora contra la Resolución 707 del 24 de julio de 2006 que liquidó unilateralmente el contrato⁸.

Hechos de las demandas

1. Planteados por Dimerco

6. En apoyo de sus pretensiones, Dimerco enunció, en síntesis, los siguientes hechos:

6.1. Relató que mediante Resolución 274 del 27 de marzo de 2001, la ILV le adjudicó el contrato No. 20010062 cuyo objeto consistió en la distribución en el Departamento del Valle del Cauca y en el “*resto del país*” de un nivel determinado de volumen de licores producidos por la demandada —fijado anualmente—. El contrato de distribución tuvo una vigencia inicial de 77 meses contados a partir del 3 de abril de 2001, plazo que fue modificado mediante otrosí suscrito el 12 de octubre de 2004, de modo que iba hasta el 31 de diciembre de 2006.

6.2. Manifestó que el 3 de septiembre de 2003 se profirió un laudo arbitral mediante el cual se declaró que la expresión “*el resto del país*” debía entenderse en el sentido de incluir a todos los Departamentos de Colombia, salvo el Valle del Cauca, San Andrés y Providencia y las zonas denominadas In Bond.

6.3. Indicó que, como producto de negociaciones adelantadas en el año 2003 relacionadas con hechos imprevisibles que afectaron la economía del contrato, el 12 de octubre de 2004 las partes suscribieron un otrosí en el que se reconoció la existencia de un desequilibrio económico que afectaba a Dimerco y en el que, entre otros aspectos, se acordó que “*TERCERO: En el evento en que los volúmenes de venta nacionales crezcan o decrezcan, las partes podrán analizar el tema y realizar nuevos acuerdos relacionados con los objetivos de compra*”⁹.

6.4. Adicionó que, mediante dicho otrosí, las partes modificaron el contrato y circunscribieron la distribución al Departamento del Valle del Cauca —eliminando los compromisos de compra para el “*resto del país*”—; además, Dimerco se comprometió a comprar un total de 13'200.000 botellas de 750 c.c. de licores al 31 de diciembre de 2004, mientras que para el año 2005 la meta fue de 13'596.000 botellas.

⁶ Folios 522 y 523, cuaderno 1.

⁷ Ver folio 44, cuaderno 7.

⁸ Mediante memorial de subsanación de la demanda, Confianza modificó sus pretensiones y excluyó las que relacionadas con la ineficacia de la póliza de cumplimiento 03 GU 014227, con la inexistencia de la ocurrencia del siniestro y con la condena a la ILV por concepto de indemnización de perjuicios (folios 78 y 79, cuaderno 7).

⁹ Folio 436, cuaderno 1.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

6.5. Afirmó que, en el año 2004, Dimerco cumplió los compromisos sobre niveles de compra, pero en el 2005 no pudo hacerlo por factores ajenos a su voluntad, tales como la caída en la demanda de licores en el Departamento del Valle del Cauca. Añadió que le comunicó a la ILV sobre la ocurrencia y gravedad de estas circunstancias, así como de otras —tales como los efectos negativos en el mercado por la entrada de licor adulterado y de contrabando— a través de múltiples comunicaciones remitidas entre febrero y diciembre de 2005.

6.6. Señaló que Dimerco intentó dar aplicación a la cláusula tercera del otrosí para renegociar los niveles de compra de licores y que, ante la insistente negativa de la ILV, le solicitó, mediante comunicación CEG-EXT-228 del 26 de noviembre de 2006, dar aplicación a los mecanismos de solución de controversias previstas en el contrato, conforme a los cuales, ante el surgimiento de una disputa, las partes procurarían primero negociar amistosamente, y en caso de no poder resolver sus diferencias, acudirían a conciliación y, agotada esta, convocarían un tribunal de arbitramento. Agregó que dicha solicitud de iniciar la etapa de arreglo directo fue reiterada mediante comunicación CEG-EXT-231 del 6 de diciembre de 2005.

6.7. Relató que mediante oficio 1000-1043-05 del 15 de diciembre de 2005, la ILV le respondió a Dimerco señalando que, tal y como lo había manifestado en una reunión llevada a cabo el 1º de diciembre de ese año, la disputa se circunscribía a la interpretación sobre el régimen jurídico del contrato de distribución —que la demandada afirmó era exclusivamente la Ley 80 de 1993, mientras que la demandante consideraba que era el del derecho común—, pero no a las cláusulas sobre compromisos de compras porque el otrosí: (i) era ineficaz en la medida en que *“en un contrato donde se ejerce una actividad monopolística las normas de derecho comercial y civil no tienen aplicación”*; y (ii) en todo caso, la cláusula tercera encerraba una potestad y no un deber de renegociar los niveles de compras de licores a los que estaba obligado Dimerco.

6.8. Narró que Dimerco y la ILV se reunieron el 1º y el 19 de diciembre para encontrar un arreglo directo frente a la disputa, que incluía la discusión sobre la aplicación de la cláusula tercera del otrosí; agregó que, en esa última fecha, las partes convinieron reunirse nuevamente el 26 de diciembre de 2005.

6.9. Manifestó que el 22 de diciembre de 2005 la Junta Directiva de la ILV autorizó a su Gerente para negociar con Dimerco y encontrar una salida a la disputa y que, en caso de que no fuera posible, declarara la caducidad del contrato de distribución. Afirmó que esta acta contiene un acto administrativo porque fijó los parámetros de negociación, pero que no le fue notificada.

6.10. Reconoció que, al 31 de diciembre de 2005 —fecha en la que se determinaba el cumplimiento o no de las metas de compra de licores a su cargo—, Dimerco adquirió 8'932.021 botellas de licor y no 13'596.000 como era su obligación; empero, señaló que esta fue la primera vez que no cumplió con sus compromisos de compra.

6.11. Afirmó que el 2 de enero de 2006, de manera intempestiva, sin mediar actuación administrativa previa y sin aplicar las disposiciones sobre los mecanismos de solución de conflictos del contrato, la ILV expidió la Resolución 1 mediante la

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

cual declaró la caducidad del contrato de distribución, con fundamento, en el incumplimiento imputable a Dimerco de la meta establecida para el año 2005.

6.12. Agregó que de manera inmediata y antes siquiera de que la decisión de declarar la caducidad del contrato estuviera en firme, la ILV le suspendió las ventas a Dimerco y procedió, conforme a la Resolución 8 del 5 de enero de 2006, a distribuir sus productos directamente.

6.13. Indicó que mediante Resolución 222 del 20 de febrero de 2006, la ILV resolvió el recurso de reposición interpuesto por Dimerco contra la decisión de declarar la caducidad del contrato; sin embargo, la Resolución 1 fue confirmada en todas sus partes.

6.14. Finalmente, expresó que la ILV liquidó el contrato de distribución mediante Resolución 707 del 24 de julio de 2006, que fue modificada parcialmente a través de Resolución 863 del 5 de septiembre de 2006 que resolvió el recurso de reposición presentado por Dimerco.

2. Planteados por Confianza

7. Confianza afirmó los mismos hechos que Dimerco en relación con la adjudicación y celebración del contrato de distribución, con el contenido del negocio jurídico, con el cumplimiento de las metas de compra entre los años 2001 y 2004, con la imposibilidad de imputarle a Dimerco el incumplimiento de las metas de compra en 2005, con la existencia de factores externos que afectaron la distribución de licores, con la declaratoria de caducidad del contrato y con su liquidación. Como hechos adicionales planteó los siguientes:

7.1. Manifestó que el contrato de distribución estableció como obligación que Dimerco debía contratar y mantener vigentes las pólizas de seguro que ampararan su cumplimiento, lo que, para la vigencia comprendida entre el 3 de octubre de 2005 y ese mismo día de octubre de 2006, se cumplió a través de la expedición de la póliza 03 GU 014227.

7.2. Agregó que, al momento de expedirse la referida póliza, Cataño y Cía. Agencia de Seguros —que fungió como corredora de Dimerco— afirmó que el contrato se venía ejecutando desde el año 2001 sin inconveniente alguno.

7.3. Señaló que, sin notificación previa, sin intento de conciliación y en contravía de lo resuelto en la reunión del 22 de diciembre de 2005, la ILV profirió la Resolución 1 del 2 de enero de 2006 declarando la caducidad del contrato. Añadió que antes de esa fecha, Confianza no conoció que la ILV hubiese adelantado actuación administrativa alguna encaminada a adoptar esa decisión.

7.4. Por último, indicó que la ILV no resolvió el recurso de reposición que Confianza interpuso oportunamente contra la anotada resolución y que, al margen de esta circunstancia, procedió a liquidar el contrato.

Los fundamentos de derecho de las demandas

1. Planteados por Dimerco

8. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante señaló que las resoluciones demandadas vulneran las siguientes normas: los artículos 6º, 29, 90, 121 y 122 de la Constitución Política; los artículos 50, 51, 60 e inciso primero del 77 de la Ley 80 de 1993; el artículo 84, 87 y 132 del Código Contencioso Administrativo; los artículos 1596, 1600 y 1602 del Código Civil; el artículo 867 del Código de Comercio; las cláusulas 38(g), 41, 42, 43 y 44 del contrato de distribución No. 20010062 del 3 de abril de 2001; y las cláusulas tercera y cuarta del otrosí del 12 de octubre de 2004. El concepto de violación de estas disposiciones lo concretó en los siguientes cargos:

8.1. *Vulneración del derecho fundamental al debido proceso.* Manifestó que la ILV impuso de plano la sanción de caducidad porque no adelantó previamente un procedimiento que le permitiera a Dimerco defenderse frente a los incumplimientos en los que se sustentaron las resoluciones impugnadas, en contravía de lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 —en su redacción anterior a la fecha de expedición de la Ley 1150 de 2007— y de lo desarrollado por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación y de la Corte Constitucional en punto al procedimiento administrativo¹⁰. Agregó que Dimerco le manifestó a todo lo largo del año 2005 que las metas de compras no se cumplirían por hechos ajenos a su voluntad y que, por ende, era necesario acudir a la aplicación de la cláusula tercera del otrosí. Empero, estando las partes en la etapa de arreglo directo, y sin siquiera referirse a las comunicaciones remitidas por Dimerco sobre las desavenencias durante la ejecución del contrato, la ILV optó por proferir la Resolución 1 del 2 de enero de 2006 en la que impuso la caducidad de manera intempestiva, sorpresiva y arbitraria.

8.2. *Vulneración del principio de buena fe.* Afirmó que este quebrantamiento de la buena fe contractual ocurrió porque: (i) la suscripción del otrosí que, entre otras, modificó los compromisos de compras como consecuencia de la caída de la demanda de licores, despertó en Dimerco la confianza de que, también en 2005, ante la existencia de una nueva caída de la demanda, lo procedente era la renegociación de las metas de compra; sin embargo, al desdecir del contenido de la cláusula tercera del otrosí bajo el improcedente argumento de que era ineficaz, la ILV procedió de manera intempestiva y en contra de sus propios actos; y (ii) abruptamente terminó la etapa de arreglo directo mediante la expedición de las resoluciones que declararon la caducidad y, por ende, actuó en contravía del deber de probidad que impone la buena fe.

8.3. *Vulneración del artículo 15 de la Ley 80 de 1993 y de la cláusula 42 del contrato de distribución.* Estimó que, según lo estipulado en el ordinal (k) de la cláusula 42 del contrato, antes de expedir las resoluciones de caducidad las partes debían agotar la instancia de negociación en la que se encontraban, tal y como lo

¹⁰ Al respecto invocó el auto del 24 de septiembre de 1998 (Exp. 14.821, C.P. Ricardo Hoyos Duque). De la Corte Constitucional, invocó las sentencias T-467 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); y T-145 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

reconocieron en la reunión del 19 de diciembre de 2005, y que, también previamente a tomar esa determinación, la ILV debió proferir un acto administrativo en el que, con fundamento en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, interpretara el contenido del contrato y de la cláusula tercera del otrosí para definir la cuestión sobre los compromisos de compras, pero no lo hizo.

8.4. *Vulneración de la cláusula 38(g) del contrato de distribución.* Dijo que, de conformidad con esta cláusula del contrato, su terminación unilateral por causa imputable al distribuidor, en la que se basó la Resolución 222 del 20 de febrero de 2006, solo era procedente si Dimerco incumplía por dos (2) años consecutivos la meta de compra; en caso contrario, lo procedente era penalizar al contratista con 50 pesos (\$50) por cada botella dejada de comprar, según lo estipulado en la cláusula 22. Dado que las resoluciones se basaron en que Dimerco incumplió su meta de compras del año 2005, lo procedente no era caducar el contrato, sino imponer la anotada penalización.

8.5. *Vulneración del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.* Sostuvo que el hecho de no haber alcanzado la compra de licores no condujo a que se paralizara la ejecución del contrato o siquiera se amenazara con que ello ocurriera, por lo cual no se reunieron los requisitos que impone el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declarar la caducidad. Afirmó que Dimerco hubiera podido, por ejemplo, diferir el cumplimiento del 34,3% de las compras no realizadas en 2005 para el año 2006 y que, si bien es cierto que las metas de compra no fueron cumplidas en el año 2005, esto se debió a factores extraños al distribuidor que ejecutó sus obligaciones con extrema diligencia y cuidado, como lo demuestra el hecho de que nunca fue sancionado por no haber cubierto la distribución en las zonas del Departamento del Valle; agregó que era responsable de la distribución, lo cual cumplió, pero que si el licor no se vendía ese aspecto no le era imputable, pues se debía a factores ajenos a su voluntad, tales como las fallas o ausencia de publicidad y mercadeo por parte de la ILV. Señaló que su obligación, independientemente de si consideraba de medio o de resultado, se cumplía demostrando cuidado y diligencia pues esta clasificación de las obligaciones obedece a un asunto sobre la carga de la prueba mas no determina la responsabilidad contractual, la cual en el ordenamiento jurídico colombiano es subjetiva.

8.6. *Vulneración de la cláusula tercera del otrosí.* Manifestó que Dimerco no estaba obligada a lo imposible y que, por ello, la cláusula tercera del otrosí lo que buscaba era sujetar las metas de compra a los niveles de demanda del mercado de licores. Por ende, al expedirse los actos que declararon la caducidad, la ILV desconoció lo pactado por las partes.

8.7. Como argumentos puntuales de nulidad de las resoluciones que liquidaron el contrato de distribución, la actora planteó los siguientes:

i. *Imposibilidad de acumular la cláusula penal con la indemnización de perjuicios.* Manifestó que la ILV acumuló indebidamente la indemnización de perjuicios —que liquidó en la suma de \$255.952'160.216,27— con la cláusula penal pactada en la cláusula 41 del contrato —cuya imposición fue ordenada en las resoluciones que declararon la caducidad del contrato y que, en los actos de

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

liquidación se cuantificaron en \$4.586'755.327,68, esto es, por el 40% aplicado al 30% del valor total del contrato—, lo que contraviene el artículo 1600 del Código Civil, porque esta estipulación correspondió a una estimación anticipada de perjuicios mas no a una cláusula penal por el mero retardo o que subsistiera con independencia de la obligación principal en los términos del artículo 1594 *ibídem*.

ii. *Incompetencia material para liquidar la indemnización de perjuicios e indebida liquidación del contrato.* Señaló que aún si se considerara que la ILV podía acumular la cláusula penal con la indemnización de perjuicios, lo cierto es que ni el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 ni el contrato la habilitaban a incluir en la liquidación la indemnización de los perjuicios presuntamente causados por el incumplimiento contractual imputable a la actora. Por ende, la ILV actuó sin competencia, vulnerando el artículo 121 de la Constitución. Agregó que, además de lo anterior, el valor de la indemnización de perjuicios, que la ILV liquidó por la suma de \$255.952'160.216,27 —de conformidad con la Resolución 863 del 5 de septiembre de 2006 que modificó la Resolución 707 del 24 de julio de ese año— incluyó una actualización de las cifras por perjuicios con base en una tasa del 5,95%, que no estaba pactada en el contrato.

iii. *Reducción de la cláusula penal.* Señaló que la ILV vulneró los artículos 867 del estatuto mercantil y 1596 del Código Civil porque se negó a rebajar la cláusula penal, debiendo hacerlo, puesto que la aplicó teniendo como premisa que durante el quinto año del contrato (2005) Dimerco no compró ni una sola botella, cuando lo cierto es que le compró a la ILV 8'932.021. Por ende, la cláusula penal no debió ser aplicada por el valor total \$4.586'755.327,68, sino que debió ser el resultado de multiplicar esa suma por el porcentaje de botellas dejadas de comprar en 2005, que fue del 34,3% de la meta fijada contractualmente.

iv. *Imposibilidad de incluir en la liquidación valores causados durante la vigencia de 2006.* Afirmó que la ILV incluyó en la liquidación, a título de indemnización, el valor del 98% de las botellas dejadas de distribuir por Dimerco en el año 2006, lo cual es abiertamente improcedente y exagerado no solo porque el contrato terminó anticipadamente, sino también porque la ILV procedió a comercializar los productos de manera directa.

8.8. En punto al Acta 12 de la reunión del 22 de diciembre de la Junta Directiva de la ILV, la actora señaló que era ineficaz porque contiene un acto administrativo que no le fue notificado personalmente.

8.9. Finalmente, señaló que las resoluciones demandadas le causaron perjuicios a Dimerco, por lo que de su anulación se sigue la necesidad de su indemnización, que, según señaló, consiste en los siguientes conceptos: (i) el daño emergente por los gastos e inversiones realizados para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales; (ii) el lucro cesante correspondiente a: (a) la suma de dinero que Dimerco dejó de recibir como utilidades por la terminación anticipada del contrato, esto es, \$14.634'054.600 que corresponde a la multiplicación de 14'003.880 botellas —meta de compra del año 2006— por \$1.045 —que se trata de la “comisión por

unidad que recibía Dimerco, que era del 6,5% sobre el precio de costo—¹¹, y (b) los intereses que dicha suma de dinero le habrían generado, que corresponden a \$1.219'504.550 —valor mensual de las utilidades calculadas anteriormente por el doble de la tasa legal vigente—; (iii) la pérdida del *good will* de la sociedad que, según la cuantificación realizada por el ingeniero Oswaldo Burgos Carrión que se aportó con la demanda, asciende a la suma de \$10.605'797.794; y (iv) el perjuicio futuro derivado de la imposibilidad de contratar o ejecutar contratos vigentes con entidades públicas producto de la inhabilidad sobrevenida como consecuencia de la caducidad¹².

2. Planteados por Confianza

9. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante señaló que las resoluciones mediante las cuales la ILV declaró la caducidad del contrato y lo liquidó unilateralmente vulneran las siguientes normas: los artículos 2º y 29 de la Constitución Política; los artículos 4º —numeral 9º—, 5º —numeral 1º—, 18, 23, 26 y 50 de la Ley 80 de 1993; el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo; el artículo 1602 del Código Civil; los artículos 1074, 1075, 1079, 1088 y 1110 del Código de Comercio; y las cláusulas 38(g) y 42 del contrato de distribución. Confianza concretó su concepto de la violación en los siguientes cargos:

9.1. Reiteró los mismos argumentos esgrimidos por Dimerco en relación con: (i) la vulneración del derecho al debido proceso —tanto de Dimerco como de la aseguradora—, con la adición de que la violación del debido proceso de Confianza también ocurrió porque la ILV no resolvió el recurso de reposición que ella interpuso contra la Resolución 1 del 2 de enero de 2006 que declaró la caducidad del contrato de distribución; (ii) la improcedencia de declarar la caducidad del contrato como consecuencia de la falta de acreditación de los presupuestos contenidos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993; (iii) el desconocimiento de las estipulaciones contractuales referentes a los mecanismos de solución de conflictos —cláusula 42— y a los presupuestos para ejercer la terminación unilateral del contrato —cláusula 38(g)—, en especial de la cláusula tercera del otrosí; y (iv) la indebida aplicación de la causal de terminación unilateral prevista en la cláusula 38(g) del contrato.

9.2. *Violación del principio indemnizatorio del contrato de seguro.* Señaló que la ILV liquidó unos perjuicios que desquiciaron el principio según el cual el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento porque los perjuicios y sumas consignadas en el finiquito eran exagerados y no corresponden con la realidad.

9.3. *Inexistencia de riesgo asegurado y violación del artículo 1075 del Código de Comercio.* Indicó que la ILV y Dimerco conocían, como hecho cierto, desde comienzos del 2005 que las metas de compra no podrían cumplirse y, por ende, ese riesgo no era asegurable; además, las partes no dieron aviso oportuno a la aseguradora sobre la ocurrencia de ese siniestro porque durante el 2005 no le informaron sobre las circunstancias que impedirían el cumplimiento de las metas, negándole el derecho que le asistía de adoptar las acciones tendientes a la defensa de sus derechos.

¹¹ Folios 520 y 521, cuaderno 1.

¹² Folios 519, cuaderno 1.

9.4. Confianza no formuló solicitud a título de restablecimiento del derecho si las resoluciones demandadas eran anuladas.

Los argumentos de defensa de la parte demandada

1. *Respecto de la demanda de Dimerco*

10. El 5 de julio de 2007, la ILV contestó la demanda presentada para oponerse a todas sus pretensiones¹³. Planteó las excepciones de “*inepta demanda*” y la de “*legalidad de las resoluciones de caducidad*”, cuyos fundamentos fácticos y jurídicos son los siguientes:

10.1. Comenzó por señalar que el Acta 12 de la reunión del 22 de diciembre de 2005 de la Junta Directiva de la ILV es un acto de mero trámite que no puede ser controvertido por la vía de la acción de controversias contractuales por lo que, en este punto, la demanda es inepta.

10.2. Manifestó que los argumentos invocados por Dimerco como causa de desequilibrios contractuales eran conocidos al momento de la suscripción del contrato y que la modificación de las cuotas de compra con fundamento en el otrosí era abiertamente improcedente; de una parte, porque el otrosí es nulo por vulnerar los principios de legalidad y transparencia —vicio que, anunció, pretendería a través de demanda de reconvención— y, de otra, porque, en todo caso, si se afirmara su validez, dicho acuerdo consagró una facultad de renegociar las cuotas y no una obligación de hacerlo.

10.3. Reconoció que en el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2004 Dimerco cumplió con sus cuotas de compra, pero advirtió que ello fue producto de la disminución que en este punto trajo consigo el otrosí, cuya nulidad reiteró.

10.4. Agregó que la disminución en las ventas fue imputable a Dimerco y que los hechos narrados en las comunicaciones remitidas a la ILV durante el 2005 se pretendieron hacer pasar como externos a la voluntad del distribuidor, pese a no serlo en realidad.

10.5. Señaló que la convocatoria a acudir a los mecanismos de solución de conflictos establecidos en el contrato fue una estrategia de la demandante para “*mutar*” su incumplimiento en una alegación de desequilibrio económico del contrato que era abiertamente improcedente.

10.6. Precisó que las reuniones que entre las partes se adelantaron entre el 1º y el 19 de diciembre de 2005 no tuvieron por objeto exclusivo el trámite del procedimiento de arreglo directo sino también cumplieron con la finalidad de garantizar el derecho al debido proceso de Dimerco porque en ellas se propició un espacio para que explicara los graves incumplimientos en que estaba incurriendo.

¹³ Folios 579 a 623, cuaderno 1.

Agregó que en realidad no existía una disputa que debiera someterse a negociación entre las partes porque se trataba de una estrategia para desdecir de un claro incumplimiento contractual.

10.7. Aclaró que, en la reunión del 22 de diciembre, la Junta Directiva no autorizó a la Gerente a negociar el cumplimiento del contrato pues este era un “*hecho consumado*”.

10.8. Agregó que el incumplimiento de las metas de compra durante el 2005 —que Dimerco reconoce— fue grave y amenazó con paralizar el negocio de la ILV.

10.9. Señaló que la caducidad se impuso en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y que tanto las penalizaciones pactadas en la cláusula 22 del contrato, como la causal de terminación unilateral por culpa del distribuidor establecida en la cláusula 38(g) eran distintas a dicha sanción legal, cuyo fundamento es el orden público y no la autonomía de la voluntad privada.

10.10. Defendió la legalidad de los actos mediante los cuales se declaró la caducidad señalando que Dimerco tuvo amplias posibilidades durante la ejecución del contrato de controvertir los supuestos de hecho que dieron lugar a esa decisión. Agregó que, en todo caso, no es un requisito adelantar y agotar un trámite administrativo como paso previo a la expedición de dicha decisión, en apoyo de lo cual citó la sentencia T-569 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) proferida por una Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional.

10.11. Frente a los argumentos enfilados contra las resoluciones mediante las que se declaró la liquidación, la ILV señaló: (i) que la cláusula penal se puede acumular con la indemnización de perjuicios cuando aquella es, como en este caso, de naturaleza exclusivamente sancionatoria; y (ii) que, en todo caso, el juez puede reconocer mayores perjuicios a los estimados en la cláusula penal cuando así lo pruebe el afectado, lo que se solicitaría en la demanda de reconvención.

10.12. Por último, se opuso a la reclamación que por concepto de *good will* persigue la demandante porque, a su juicio, al estar basado en una proyección financiera no incluida como un activo en la contabilidad de Dimerco, carece del requisito necesario de certeza.

2. Respecto de la demanda de Confianza

11. El 5 de julio de 2007, la ILV contestó la demanda presentada por Confianza en la que se opuso a todas las pretensiones¹⁴. Planteó las mismas excepciones de “*inepta demanda*” y la de “*legalidad de las resoluciones de caducidad*”, con fundamentos ligeramente distintos, que se desarrollan a continuación:

11.1. Afirmó que la aseguradora no tiene legitimación para interponer la acción de controversias contractuales porque no es una parte del contrato de distribución, motivo por el que su demanda es inepta.

¹⁴ Folios 85 a 96, cuaderno 7.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

11.2. Reafirmó los argumentos de defensa que planteó al contestar la demanda de Dimerco en punto a la legalidad y a los fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de caducidad y a la liquidación unilateral, así como en lo relativo a las desavenencias que se presentaron durante la ejecución del contrato.

11.3. Reconoció que había proferido las resoluciones declarando la liquidación unilateral del contrato sin haber resuelto el recurso de reposición presentado por Confianza contra la Resolución 1 del 2 de enero de 2006, pero advirtió que, en todo caso, la aseguradora ya conocía para el momento en que se liquidó el contrato que la decisión de declarar la caducidad estaba en firme.

11.4. Indicó que Confianza conoció o debió conocer el estado del riesgo que estaba asegurando porque las comunicaciones a las que hizo referencia en la demanda demostraban que Dimerco incumplió consistentemente sus cuotas de compra a lo largo de 2005; agregó que a Dimerco le correspondía avisar sobre las circunstancias que antecedieron a la declaratoria del siniestro, y no a la ILV.

La demanda de reconvención presentada por ILV contra Dimerco

12. El 5 de julio de 2007¹⁵, la ILV presentó demanda de reconvención en contra de Dimerco en procura de que se declarara la nulidad del otrosí al contrato de distribución suscrito el 12 de octubre de 2004, el incumplimiento de Dimerco de los volúmenes de compras y la indemnización de perjuicios resultantes, entre otros asuntos. Mediante auto del 24 de agosto de 2007¹⁶, el Tribunal rechazó de plano la demanda, decisión que fue revocada por el Consejo de Estado mediante auto del 22 de mayo de 2008¹⁷ para, en su lugar, inadmitirla y conceder el término de 5 días para subsanarla.

13. Mediante memorial del 11 de junio de 2008¹⁸ la ILV subsanó la demanda en el sentido de reiterar las mismas pretensiones. Empero, mediante auto del 29 de agosto de 2008¹⁹ el Tribunal estimó que la subsanación no se adecuó a lo establecido por el Consejo de Estado, por lo que la rechazó. El 8 de octubre de 2009, la empresa interpuso recurso de apelación contra dicho auto²⁰, el cual fue rechazado por el Tribunal por extemporáneo²¹. Contra dicha decisión se interpuso recurso de queja el 3 de noviembre de 2009²², el que fue resuelto por el Consejo de Estado mediante auto del 19 de julio de 2010, en el sentido de estimar bien denegada la apelación por extemporánea²³.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

¹⁵ La fecha de presentación de la demanda de reconvención consta a folio 713, cuaderno 1A.

¹⁶ Ver folios 656 a 660, cuaderno 6.

¹⁷ Ver folios 683 a 693, cuaderno 6.

¹⁸ Ver folios 694 y 695, cuaderno 6.

¹⁹ Ver folios 701 a 702, cuaderno 6.

²⁰ Ver folios 679 y 680, cuaderno 5.

²¹ Ver folio 682, cuaderno 5.

²² Ver folios 683 a 686, cuaderno 5.

²³ Ver folios 80 a 83, cuaderno 3.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

14. Como fundamento de su decisión, el Tribunal²⁴ expresó las siguientes razones:

14.1. Estimó improcedente la excepción de ineptitud de las demandas porque los argumentos en que se basaron no constituyen alegaciones que ataquen aspectos formales, sino que se tratan de alegaciones concretas sobre los méritos de la controversia en tanto versan sobre el contenido del Acta 12 de la reunión de junta directiva de la ILV y la legitimación en la causa de la aseguradora para interponer la acción de controversias contractuales; de suerte que no era procedente plantear los argumentos bajo la égida de una excepción formal.

14.2. Con todo, estimó que el Acta 12 del 22 de diciembre de 2005 era un acto de mero trámite que no adoptó una decisión de fondo sobre la declaratoria de caducidad del contrato de distribución No. 20010062 y que, además, la Junta Directiva de la demandada al facultar a la Gerente para expedir la Resolución 1 del 2 de enero de 2006 que resolvió caducar el contrato tan solo reiteró la regla del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 que radica la competencia para representar a las entidades públicas en su representante legal, por lo cual no contiene una decisión unilateral de la administración que pueda ser controlada por el juez.

14.3. En relación con el fondo de la controversia, el Tribunal, con apoyo en las sentencias del 15 de junio de 1992 (Exp. 5.626) y del 24 de octubre de 2013 (Exp. 24.697) que, a su juicio, abordaban cuestiones y hechos semejantes al de autos, concluyó que en virtud del contrato de distribución No. 20010062 del 3 de abril de 2001, Dimerco desarrolló una actividad monopolística a cargo del Estado que consistió en la distribución y comercialización de licores producidos por la entidad contratante²⁵, motivo por el cual las cláusulas exorbitantes como la de caducidad se entendían incorporadas en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, incluso si no se pactaban expresamente en el contrato —como aquí ocurrió—. Sin perjuicio de lo anterior, señaló que el régimen jurídico aplicable al contrato era el del derecho común, como se estableció en su cláusula 49.

14.4. Indicó que, con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, Dimerco incumplió el contrato de distribución en el año 2005 porque no satisfizo el nivel de compras de licor que se pactó; agregó que dicho incumplimiento fue grave tal y como lo denota “*la aguda situación económica y el déficit financiero por el que atravesaba la ILV a raíz del incumplimiento*”²⁶.

14.5. Consideró que la ILV no vulneró el derecho al debido proceso de Dimerco al proferir las Resoluciones 1 del 2 de enero y 222 del 20 de febrero, ambas de 2006, que declararon la caducidad del contrato porque la demandada le garantizó el derecho a exponer sus argumentos en relación con los motivos de hecho en que se fundaron, como lo demuestra el “*intenso flujo de comunicaciones*” cruzadas por las partes y las “*largas y dilatadas conversaciones*” que tuvieron lugar entre ellas.²⁷

²⁴ Ver folios 1063 a 1116, cuaderno del Consejo de Estado.

²⁵ Folio 1095, cuaderno del Consejo de Estado.

²⁶ Folio 1098, cuaderno del Consejo de Estado.

²⁷ Folio 1110, cuaderno del Consejo de Estado.

14.6. Añadió que la facultad de declarar la caducidad del contrato de distribución no depende de que se ejerza previamente la facultad de interpretación unilateral prevista en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 ni de que se agotara el procedimiento contemplado en el contrato para la solución de controversias porque la caducidad está establecida para salvaguardar el interés público, en este caso, en beneficio de la explotación de una actividad monopolística a cargo del Estado.

14.7. Señaló que el incumplimiento imputable a Dimerco en que se basaron las resoluciones ocurrió y no obedeció a causas extrañas porque lo cierto es que tanto el decrecimiento en el consumo de licor en el Departamento del Valle del Cauca como la falta de publicidad y mercadeo de los productos se deben entender como parte del alea normal de la ejecución del contrato que la distribuidora debió ponderar antes de celebrarlo, por lo que debe soportar sus efectos, sin que ello dé lugar a exonerarla de responsabilidad²⁸.

14.8. Agregó que la cláusula tercera del otrosí no contiene una obligación en cabeza de la ILV cuandoquiera que, como en este caso, ocurrieran distorsiones en el mercado de licores, sino tan solo una facultad. Por ende, Dimerco estaba obligado a comprar 13'596.000 botellas de licor con corte a 31 de diciembre de 2005 y dado que adquirió tan solo 8'932.021, esto es, 4'663.970 botellas menos, esta circunstancia habilitaba a la ILV a declarar la caducidad del contrato, por tratarse de un incumplimiento grave en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, concluyó que las pretensiones sobre la nulidad de las resoluciones de caducidad no estaban llamadas a prosperar.

14.9. Por otra parte, en punto a la liquidación del contrato, el Tribunal estimó que le asistía razón a Dimerco en sus reproches contra las resoluciones expedidas por la ILV por cuanto: (i) no se podía acumular la cláusula penal pactada con una sanción pecuniaria adicional, dado que sus causas son comunes y de la lectura de la cláusula 41 del contrato se desprende claramente que la cláusula penal tenía la función de estimar anticipadamente los perjuicios por el incumplimiento; (ii) no se debió actualizar las cifras liquidadas a título de perjuicios aplicando una tasa del 5,95%, que no estaba pactada en el contrato ni se derivaba de norma legal alguna; (iii) se debió acceder a rebajar la cláusula penal como lo establecen los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio; y (iv) la ILV no estaba facultada para declarar un incumplimiento por hechos acaecidos en 2006 porque el contrato se había terminado anticipadamente con fundamento en la declaratoria de caducidad.

14.10. En punto a la reducción de la cláusula penal, el *a quo* estimó que la suma que debía pagarle Dimerco a la ILV por este concepto era \$1.573'257.077,39 que era el resultado de aplicar el 34,3% —porcentaje faltante para cumplir la meta de compra en el 2005— a la cláusula penal liquidada en la Resolución 863 del 5 de septiembre de 2006.

14.11. Adicionalmente, redujo el valor de la penalización prevista en la cláusula 22 del contrato de distribución a \$219'603.000 que corresponde al producto de

²⁸ Folio 1102, cuaderno del Consejo de Estado.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

multiplicar \$50 por botella dejada de vender por 4'392.060 que fue el número total de botellas no compradas en 2005 por Dimerco.

14.12. En relación con las pretensiones de Confianza, el Tribunal estimó que la póliza de cumplimiento 03 GU 014227 amparó los perjuicios que sufriera la ILV producto de los incumplimientos imputables a Dimerco, los cuales fueron estimados anticipadamente a través de la cláusula penal. En este orden de ideas, dado que el siniestro fue declarado por virtud de las resoluciones que declararon la caducidad, el cobro del valor asegurado se deriva de dichas resoluciones con cargo a la póliza de cumplimiento. En consecuencia, estimó que Confianza “*está obligada a pagar el valor asegurado estipulado en la póliza, suma de dinero que deberá reconocer a título de los perjuicios que se le irrogaron a la ILV*”²⁹.

14.13. Finalmente, en atención a que Confianza demandó la nulidad de la Resolución 924 del 3 de octubre de 2006 que resolvió el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución 707 del 24 de julio de ese año que liquidó unilateralmente el contrato, y dado que existía identidad de causa y objeto con lo planteado por Dimerco, con fundamento en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, el Tribunal hizo extensiva la decisión de anular, por las mismas razones, la Resolución 924.

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Interpuestos por las demandantes

1. *Dimerco*

15. El 10 de julio de 2014, Dimerco interpuso recurso de apelación³⁰ contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que la decisión de negar las demás pretensiones de la demanda —numeral quinto de la sentencia— sea revocada para que, en su lugar, se acceda a ellas. En soporte de su petición, argumentó:

15.1. El Tribunal desconoció que la caducidad fue declarada con violación del debido proceso porque no se agotó un procedimiento administrativo previo —como lo ordena el artículo 77 de la Ley 80 de 1993— y, en esa medida, se trató de una sanción de plano. Afirmó que el *a quo* omitió señalar y valorar críticamente cuáles eran las pruebas de conformidad con las cuales se afirmó que la ILV le garantizó el debido proceso, como lo ordena el artículo 304 del CPC. Añadió que el derecho al debido proceso comprende la garantía de poder hacer valer los puntos de vista del administrado antes de tomar la decisión de sancionarlo, lo que en el *sub lite* no se hizo.

²⁹ Folio 1115, cuaderno del Consejo de Estado.

³⁰ El edicto 1832 notificando la sentencia de primera instancia (folio 1167, cuaderno del Consejo de Estado) se fijó el 8 de julio y se desfijó el 10 de julio de 2014. El término para interponer y sustentar el recurso vencía el 24 de julio de 2014 (constancia secretarial, folio 1168, cuaderno del Consejo de Estado). En todo caso, Dimerco S.A. se notificó personalmente de la sentencia el 1º de julio de 2014 (folio 1117, cuaderno del Consejo de Estado).

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

15.2. El Tribunal se apoyó en una providencia inaplicable al caso³¹ y en otra que, siendo aplicable, no fue referenciada integralmente³²; por ello, la decisión de primera instancia vulneró el artículo 304 del CPC. Añadió que el Tribunal desconoció la obligatoriedad del precedente judicial de la Sección Tercera de esta Corporación en relación con la aplicación del debido proceso como garantía en casos en los que las entidades públicas declaran la caducidad de un contrato estatal³³; por lo que incurrió en una vía de hecho pues no satisfizo las cargas argumentativas que debía plantear para apartarse del precedente.

15.3. El Tribunal no analizó el cargo relacionado con la vulneración del principio de buena fe.

15.4. En este caso no se reunieron los requisitos que establece el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declarar la caducidad, en especial aquel que indica que el incumplimiento grave en que incurra el contratista debe amenazar con paralizar la ejecución del contrato. A este respecto señaló que Dimerco hubiera podido diferir la compra de las botellas dejadas de adquirir en 2005 durante el año 2006, con lo cual se desvirtúa que el incumplimiento del 34,3% de la cuota de compra comportara un incumplimiento calificado que de lugar a la caducidad.

15.5. El Tribunal debió pronunciarse de fondo sobre el Acta 12 del 22 de diciembre de 2005 de la Junta Directiva de la ILV en tanto contiene un acto administrativo que produjo efectos jurídicos pues facultó a la Gerente de la ILV a declarar la caducidad del contrato.

2. Confianza

16. El 17 de julio de 2014, Confianza interpuso recurso de apelación³⁴ contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoquen las decisiones que le fueron adversas. Como fundamentos de dicha solicitud sostuvo que el fallo de primera instancia es incongruente porque impuso una condena a la aseguradora sin que mediara procedimiento previo para ello³⁵ y sin que esa hubiera sido una pretensión de la demanda. Agregó que, al subsanar la demanda, Confianza excluyó las pretensiones relacionadas con el contrato de seguro —su ineficacia por falta de riesgo asegurado—, por lo que la *causa petendi* se circunscribió a la nulidad de los actos administrativos demandados y no podía, por esa razón y porque así lo ordena el artículo 305 del CPC, pronunciarse sobre la responsabilidad de Confianza con fundamento en la póliza de cumplimiento, quien no era sujeto pasivo de la relación jurídica-procesal. De contera, al condenar a Confianza, la sentencia de primera instancia vulneró su derecho al debido proceso.

³¹ Se refiera a la sentencia del 15 de julio de 1992 (Exp. 5.626) de la Sección Tercera de esta Corporación.

³² Se refiere a la sentencia del 24 de octubre de 2013 (Exp. 24.697) de la Sección Tercera de esta Corporación.

³³ Invocó las sentencias del 23 de junio de 2010 (Exp. 16.367), 13 de abril de 2011 (Exp. 18.878) y 25 de julio de 2011 (Exp. 6.217), todas ellas proferidas por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³⁴ El edicto 1832 notificando la sentencia de primera instancia (folio 1167, cuaderno del Consejo de Estado) se fijó el 8 de julio y se desfijó el 10 de julio de 2014. El término para interponer y sustentar el recurso vencía el 24 de julio de 2014 (constancia secretarial, folio 1168, cuaderno del Consejo de Estado). Confianza S.A. presentó y sustentó su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia el 17 de julio de 2014 (folios 1158 a 11166, cuaderno del Consejo de Estado), por lo que el recurso fue presentado oportunamente.

³⁵ Folios 1158, cuaderno del Consejo de Estado.

La apelación adhesiva de la ILV

17. El 25 de marzo de 2015, la ILV presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que, en los términos del artículo 353 del CPC, se revoque la reducción del monto de la cláusula penal, y, en su lugar, se mantenga el valor total de la misma liquidado en el acto anulado³⁶. Como sustento de su petición manifestó:

17.1. Que la naturaleza de la cláusula penal establecida en el contrato de marras era compensatoria y que, aun cuando según el artículo 1596 del Código Civil su monto podía ser reducido, la tasación de dicha reducción “*no puede ser determinada conforme al incumplimiento del contrato, sino conforme a los perjuicios causados respecto de dicho incumplimiento*”³⁷. Agregó que el perjuicio no tiene relación con el porcentaje de incumplimiento de la cuota de compra, por lo que no era procedente acudir a esta metodología para la reducción.

17.2. Agregó que el incumplimiento imputable a Dimerco no solo generó una pérdida para la ILV consistente en la falta de compra de 4'392.060 botellas para el 2005, sino también en la grave crisis financiera que se cernió sobre la empresa pues la comercialización de sus productos era el núcleo central de su negocio, perjuicio que también estaba comprendido dentro la cláusula penal. Agregó que las metas de compra fijadas para el año 2006 para Dimerco también debieron ser incluidas como parte de la cláusula penal porque por culpa del distribuidor la ILV sufrió los perjuicios originados en la imposibilidad de cumplir con la meta de ese año.

18. Mediante auto del 18 de septiembre de 2014³⁸, el Tribunal concedió los recursos de apelación. A través de auto del 6 de mayo de 2015 se admitieron — incluyendo la apelación adhesiva de la ILV—³⁹ y, posteriormente, mediante auto del 15 de julio de 2015⁴⁰, se les corrió a las partes y al Ministerio Público el traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión.

19. Las partes presentaron sus alegatos de conclusión⁴¹, así: (i) Dimerco hizo referencia a los hechos que estaban probados y ratificó las razones esgrimidas en el recurso contra la sentencia de primera instancia⁴²; (ii) Confianza ratificó los argumentos por los cuales considera que la sentencia de primera instancia vulneró su derecho al debido proceso⁴³; y (iii) la ILV reiteró sus argumentos y se refirió a los recursos de los demandantes aduciendo que carecían de vocación de prosperidad porque: (a) los argumentos de Confianza sobre la existencia y cobertura del contrato de seguro se negaron con fuerza de cosa juzgada por la jurisdicción ordinaria⁴⁴ y

³⁶ Ver folios 1194 a 1202, cuaderno del Consejo de Estado.

³⁷ Folio 1200, cuaderno del Consejo de Estado.

³⁸ Folio 1189, cuaderno del Consejo de Estado.

³⁹ Folio 1203, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁰ Folio 1205, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴¹ El 15 de julio de 2015 (folio 1205, C. Consejo de Estado), el Despacho corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión en la segunda instancia, el cual se hizo efectivamente el 29 de julio de 2015 (reverso del auto), por lo que el término vencía el 13 de agosto de 2015 (el 20 de julio y el 7 de agosto fueron feriados).

⁴² Los alegatos de Dimerco fueron presentados el 31 de julio de 2015; Ver folios 1206 a 1233, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴³ Los alegatos de Confianza fueron presentados el 6 de agosto de 2015; Ver folios 1234 a 1239, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁴ Se refirió a la sentencia proferida por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Cali (rad. 2007-176).

que el *a quo* no tenía por qué resolverlos sino ceñirse al contenido literal de la póliza de cumplimiento a efectos de condenar a la aseguradora; (b) la ILV respetó el derecho al debido proceso de Dimerco porque declaró la caducidad con fundamento en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993⁴⁵.

20. El 25 de agosto de 2015⁴⁶, el Ministerio Público rindió concepto en el que manifestó que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada porque está probado que Dimerco incumplió de manera grave el contrato de distribución y que la ILV no vulneró el debido proceso de las demandantes.

III. CONSIDERACIONES

Cláusula compromisoria

21. En la cláusula 44 del contrato de distribución No. 20010062 del 3 de abril de 2001, las partes incluyeron la siguiente disposición:

“CLAUSULA 44.- TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas: (a) el tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentren por debajo de tal valor, se designará un único árbitro [...] (e) En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento [...]” (énfasis agregado)⁴⁷.

22. En el laudo arbitral proferido por el tribunal el 3 de septiembre de 2003 y aportado por Dimerco al proceso, a través del cual se resolvieron ciertas disputas relacionadas con el ámbito territorial de la distribución⁴⁸, se menciona en el acápite 1.3. denominado “*pacto arbitral*”, que las partes modificaron, mediante compromiso del 28 de enero de 2003, los alcances de la cláusula 44 del contrato de distribución. Sin embargo, esta modificación no obra en el expediente y no es posible establecer, por ende, si la cláusula 44 antes anotada fue subrogada por un compromiso con alcances diferentes.

23. Así, partiendo de la cláusula que sí obra en el expediente, de su lectura es dable concluir que el pacto reúne todos los requisitos esenciales para su existencia⁴⁹; sin embargo, por las razones que pasan a exponerse, esta jurisdicción es la competente para conocer y resolver el litigio:

⁴⁵ Los alegatos de la ILV fueron presentados el 12 de agosto de 2015; Ver folios 1241 a 1253, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁶ Ver folios 1269 a 1276, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁷ Ver folios 43 y 44, cuaderno 1.

⁴⁸ Aportado como prueba a folios 53 a 69, cuaderno 1.

⁴⁹ El régimen jurídico aplicable a la existencia y validez de la cláusula compromisoria es, tal y como las partes lo expresaron en el ordinal (d) de la cláusula 44 del contrato de distribución (folio 43, cuaderno 1), el establecido

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

23.1. La Sala advierte que el *petitum* y la *causa petendi* de las demandas presentadas por Dimerco y Confianza versan sobre la anulación de las Resoluciones 1 del 2 de enero y 222 del 20 de febrero de 2006 mediante las cuales la ILV declaró la caducidad del contrato de distribución, así como la anulación de las Resoluciones 707 del 24 de julio, 863 del 5 de septiembre y 924 del 3 de octubre que liquidaron dicho contrato por mandato de las primeras. De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, la pretensión de nulidad que recae sobre las primeras resoluciones no es arbitrable porque consiste en analizar la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de cláusulas exorbitantes en los términos del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

23.2. En lo que concierne a la nulidad de las resoluciones de liquidación unilateral la Sala estima que, si bien, en principio, estarían comprendidas dentro del objeto de la cláusula 44 por no tratarse de actos expedidos por la ILV en “*desarrollo de sus poderes excepcionales*”, lo cierto es que, en este caso, el análisis de su validez no puede deslindarse del que corresponde a los actos administrativos de caducidad, en tanto que la *causa petendi* en la que se sustentó una y otra pretensión es inescindible. En otras palabras, la nulidad de las resoluciones de liquidación unilateral se vinculó directamente a los vicios de invalidez que se endilgaron en contra de los primeros, pues, según las actoras, la liquidación no solo se produjo como consecuencia de la caducidad, sino que en su contenido estuvo determinada por ella —especialmente al haberse hecho efectiva la cláusula penal y el amparo de cumplimiento con cargo a la póliza expedida por Confianza por un incumplimiento que, en su sentir, no se configuró—, circunstancia que impide separar la causa del litigio que se plantea frente a la validez de tales actos administrativos con miras a remitir aisladamente la discusión de la liquidación a un tribunal arbitral.

23.3. Así, dada la inseparabilidad de la causa que enlaza tales pretensiones, la Sala concluye que unos y otros actos son concatenados en los términos en que lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sección, motivo por el cual se impone la necesidad de analizar la *causa petendi* en su integralidad, sin remitir la discusión sobre la liquidación unilateral a un tribunal arbitral.

El objeto de la apelación

24. Según se desprende de los antecedentes, a la Sala le corresponde definir: (i) si el Acta 12 de reunión de la Junta Directiva del 22 de diciembre de 2005 es un acto administrativo y, por tanto, si es objeto de ser enjuiciado ante esta jurisdicción; (ii) respecto de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato de distribución: (a) si se garantizó el derecho al debido proceso de Dimerco; (b) si el Tribunal omitió analizar el cargo que planteó Dimerco contra las referidas resoluciones por vulneración del principio de buena fe; y, (c) si el incumplimiento de los compromisos de compra de licores por parte de Dimerco en el 2005 podía dar

en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el Capítulo I del Decreto 2279 de 1989, que eran las normas sustanciales vigentes al momento de la celebración del Contrato. De conformidad con el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria debe: (i) contener una manifestación expresa de someterse a arbitraje —artículo 3º—; (ii) constar por escrito; (iii) establecer el objeto de la controversia que se someterá a arbitraje —artículo 2º— Interadministrativo. (El Decreto 2279 de 1989 fue modificado por la Ley 446 de 1998. El Decreto 1818 de 1998, compiló varios aspectos contenidos en ese decreto y en esa ley en lo atinente a mecanismos alternativos de solución de conflictos).

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

lugar a que se declarara la caducidad del contrato en los términos establecidos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Además, se deberá determinar si: (iii) debe revocarse la decisión del Tribunal en cuanto, como consecuencia de la validez de los actos de caducidad, condenó a Confianza a pagar los perjuicios causados a la ILV con cargo a la póliza de cumplimiento 03 GU 014227 porque fue incongruente con la *causa petendi* planteada por las partes.

25. Por tratarse de un asunto global de la apelación⁵⁰, en caso de que se conceda razón a la recurrente en relación con la nulidad de las resoluciones de caducidad, la Sala deberá determinar:

25.1. (iv) Si se debe acceder a la pretensión de nulidad total de las resoluciones de liquidación unilateral del contrato, en tanto se profirieron como consecuencia de su terminación anormal producida por la declaratoria de caducidad y, según señaló la parte demandante, por ello adolecen de los mismos vicios que se imputan a las resoluciones de caducidad, además de que reflejan sus consecuencias económicas, en tanto, a través suyo, se aplicaron y cuantificaron la cláusula penal pecuniaria, la indemnización de perjuicios y la penalización establecida en la cláusula 24 del contrato.

25.2. Entiende la Sala que se trata de aspecto global de la apelación porque, si bien en su recurso Dimerco no se refirió expresamente a la legalidad de las resoluciones contentivas de la liquidación, lo cierto es que su desacuerdo con la sentencia de primera instancia sí comprende ese aspecto, en tanto que, al final, lo que pretende es que, debido a su ilegalidad, se retire del ordenamiento jurídico el acto de caducidad y con él todas sus consecuencias jurídicas y económicas; de manera que como las últimas quedaron reflejadas en tales actos de liquidación, los que, a juicio de la recurrente, se encuentran viciados por las mismas causas que los actos de caducidad, resulta evidente que el descontento con la sentencia de primera instancia no se limita a discutir la ilegalidad de las resoluciones de caducidad, sino que comprende también la de los actos de liquidación unilateral, pero únicamente por los vicios que, a su juicio, comparten unos y otros actos.

25.3. (v) Si las pretensiones que se plantearon como consecuenciales de las principales están llamadas a prosperar, esto es: (a) si como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados debe declararse el incumplimiento del contrato por parte de la ILV y (b) si Dimerco tiene derecho a ser indemnizada.

26. Solo en caso de que se concluya en la validez de los actos administrativos demandados⁵¹, la Sala deberá analizar: (vi) si debe revocarse la decisión de primera

⁵⁰ En sentencia del 6 de abril de 2018 (Exp. 46.005, C.P. Danilo Rojas Bethancourt), la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre el ámbito competencial del *ad quem* y dijo “Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del *ad quem* frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.”

⁵¹ Dado que de concluirse en su nulidad, tal decisión producirá efectos erga omnes (artículo 175 del Código Contencioso Administrativo).

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

instancia que redujo el valor de la cláusula penal liquidada en las Resoluciones 863 del 5 de septiembre y 924 del 3 de octubre de 2006 en función del porcentaje de incumplimiento de Dimerco en 2005.

Análisis del caso

27. Para motivar la decisión, la Sala abordará los problemas en el mismo orden en que se identificaron.

La naturaleza del Acta 12 de la reunión del 22 de diciembre de 2005 de la Junta Directiva de la ILV

28. En la apelación, Dimerco señaló que el Acta 12 de reunión de la Junta Directiva de la ILV llevada a cabo el 22 de diciembre de 2005 contiene un acto administrativo porque en ella se consignó la decisión de facultar a la Gerente de la ILV para tomar decisiones en relación con la caducidad del contrato de distribución de marras, por lo cual estimó que la decisión del *a quo* de negar esta pretensión con base en que ese documento no es un acto administrativo es equivocada.

29. En su demanda, Dimerco solicitó, de manera principal, que se declarara la nulidad de la referida acta y, de manera subsidiaria, que se declarara su ineficacia, en ambos casos sobre la base de afirmar que la Junta Directiva adoptó un acto que incidió de manera determinante en la adopción de la decisión de declarar la caducidad y, por ende, capaz de producir efectos jurídicos entre las partes, pero que devino nulo o, en su defecto, ineficaz porque no le fue notificado. Para determinar la procedencia de esta alegación, resulta necesario analizar el contenido del acta atacada.

30. El 22 de diciembre de 2005, la Junta Directiva de la ILV se reunió para discutir, entre otros asuntos, el estado de la ejecución del contrato de distribución y las alternativas que tenía a su disposición en relación con la distribución de sus productos. Como se reseñará con mayor detalle en el siguiente acápite, al finalizar la discusión, la Junta Directiva disertó sobre el camino que se debía seguir en relación con el contrato suscrito con Dimerco, así:

“De acuerdo a lo anterior. El Señor Gobernador hace la siguiente propuesta:

Proponer a Dimerco S.A. que la diferencia contractual sea diferida, para ser cumplida durante los tres primeros meses del año 2006, sin que se modifique la cuota del 2006 y fijando una cuota mensual durante el periodo 2006.

Otra opción de no acatarse la anterior, es dar por terminado de común acuerdo el contrato siempre y cuando DIMERCO S.A liquide 12.000.000 de unidades en el 2005.

En caso de que las dos propuestas anteriores resultaren fallidas, se deberá autorizar a la Gerente General para producir a través del mecanismo legal correspondiente la declaratoria de caducidad del contrato, siempre y cuando se hayan agotado todos los mecanismos de aproximación.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

*La Junta Directiva, aprueba por unanimidad la propuesta del señor Gobernador, y por ello se procederá a expedir el acuerdo correspondiente*⁵².

31. Observa la Sala que la determinación adoptada por la Junta Directiva de la demandada en el sentido de “*autorizar*” a su Gerente para declarar la caducidad del contrato en caso de que no se llegara a un acuerdo con Dimerco sobre las propuestas ofrecidas por esa misma Junta no es un acto administrativo; de una parte, porque la facultad para declarar la caducidad del contrato está comprendida dentro de las atribuciones propias que corresponden a su representante legal, quien, en ejercicio de tal función, está habilitado legalmente para expedir actos administrativos en nombre de la persona pública que representa, pues es el medio a través del cual ésta expresa su voluntad⁵³, y también para obrar en nombre de ella en el marco del contrato⁵⁴; además, porque el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no señala que para ejercer tal función el representante legal deba recibir autorización previa de la junta directiva, cuando la entidad pública cuente con ese órgano de dirección; de otra, porque no se trata de un acto definitivo, en tanto la decisión de declarar la caducidad del contrato no quedó contenida en él, sino en las Resoluciones 1 y 222 de 2006; por tanto, son éstas y no el Acta del 22 de diciembre de 2005 las que pueden ser objeto de un juicio de validez y una eventual declaratoria de nulidad, en la medida que contienen una decisión de fondo que innegablemente produce efectos jurídicos frente a Dimerco y a Confianza.

32. En este sentido, reitera la Sala que los actos administrativos contractuales susceptibles de ser controlados por la vía de la acción de controversias contractuales son las declaraciones unilaterales de voluntad de la entidad estatal contratante, en ejercicio de la función administrativa, que tienen *carácter decisorio* y que se expiden con motivo u ocasión de la actividad contractual⁵⁵. De acuerdo con esta caracterización, se califican como tales, entre otros: el que declara la caducidad del contrato en virtud de la competencia establecida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993; el que ordena su terminación por configurarse alguna de las causales de nulidad previstas en los numerales 1º, 2º, y 4º del artículo 44 de la misma Ley; el que lo liquida unilateralmente según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

33. Por todo lo anterior, se confirmará la decisión del Tribunal de denegar la pretensión que estaba dirigida a lograr la nulidad de tal acta, y se procederá a analizar los reproches de Dimerco en contra las resoluciones que declararon la caducidad del contrato de distribución.

La vulneración del debido proceso y del derecho de audiencia y defensa

34. La sentencia del Tribunal negó el cargo que las actoras plantearon contra las resoluciones a través de las cuales la ILV declaró la caducidad del contrato de distribución sobre la base de afirmar: (i) que “*la ley no dispone que necesariamente*

⁵² Folio 148, cuaderno 10.

⁵³ Valga aclarar, siempre que esté en ejercicio de funciones administrativas.

⁵⁴ Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 que señala que el facultado para celebrar contratos en nombre de todas las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles es su representante legal.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 4 de junio de 2021, C.P. José Roberto Sábica Méndez (Exp. 50.114).

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

*y en todos los eventos deba adelantarse una actuación previa al ejercicio de estas facultades de la administración*⁵⁶, y (ii) que, en todo caso, “*la ILV siempre permaneció dispuesta a garantizarle al contratista sus derechos*” lo que se hace evidente dados “*las largas y dilatadas conversaciones que venían sosteniendo los cocontratantes para tratar de superar las divergencias que se suscitaron durante todo el iter contractual; así como el intenso flujo de comunicaciones escritas que se entrecruzaron*”⁵⁷.

35. En su apelación, Dimerco cuestionó los fundamentos de esta decisión sobre la base de manifestar que el Tribunal: (i) se apartó sin justificación del precedente jurisprudencial de esta Corporación que establece que la Administración siempre debe garantizar el debido proceso en el ejercicio de las facultades sancionatorias contractuales; (ii) no valoró críticamente las pruebas como lo impone el artículo 304 del CPC porque se limitó a hacer referencias generales de la documentación que obra en el expediente sin precisar cómo estos elementos de juicio daban cuenta de que la ILV garantizó el debido proceso de Dimerco; (iii) se equivocó al concluir que la ILV garantizó ese derecho porque, en realidad, la sanción de caducidad que la demandada le impuso fue de plano.

36. Por ser pertinente y necesario para resolver este cargo de la apelación, la Sala hará alusión al marco conceptual del derecho al debido proceso en el marco del ejercicio de facultades sancionatorias contractuales por parte de la Administración; de cara a ello, analizará los elementos probatorios y el contexto que precedió a la declaratoria de caducidad del contrato de distribución No. 20010062, lo que le permitirá establecer si al declarar su caducidad la ILV garantizó ese derecho fundamental a Dimerco.

1. El derecho al debido proceso como eje del ejercicio de las cláusulas exorbitantes a favor de la administración⁵⁸

37. El debido proceso es un derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política⁵⁹ que propende por la garantía de la autonomía y libertad de los ciudadanos en tanto limita racionalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado⁶⁰. El debido proceso dicta que las autoridades, tanto en sede administrativa como judicial, deben adelantar el procedimiento previamente definido para su actuación, en aplicación del principio de juez natural, con respeto de los derechos de defensa y contradicción, garantizando la posibilidad de aportar y

⁵⁶ Ver folio 1100, cuaderno del Consejo de Estado.

⁵⁷ Ver folio 1100, cuaderno del Consejo de Estado.

⁵⁸ En esta providencia se reitera las líneas conceptuales generales desarrolladas por esta Subsección en sentencia del 16 de julio de 2021 (C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. 49.437).

⁵⁹ Artículo 29, Constitución Política: “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

controvertir pruebas, la publicidad de las actuaciones y decisiones proferidas en el curso de tales procedimientos y concediendo la oportunidad de impugnarlas.

38. La referida norma constitucional compendia el contenido de tal derecho y garantía. Así, define el derecho a: (i) ser juzgado con base en normas previas a la conducta que se endilga, (ii) solo ser condenado por hechos previstos como delito o infracción al momento de su comisión, (iii) ser juzgado en atención a las formas previstas para cada juicio, previa determinación legal, (iv) ser juzgado por una autoridad competente, independiente e imparcial, (v) no desconocer la presunción de inocencia, (vi) no ser juzgado dos veces por la misma conducta, (vii) aplicar el principio de favorabilidad, (viii) aportar y controvertir las pruebas que se aduzcan en contra del procesado, (ix) el proceso debe sustentarse en pruebas legalmente obtenidas y, (x) se debe lograr la resolución de las controversias jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas y con respeto de los principios procesales⁶¹.

39. El derecho al debido proceso se extiende, como ya se dijo, tanto a las actuaciones administrativas como a los procesos judiciales; sin embargo, ello no significa que su alcance sea el mismo en ambos escenarios, puesto que, en atención a las diferencias que existen entre uno y otro, tratándose del ámbito administrativo, este derecho debe desarrollarse bajo los principios orientadores de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Pública, entre ellos, la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad.

40. En ese contexto, el respeto del derecho fundamental al debido proceso es de ineludible observancia, aunque, como ya se vio, debe responder a la aplicación de los principios que rigen la función administrativa, pues unos y otros están al servicio del mismo fin, esto es, la realización de la justicia material, y la concreción de los fines del Estado.

41. En los procedimientos administrativos contractuales sancionatorios tal derecho tiene papel preponderante, en tanto que, como resultado de éstos, se pueden generar afectaciones a variados derechos de los contratistas, asunto que no es discordante con la realización del interés público, en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de contratación, de manera que ante la gravedad de las sanciones contractuales se torna en prohibitivo la imposición de plano de dichas sanciones, por lo que la Administración, previo a su aplicación, debe desarrollar un procedimiento que preserve la realización de las garantías del debido proceso⁶².

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente 24743, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

⁶² Así lo ha dicho la Sección Tercera en múltiples y reiteradas ocasiones, por ejemplo: “Al respecto debe precisarse que no le asiste la razón a la entidad estatal contratante en su argumentación, puesto que la garantía del debido proceso supone y exige, en desarrollo de los derechos de defensa, de audiencia y de contradicción, de los cuales es titular el contratista particular, que la oportunidad para aportar pruebas y para examinar y/o cuestionar las que se recauden durante el curso de la actuación administrativa, debe brindarse de manera real y efectiva con anterioridad a la expedición de la decisión correspondiente [...]” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 20.618. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 37.607; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 17.858.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

42. En tratándose de la consagración positiva del debido proceso en materia contractual —lo cual, vale precisar, no desconoce la universalidad de garantías que recoge el artículo 29 de la Constitución Política, sino que denota un desarrollo de esa norma superior en un aspecto particular—, los artículos 23⁶³ y 77⁶⁴ de la Ley 80 de 1993 remitían a las normas generales del ejercicio de la función administrativa, en cuanto fuesen compatibles con la ley de contratación pública sobre la formación de la voluntad de la administración, las cuales envuelven el deber de hacer partícipe al administrado destinatario de tales decisiones en el trámite previo a la expedición del acto administrativo, garantizándole la posibilidad de ser oído y de ejercer el derecho de defensa y contradicción. Estas reglas vienen de años atrás, cuando el ordenamiento legal entendió que la realización del interés público y la protección de los derechos de los particulares no solo se hace efectiva a partir de facilitar la controversia sobre la decisión administrativa (recurso), sino que es indispensable que, en la formación de tal voluntad, intervenga el particular que potencialmente pueda resultar afectado, pues ello legitima, entre otros, la presunción de legalidad del acto.

43. Luego, con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁶⁵ se consagró el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, lo cual no hace más que reiterar lo determinado por el constituyente en el artículo 29 de la norma superior y el desarrollo jurisprudencial que con ocasión de esta normativa se había adelantado. Lo anterior resulta relevante en el caso de autos en la medida en que no se puede afirmar, sin contravenir los artículos 29 constitucional y 23 y 77 de la Ley 80 de 1993, que el debido proceso no es aplicable a la expedición de actos administrativos sancionatorios contractuales sobre la base de que, para el momento en el que la ILV declaró la caducidad —enero de 2006—, la Ley 1150 de 2007 no había entrado en vigencia; pues el debido proceso es un derecho de raigambre constitucional y de aplicación directa que no puede ser desconocido por la Administración⁶⁶.

⁶³ Artículo 23, Ley 80 de 1993: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

⁶⁴ Artículo 77, Ley 80 de 1993: “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

⁶⁵ Artículo 17, Ley 1150 de 2007: “**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. [...]”

⁶⁶ En este respecto, dijo esta Corporación: “El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que ‘Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.’ Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición —analogía in bonam partem— y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

44. En efecto, incluso antes de la expedición de esa norma, el criterio jurisprudencial preponderante era el que indicaba que, para la protección de esta garantía de raigambre constitucional, 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 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 pertinentes⁶⁷. Estas guías y orientaciones jurisprudenciales, a no dudarlo, fueron recogidas por el legislador en el referido artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que dispuso, como principio rector en materia contractual, que las sanciones que se impongan deben estar precedidas de un trámite mínimo que garantice el debido proceso.

45. En este punto, la Sala estima importante destacar que la garantía del debido proceso en materia de lo administrativo contractual ha trasegado una senda de progresivo perfeccionamiento y claridad. En efecto, aunque antes de la Ley 1150 de 2007 el debido proceso existía y permeaba la justicia administrativa —entendida como el conjunto de elementos y garantías que fundan el recto ejercicio de la función administrativa en la adopción de una determinación frente al administrado—, no lo es menos que sus contenidos no se habían perfilado con tanta precisión. De hecho, antes de la Ley 1150 de 2007, se consideró en algún momento que el debido proceso se garantizaba mediante la interposición y solución de los recursos en la vía gubernativa. Sin embargo, esta posición atávica fue abandonada porque el recto ejercicio de las funciones inherentes a la Administración que propenden por la guarda del interés público, requiere, cuando menos, que el administrado pueda ser oído antes de que se adopte una decisión capaz de afectarlo.

46. En este orden de ideas, el hecho de que al momento en el que se expidieron los actos administrativos demandados no existiera una norma legal que regulara en forma directa el procedimiento administrativo contractual para imponer la sanción de caducidad⁶⁸, no significa que la Administración estuviera eximida de garantizar el debido proceso de sus contratistas, en tanto que, como ya se advirtió, se trata de un derecho fundamental⁶⁹ que existe de vieja data y que dota de contenido al Estado de Derecho.

contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367.

⁶⁷ Así lo dijo la Sección Tercera, así: “*encuentra la Sala que las razones expuestas por la parte demandada para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia no tienen vocación de prosperidad, toda vez que, como viene de verse, con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al afectado la oportunidad para que haga efectivas todas las garantías que le asisten en virtud del derecho al debido proceso, razón por la cual no es suficiente para su ejercicio efectivo que, como erradamente lo consideró la parte demandada, la decisión se encuentre debidamente motivada y sea notificada, por cuanto existe un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar la realización efectiva del mencionado derecho*”, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de junio de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 24.559.

⁶⁸ Procedimiento que fue regulado en la Ley 1474 de 2011.

⁶⁹ “*Sin embargo, no puede afirmarse que sólo a partir de esta norma [se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007] rige el debido proceso para los contratistas del Estado, toda vez que se trata de un derecho fundamental de consagración constitucional (art. 29), en virtud del cual las personas gozan de una serie de garantías mínimas en todas las actuaciones judiciales y administrativas que conducen a una decisión sobre los derechos de los que ellas son titulares, con miras a que la misma sea justa, derecho que por disposición de la Carta, es de*

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

47. Así, en desarrollo de este derecho, el contratista, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, debe conocer los supuestos que para la entidad configuran incumplimiento de sus obligaciones, los cuales deben integrarse con las consecuencias que la ley establece y se estipularon en el contrato, cuyo contenido conocen las partes desde su suscripción, situación que, además, materializa las reglas contenidas en la regulación general de la función administrativa, que para la época de los hechos que se estudian en este asunto son los artículos 3, 14, 15, 28, 29, 34, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo (CCA), los cuales determinan que las autoridades deben comunicar a los interesados —en este caso contratistas— la existencia de las actuaciones que los puedan afectar, otorgándoles la oportunidad de presentar descargos y solicitar pruebas; en suma, ejercer su derecho de defensa y contradicción⁷⁰.

48. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación precisó que en el ámbito contractual el derecho al debido proceso no se traduce en la necesidad de que los procedimientos administrativos contractuales sean iguales a los judiciales o aún a los administrativos que están reglados, en tanto dichos procedimientos deben estar a tono con la agilidad y eficiencia propia de la actividad que busca la garantía de la continua prestación de los servicios o bienes contratados. En ese sentido, señaló que el respeto por el debido proceso —para el 2006, fecha en que se expidieron los actos demandados— se entendía garantizado con que se adelantara un procedimiento que, como mínimo, debía comprender un requerimiento previo para que el contratista conociera los incumplimientos que se le endilgaban y, de cara a ello, para que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual debía tener la posibilidad de pedir pruebas y contradecir las que se adujeran en su contra⁷¹.

aplicación inmediata (art. 85, C.P.)”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24743. C.P. Danilo Rojas Betancourth. En este mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio de esta Corporación, en concepto 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157) del 10 de octubre de 2013, C.P. Álvaro Namén Vargas expresó que para garantizar el debido proceso las entidades deben observar “*un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad contratante, y así ejercer su derecho de defensa y contradicción con base en el artículo 29 C.P...*”.

⁷⁰ Así lo dijo esta Corporación cuando señaló “*En efecto, dado que el debido proceso para imponer la sanción de caducidad no se encontraba reglamentado mediante un procedimiento específico —como lo está ahora en la Ley 1474 de 2011- la Administración Pública estaba sometida a las formalidades reguladas de manera general en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo —y a las demás normas existentes acerca de los principios generales de los procedimientos administrativos y de las actuaciones administrativas, contenidas en el Libro Primero del mismo Código Contencioso Administrativo- de donde se tiene que la Corporación contratante debía brindar oportunidad real al interesado para que pudiera expresar sus explicaciones u opiniones, aportar pruebas, cuestionar o contradecir las que se pretendían hacer valer en su contra, de tal manera que sólo después de haber garantizado de manera efectiva sus derechos de audiencia y de defensa, la entidad estatal contratante pudiera proceder entonces a tomar válidamente una decisión motivada y sustentada en las pruebas e informes disponibles.*”

En este sentido, para adoptar la aquí cuestionada decisión de caducidad administrativa del contrato, la entidad demandada debía respetar los dictados del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo además de observar los aludidos principios y procedimientos administrativos, a saber: comunicar la existencia de la actuación iniciada de oficio y su objeto (artículo 28); responder a las peticiones formuladas (artículo 31); respetar el derecho a pedir pruebas y allegar información o decretarlas de oficio, así como permitirle la contradicción de las pruebas decretadas de oficio y/o recolectadas para hacerlas valer en su contra, obviamente con el conocimiento y derecho a ser oído que asistía al contratista (artículo 34).” (énfasis agregado) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 20.618.

⁷¹ Sobre este aspecto señaló esta Corporación: “*Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe*

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

49. Así las cosas, se advierte que cuandoquiera que la administración ejercite una facultad sancionatoria, como lo es la caducidad⁷², 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. Esto, sin embargo, no implica que, para la época en que se desarrolló la disputa entre las partes, necesariamente se debiera tramitar un procedimiento reglado compuesto por etapas rígidas como lo son los procedimientos judiciales —o los procedimientos administrativos reglados en la Ley 1474 de 2011, por ejemplo—.

50. Precisado el anterior marco conceptual, procede la Sala a estudiar los reparos contra la sentencia de primera instancia que planteó Dimerco en el recurso de alzada en relación con el debido proceso.

2. La vulneración del debido proceso de Dimerco en la expedición de las resoluciones demandadas

51. Para desatar la apelación en este aspecto, la Sala debe determinar si al declarar la caducidad del contrato de distribución de licores la ILV garantizó el debido proceso de Dimerco; para ello, resulta imperioso analizar las pruebas que obran en el expediente con el objeto de reconstruir el contexto que antecedió a la expedición de las resoluciones a través de las cuales se adoptó esa determinación, para verificar si la demandante tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción.

51.1. Mediante Resolución 274 del 27 de marzo de 2001⁷³, la ILV adjudicó a Dimerco el contrato 20010062 que las partes suscribieron el 3 de abril de 2001. El objeto de dicho negocio jurídico consistió en la *“distribución de los licores producidos por LA INDUSTRIA en el territorio colombiano, para que la gestión de distribución sea adelantada por el DISTRIBUIDOR mediante una actividad calificada de*

guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.

“Este entendimiento tiene sustento en el interés público de que la ejecución de los servicios, el suministro de bienes o la realización de las obras no se interrumpa o paralice, lo que ocurriría si somete en todos los casos a la Administración a un trámite dispendioso que frustre la finalidad de la medida sancionatoria y, por ende, el cumplimiento oportuno del contrato, con desfase de los plazos generales y parciales para su ejecución en tiempo debido, los cuales, como se sabe, se fijan y pactan de acuerdo con la oportunidad en que se necesita el bien, el servicio o la obra para satisfacer el interés público o colectivo involucrado en el contrato”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, radicación 05001232600019920011701 (18394), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷² La naturaleza sancionatoria de la caducidad ha sido materia de desarrollo por esta Corporación en los siguientes términos: *“Sin embargo, para la Sala lo expuesto no constituye un argumento válido para desconocer el deber de respetar el debido proceso en la actuación previa a la expedición del acto de caducidad del contrato, máxime cuando es bien sabido por las entidades estatales contratantes que dicha decisión es la más severa sanción de que puede ser objeto un colaborador de la Administración en sede administrativa, pues no solamente comporta la ruptura del vínculo contractual, sino que además implica que por tal decisión no hay lugar a reconocimiento económico alguno en favor de la contratista, se le priva de ejecutar el contrato por la totalidad del plazo establecido, se da lugar a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y adicionalmente ello entraña para dicha contratista la carga de asumir una inhabilidad para contratar con el Estado por los siguientes cinco años.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 33.337

⁷³ Folios 628 a 692, cuaderno 1.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

intermediación en el mercado nacional, que conduzca a la venta de los licores producidos por LA INDUSTRIA” —cláusula primera del contrato⁷⁴—. El plazo se pactó, inicialmente, en 77 meses, contados a partir del 3 de abril de 2001⁷⁵, luego fue modificado para que venciera el 31 de diciembre de 2006⁷⁶.

51.2. En virtud del referido contrato, Dimerco se obligó con la Industria a distribuir un volumen determinado de los licores producidos por ésta, en calidad de distribuidor exclusivo, inicialmente en el Departamento del Valle del Cauca y en el “*resto del país*” y, tras la suscripción del otrosí del 12 de octubre de 2004, solamente en el departamento indicado. Según lo establecido en la cláusula tercera del contrato, Dimerco debía distribuir los productos en el ámbito territorial señalado, solicitar los pedidos de licores necesarios para cumplir con las cantidades señaladas anualmente, cubrir los gastos y sufragar las inversiones para adelantar las gestiones de distribución, entre otras⁷⁷. Como contraprestación, según la cláusula 13 del contrato, Dimerco obtendría un porcentaje promedio de 4,76% sobre “*el precio de venta de la Industria al Distribuidor*”⁷⁸ de cada botella de 750 c.c. de licor, porcentaje que fue modificado mediante otrosí suscrito el 12 de octubre de 2004⁷⁹ en el sentido de incrementarlo al 6,5% sobre el precio de costos para Dimerco de cada botella⁸⁰.

51.3. La cuota de compra anual a cargo de Dimerco —determinada, primero, con corte a finales de mayo de cada año⁸¹ y, luego, con corte al 31 de diciembre⁸²— quedó establecida en la cláusula décima quinta del contrato⁸³ y se expresó en cantidades de botellas de licor en la presentación de 750 c.c. En la cláusula décima quinta, modificada por el otrosí del 12 de octubre de 2004, se estableció lo siguiente:

“CLÁUSULA 15.- COMPROMISOS DE COMPRA CON FINES DE DISTRIBUCIÓN EN EL DEPARTAMENTO DEL VALLE: EL DISTRIBUIDOR, por medio de la suscripción del presente contrato, asume los siguientes compromisos de compra de productos de la INDUSTRIA en la ZONA DE DISTRIBUCIÓN, así: [...]

*2. Para el período 1º de enero a 31 de diciembre de 2005 EL DISTRIBUIDOR DIMERCO comprará a la INDUSTRIA un mínimo de trece millones quinientos noventa y seis mil unidades (13.596.000) en presentación de 750 c.c. [...]*⁸⁴.

51.4. En el considerando séptimo del citado otrosí, las partes acordaron que la “*cuota anual será distribuida mensualmente, como mecanismo para que la INDUSTRIA pueda programar su producción, de acuerdo con la tabla que se*

⁷⁴ Folio 8, cuaderno 1.

⁷⁵ Folios 36 y 37, cuaderno 1.

⁷⁶ Folio 87, cuaderno 1.

⁷⁷ Folio 9, cuaderno 1.

⁷⁸ Folio 78, cuaderno 1.

⁷⁹ A través de este otrosí las partes modificaron varios aspectos de la relación contractual de distribución, incluyendo el ámbito territorial de la ejecución de las obligaciones de distribución, la forma y cuantía de la remuneración del distribuidor, el plazo de vigencia, los compromisos de cobertura, entre otros aspectos. Esta modificación tuvo como antecedentes el laudo arbitral proferido por el tribunal arbitral en el año 2003 sobre el alcance territorial de la distribución, así como la solicitud de Dimerco en relación con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

⁸⁰ Folio 83, cuaderno 1.

⁸¹ Así lo estableció la adición al contrato de distribución, folios 411 a 413, cuaderno 10.

⁸² Folio 87, cuaderno 1.

⁸³ Folio 17, cuaderno 1.

⁸⁴ Folio 84, cuaderno 1.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

*anexa*⁸⁵. Esta manifestación, empero, no alteró la regla contractual para determinar el cumplimiento definitivo de las obligaciones de compra a cargo de Dimerco, pues además de que no se estipuló que debido a lo referido en esta consideración se variara lo señalado en la cláusula 15 acabada de transcribir, se indicó expresamente que se trataba, como lo enuncia su propio texto, de un mecanismo para contribuir a la eficiente programación de la producción de la ILV y, además, no se varió la cláusula quinta del contrato en la que se estipuló:

“CLÁUSULA 5.- COMPRA DE LOS PRODUCTOS E INCREMENTOS DE PEDIDOS: *Como mecanismo para la distribución, el DISTRIBUIDOR se obliga a adquirir a través del presente contrato los productos de la INDUSTRIA, en las cantidades, para los periodos, los establecimientos y demás condiciones que se detallan en este contrato.*

*En todo caso, el DISTRIBUIDOR podrá tener pedidos en porcentajes inferiores a los que determina este contrato para los periodos mensuales que transcurran durante de cada año calendario del plazo del contrato, siempre que en total, el DISTRIBUIDOR coloque en el mercado en cada periodo anual (año calendario) las cantidades totales a las que se compromete, encontrándose autorizado, por lo tanto, a hacer compensaciones de un período mensual con uno o varios de los periodos mensuales subsiguientes dentro de un mismo año calendario [...]”*⁸⁶.

51.5. El referido entendimiento, además, es refrendado por la aplicación práctica⁸⁷ que le dieron las partes al compromiso de compra, como lo evidencian: (i) la comunicación CEG-EXT-101-2005 remitida por Dimerco a ILV en la que señaló que “[e]l otrosí al contrato de distribución suscrito el 12 de octubre del 2004, en su cláusula 15 estipulado [sic] que el periodo anual comprende del 1º de enero al 31 de diciembre de cada año. Esto significa que así se hubiera establecido un cronograma de compras por cada uno de los meses del contrato, nuestro compromiso contractual para cada uno de los años del contrato termina el 31 de diciembre y es en este momento en el cual se determina si hubo o no incumplimiento de los objetivos de compra”⁸⁸; (ii) la comunicación 1000-1043-05 del 14 de diciembre de 2005 dirigida por la ILV a Dimerco, en la que le indicó expresamente que el “cumplimiento se analiza el 31 de diciembre de 2005 y no antes [...]”⁸⁹; y (iii) el Acta 12 de la reunión del 22 de diciembre de 2005 de la Junta Directiva de la ILV, en la que consta que “[e]l Señor Gobernador manifiesta que **el contrato termina el 31 de diciembre de 2005 y solo hasta ese día se verificará el Incumplimiento; considera que es importante de todas maneras agotar la vía del diálogo [...]”** (énfasis agregado)⁹⁰.

51.6. De lo anterior se colige que como el plazo máximo para que Dimerco adquiriera el número de botellas a que se comprometió para el año 2005 vencía el

⁸⁵ Folio 79, cuaderno 1.

⁸⁶ Folio 10, cuaderno 1.

⁸⁷ Artículo 1622, Código Civil “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.” (énfasis agregado)

⁸⁸ Folios 228 a 230, cuaderno 10. Ver en el mismo sentido comunicación CEG-EXT-108-2005 remitido por Dimerco a ILV el 2 de mayo de 2005, folios 118 y 119, cuaderno 1.

⁸⁹ Folios 156 y 157, cuaderno 1.

⁹⁰ Folios 440 a 454, cuaderno 10.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

31 de diciembre de ese mismo año, solo al finalizar esa fecha podía verificarse el incumplimiento definitivo de tal obligación; de modo que únicamente hasta entonces la ILV podía reprocharle a Dimerco su inobservancia contractual y adoptar las medidas que estimara conducentes.

51.7. Sin perjuicio de lo anterior, a inicios del año 2005 Dimerco comenzó a remitirle comunicaciones a la ILV en el sentido de manifestarle que se estaban presentado circunstancias —que calificó como externas a su voluntad— que generaban una dificultad en la compra de los productos en el volumen establecido en el cronograma de compras mensuales; la primera de ellas la remitió el 1º de febrero de 2005. En estas comunicaciones, Dimerco le manifestó a la ILV que: (i) la distribución y venta de licores adulterados y de contrabando estaba desplazando las ventas de los licores distribuidos por ella, afectando el volumen de compras que podía hacer⁹¹; (ii) que en el Departamento del Valle del Cauca se experimentó un descenso en el consumo de aguardiente que afectó las ventas de los licores producidos por la ILV, así como la capacidad de compra por parte del distribuidor⁹²; y (iii) la omisión en la adopción de una política de mercadeo y publicidad robusta y “agresiva” —hecho que imputó a la ILV— generó un descenso en las ventas de los productos de la demandada en la medida en que los clientes estaban adquiriendo los productos de los competidores⁹³.

51.8. La ILV, por su parte, dio contestación a las comunicaciones remitidas por la actora en las que anotó: (i) que estaba preocupada por el descenso de los niveles de compra por parte del distribuidor⁹⁴, los cuales, con corte al 11 de noviembre de 2005, eran de apenas el 50% del total convenido⁹⁵; (ii) que Dimerco había incumplido con la programación de las compras en los meses de enero, junio y octubre⁹⁶; (iii) que el descenso de compras imputable al decrecimiento del consumo era un asunto temporal, en la medida en que el mercado de licores es volátil⁹⁷; (iv)

⁹¹ Ver: (i) comunicación CEG-EXT-026-2005 remitido por Dimerco a ILV el 1º de febrero de 2005, folios 89 a 91, cuaderno 1; (ii) Comunicación CEG-EXT-116-2005 remitido por Dimerco a ILV el 10 de mayo de 2005, folio 120, cuaderno 1; (iii) Comunicación CEG-EXT-204-2005 remitido por Dimerco a ILV del 21 de octubre de 2005, folios 134 y 135, cuaderno 1; y (iv) Comunicación CEG-EXT-232-2005 remitido por Dimerco a ILV del 12 de diciembre de 2005, folios 158 y 159, cuaderno 1.

⁹² Ver: (i) Comunicación CEG-EXT-116-2005 remitido por Dimerco a ILV del 10 de mayo de 2005, folio 120, cuaderno 1; (ii) Comunicación CEG-EXT-166-2005 remitido por Dimerco a ILV del 8 de agosto de 2005, folio 124, cuaderno 1; (iii) Comunicación CEG-EXT-194-2005 remitido por Dimerco a ILV del 19 de septiembre de 2005, folios 25 y 26, cuaderno 10; (iv) Comunicación CEG-EXT-204-2005 remitido por Dimerco a ILV del 21 de octubre de 2005, folios 134 y 135, cuaderno 1; (v) Comunicación CEG-EXT-212-2005 remitido por Dimerco a ILV del 3 de noviembre de 2005, folios 136 y 137, cuaderno 10; y (vi) Comunicación CEG-EXT-232-2005 remitido por Dimerco a ILV, folios 53 y 54, cuaderno 10.

⁹³ Ver: (i) comunicación CEG-EXT-026-2005 remitido por Dimerco a ILV el 1º de febrero de 2005, folios 89 a 91, cuaderno 1; (ii) Comunicación CEG-EXT-034-2005 remitido por Dimerco a ILV, folios 11 y 12, cuaderno 10; (iii) Comunicación CEG-EXT-045-2005 remitido por Dimerco a ILV del 23 de febrero de 2005, folios 94 y 95, cuaderno 1; (iv) Comunicación CEG-EXT-131-2005 remitido por Dimerco a ILV del 11 de junio de 2005, folio 121, cuaderno 1; y (v) Comunicación CEG-EXT-204-2005 remitido por Dimerco a ILV del 21 de octubre de 2005, folios 134 y 135, cuaderno 1

⁹⁴ Ver: (i) Comunicación 1000-224-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 24 de febrero de 2005, folio 271, cuaderno 10; y (ii) Comunicación 1000-826-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 14 de septiembre de 2005, folios 290 y 293, cuaderno 10.

⁹⁵ Así se lo manifestó mediante comunicación 10000968-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 11 de noviembre de 2005, folios 13 y 14, cuaderno 8.

⁹⁶ Ver: (i) respecto de la programación de enero de 2005, comunicación 1000-139-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 1 de febrero de 2005, folio 269, cuaderno 10; (ii) respecto de la programación de junio, Comunicación 1000-560-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco, folios 3 y 4, cuaderno 8; (iii) respecto de la programación de octubre, Comunicación del Gerente General de la ILV a Dimerco del 12 de octubre de 2005, folios 298 y 299, cuaderno 10.

⁹⁷ Ver Comunicación 1000-835-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 16 de septiembre de 2005, folios 294 a 296, cuaderno 10.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

que se estaban haciendo esfuerzos conjuntos con las autoridades para incautar e impedir la entrada de licores adulterados y de contrabando⁹⁸; y, (v) que la ILV cumplió con sus obligaciones relacionadas con los programas de mercadeo⁹⁹, pero que el fondo de publicidad creado para ese fin se encontraba en déficit producto del descenso en las compras por parte de Dimerco¹⁰⁰.

51.9. La existencia de las dificultades en el cumplimiento de la programación de compras por parte de Dimerco dio lugar a que, en dos ocasiones en el año 2005 — en agosto y noviembre—, le solicitara a la ILV dar aplicación a los mecanismos convencionales de solución de disputas pactadas en el contrato de distribución. Lo anterior, en procura de que, con fundamento en la cláusula tercera del otrosí del 12 de octubre de 2004, se renegociaran las metas de compra anuales pactadas en el contrato con el objeto de que no se incumpliera ese compromiso que, se reitera, se verificaba a 31 de diciembre de cada año. La anotada cláusula del otrosí establece:

“TERCERO. En el evento en que los volúmenes de venta nacionales crezcan o decrezcan las partes podrán analizar el tema y realizar nuevos acuerdos relacionados con los objetivos de compra”¹⁰¹.

51.10. Dimerco le solicitó a la ILV, en agosto¹⁰² y a finales de noviembre de 2005¹⁰³, que, con fundamento en la cláusula 42 del contrato¹⁰⁴, se iniciaran las negociaciones para resolver el conflicto relativo a la interpretación y aplicación de la cláusula tercera acabada de transcribir, sobre el supuesto de que, con fundamento en ésta y en las circunstancias externas, se debían renegociar las cuotas de compra de los productos.

51.11. En el marco del último intento de arreglo convocado por Dimerco, las partes llevaron a cabo dos reuniones: el 1º y el 19 de diciembre de 2005, sin perjuicio de las múltiples comunicaciones que se cruzaron entre agosto y diciembre, que se limitaron a refrendar la posición que cada una de ellas tenía frente al alcance de la cláusula tercera del otrosí. Mientras que Dimerco afirmaba que al contrato de distribución le eran aplicables las normas del derecho común y que dicha cláusula debía dar lugar indefectiblemente a la renegociación de la cuota de compra para

⁹⁸ Comunicación 1000-987-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 19 de diciembre de 2005, folio 160, cuaderno 1.

⁹⁹ Comunicación 1000-987-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 21 de noviembre de 2005, folios 22 a 27, cuaderno 8.

¹⁰⁰ Ver: (i) Comunicación 1000-400-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 21 de abril de 2005, folio 281, cuaderno 10; y (ii) Comunicación 1000-975-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 16 de noviembre de 2005, folios 15 a 17, cuaderno 8.

¹⁰¹ Folio 79, cuaderno 1.

¹⁰² En la comunicación CEG-EXT-169-2005 remitido por Dimerco a ILV del 13 de agosto de 2005 (folios 125 y 126, cuaderno 1), la actora le solicitó a la demandada que: *“como las partes tienen interpretaciones diferentes de la cláusula 3ra del OTROSI, con el debido respeto nos permitimos solicitar se de aplicación al mecanismo de arreglo directo de que trata la cláusula 42 del Contrato y a las etapas subsiguientes en el menor tiempo posible”*.

¹⁰³ Comunicación CEG-EXT-228-2005 remitido por Dimerco a ILV del 26 de noviembre de 2005 (folios 143 a 146, cuaderno 1).

¹⁰⁴ De conformidad con la cláusula 42 referida *“todas 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 [...]”* (Folios 40 a 42, cuaderno 1), lo que requería de la citación y agotamiento de un número indefinido de reuniones de negociación a las que asistirían los representantes de las partes. De conformidad con el ordinal (k) de dicha cláusula, en caso de que una de las partes no respondiera las comunicaciones que se le remitieran o que no se llegara a un acuerdo, se acudiría a la instancia de conciliación, regulada en la cláusula 43 del contrato (Folios 42 y 43, cuaderno 1).

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

ese año en atención a la ocurrencia de los factores arriba señalados, la ILV se negaba a renegociar las cuotas de compra a cargo de Dimerco con base en que esa cláusula era ineficaz y, en su defecto, no contenía una obligación de renegociación.

51.12. La ILV estimó, por una parte, que el contrato de distribución comprendía la ejecución de una actividad monopolística y que, en tal virtud, su régimen jurídico era exclusivamente el de la Ley 80 de 1993 por lo que no era posible, sin contravenir el principio de transparencia, renegociar las cuotas de compra¹⁰⁵ y, de otra, que, en todo caso, el otrosí envolvía una facultad de la ILV de renegociar mas no una obligación de resultado como entendía Dimerco.

51.13. Respecto de la existencia de un conflicto entre las partes y los alcances de las negociaciones, la ILV planteó su posición mediante comunicación del 14 de diciembre de 2005, en la que señaló:

“[P]ara dar respuesta al oficio de la referencia me permito indicarle que en reunión sostenida el 1 de Diciembre de 2005 quedó claramente establecido que el tema objeto de controversia es la interpretación jurídica y aplicación de la cláusula tercera del ‘OTRO SI’, no temas relacionados con el nivel de compra de DIMERCO a la ILV. En este caso existe un contrato cuyo cumplimiento se analiza el 31 de diciembre de 2005 y no antes. [...]

La posición de la ILV en cuanto a la cláusula tercera citada, es que es una estipulación ineficaz que está ligada con la naturaleza jurídica del contrato, en el sentido de que en un contrato donde se ejerce una actividad monopolística las normas de derecho comercial y civil no tienen aplicación.

En gracia de discusión, en caso de decir que tiene validez la cláusula, se estaría ante un precepto que consagra una potestad y no un deber, razón por la cual no es imperativo para las partes entrar a aplicarla [...]

Se reitera que la solución propuesta por la ILV, es la de considerar la cláusula como carente de validez por la naturaleza del contrato”¹⁰⁶ (énfasis agregado).

51.14. Dimerco reiteró su posición en la reunión del 19 de diciembre de 2005 en los siguientes términos:

“[P]ara Dimerco y para el contrato mismo este es un contrato de mandato, de la categoría especializado que consagra el código de comercio, en su categoría de suministro, en cuanto encuadra típicamente usándose la figura de mercadeo de la distribución. Posición que no ha variado y tampoco la de la Industria de Licores del Valle, cuando erradamente manifiesta que este es un contrato de monopolio, dejándose claro que esta diferencia conceptual hace innecesario el arreglo directo y la conciliación, lo que pone al orden del día de dejar [sic] claro como lo ha sido hasta ahora que Dimerco no cumplirá la meta de ventas y por ende deben aplicarse los principios generales de la Ley 80, en cuanto a la ecuación contractual y esto solo es posible cuando las partes por vía directa o arbitral aceptemos que se trata de un contrato de suministro dando lugar a las normas comerciales y de la Ley 80 de manera mixta ya que ningún ente del Estado puede obligar a ningún particular que contrate con ellos, a

¹⁰⁵ Ver posición de la ILV en el Acta de reunión del 1 de diciembre de 2005 entre ILV y Dimerco en la que señaló: “estamos ante un contrato de suministro que se rige por el Código de Comercio, y si bien es un contrato estatal, las normas que rigen su ejecución son las del derecho privado. El fundamento normativo es la expresa remisión de las normas administrativas”, folio 32, cuaderno 8.

¹⁰⁶ Comunicación 1000-1043-05 de ILV a Dimerco del 14 de diciembre de 2005, folios 156 y 157, cuaderno 1.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

*empobrecerse a nombre del contrato; reiteramos aplica las normas de la Ley 80 y sus decretos reglamentarios y los dos puntos del conflicto [la calificación del contrato y el cumplimiento de las metas de compra], deben resolverse de manera conjunta porque el uno es consecuencia del otro*¹⁰⁷.

51.15. En esa reunión, que fue la última que se realizó antes de la declaratoria de caducidad del contrato —pues la reunión agendada para el 26 de diciembre fue suspendida por la ILV¹⁰⁸—, las partes coincidieron en que se encontraban en la etapa de arreglo directo de conformidad con la cláusula 42 del contrato, pero mientras que Dimerco señaló que esa etapa estaba agotada por falta de acuerdo, la ILV afirmó que todavía no se había culminado¹⁰⁹. Con todo, al finalizar la reunión las partes convinieron que:

*“Los asistentes a la reunión concluyen que nos encontramos en la etapa de arreglo directo, y para evitar los costos de Tribunal de Arbitramento, las partes realizarán una próxima reunión para analizar jurídicamente las dos posturas. De un lado la de Dimerco es que nos encontramos frente a un contrato estatal con aplicación de las normas comerciales y de otro lado la ILV, considera que Dimerco S.A. es un tercero al que la ILV le ha encomendado el monopolio de la comercialización del producto y capta recursos públicos. Por lo anterior las partes acuerdan discutir las diferentes jurisprudencias de una y otra posición. [...] De común acuerdo se fija esta reunión para el LUNES 26 DE DICIEMBRE A LAS 10:00 DE LA MAÑANA, EN LAS INSTALACIONES DE LICORES DEL VALLE”*¹¹⁰.

51.16. Como se indicó, la anotada reunión agendada para el 26 de diciembre no se llevó a cabo y el 19 de diciembre de 2005 fue el último día que las partes se reunieron antes de que la ILV profiriera la Resolución 1 del 2 de enero de 2006. Entre esas fechas las partes no se cruzaron ninguna comunicación —salvo la comunicación 1000-924-05 del 26 de diciembre mediante la cual la ILV suspendió la reunión agendada para ese día—. El 22 de diciembre la Junta Directiva de la ILV se reunió para discutir, entre otros asuntos, el estado de la ejecución del contrato de distribución y las alternativas que tenía a su disposición en relación con la distribución de sus productos. En esta ocasión, la Gerente le informó a la Junta lo que se había discutido con Dimerco, frente a lo cual el Gobernador del Valle manifestó:

*“El señor Gobernador manifiesta que el contrato termina el 31 de diciembre de 2005 y solo hasta ese día se verificará el incumplimiento; considera que es importante de todas maneras agotar la vía del diálogo, pues ha tenido la experiencia con Discristal con la cual se ha llegado a un acuerdo favorable para las partes”*¹¹¹

51.17. Los demás miembros de Junta Directiva resaltaron la gravedad que implicaba para las finanzas de la ILV la falta de compra de más de 4'000.000 de botellas y se

¹⁰⁷ Folio 163, cuaderno 1.

¹⁰⁸ Comunicación 1000-924-05 del Gerente General de la ILV a Dimerco del 26 de diciembre de 2005, folio 322, cuaderno 10.

¹⁰⁹ “Interviene la Doctora Sara Isabel Ríos [Gerente de ILV] “[...] El segundo aspecto que quiero dejar en claro es como estamos en una discusión de derecho y de acuerdo con el acta anterior, el objeto de la reunión de hoy es fijar la etapa en la cual nos encontramos ya que de acuerdo con la posición de Dimerco estamos en el literal K [acuerdo directo fallido] y de acuerdo con la ILV, estamos en la etapa del Literal D, del artículo 42, cláusula” Folio 162, cuaderno 1.

¹¹⁰ Folios 163 y 164, cuaderno 1.

¹¹¹ Folio 142, cuaderno 10.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

estudiaron los escenarios económicos respecto de dos alternativas de distribución: la directa y la distribución por canal. Al final de la discusión, la Junta Directiva aprobó la siguiente determinación:

“De acuerdo a lo anterior. El Señor Gobernador hace la siguiente propuesta:

Proponer a Dimerco S.A. que la diferencia contractual sea diferida, para ser cumplida durante los tres primeros meses del año 2006, sin que se modifique la cuota del 2006 y fijando una cuota mensual durante el periodo 2006.

Otra opción de no acatarse la anterior, es dar por terminado de común acuerdo el contrato siempre y cuando DIMERCO S.A liquide 12.000.000 de unidades en el 2005.

En caso de que las dos propuestas anteriores resultaren fallidas, se deberá autorizar a la Gerente General para producir a través del mecanismo legal correspondiente la declaratoria de caducidad del contrato, siempre y cuando se hayan agotado todos los mecanismos de aproximación.

La Junta Directiva, aprueba por unanimidad la propuesta del señor Gobernador, y por ello se procederá a expedir el acuerdo correspondiente”¹¹².

51.18. Con base en el anterior recuento probatorio, la Sala concluye que los diálogos que sostuvieron las partes entre el 1º y el 19 de diciembre de 2005 —así como la correspondencia que se cruzaron entre febrero y diciembre de ese año— no estuvieron dirigidos a discutir siquiera el eventual incumplimiento en el que Dimerco podría incurrir en caso de que no se renegociaran las condiciones de compra de las botellas de 750 c.c. a las que se comprometió para el año 2005 —renegociación a la que se negó enfáticamente la ILV—, sino a determinar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a la relación contractual de distribución, así como el alcance e interpretación de la cláusula tercera del otrosí del 12 de octubre de 2004.

51.19. Como se vio, las comunicaciones cruzadas y las posiciones que quedaron consignadas en las actas de las reuniones del 1º y el 19 de diciembre de 2005 evidencian que el único consenso al que llegaron las partes consistió en que se encontraban en un procedimiento de arreglo directo en el que se discutía, principalmente, la naturaleza jurídica del contrato y su régimen aplicable, aun cuando, a juicio de Dimerco, tales discusiones debían conducir necesaria e ineludiblemente a la renegociación de las metas de compra de licores, cuyo cumplimiento, según dijo, no sería posible en los términos pactados, como consecuencia de factores ajenos a su voluntad. Es decir, no hubo oportunidad para que el contratista presentara descargos frente a un presunto incumplimiento que, además de que aún no se había configurado —por más anunciado que estuviera— no se le imputó, ni se anticiparon las consecuencias que pensaba adoptar la contratante si finalmente se realizaba, pues, como expresamente se señaló, el marco de las discusiones se circunscribió a determinar el régimen jurídico del contrato y el alcance de la cláusula tercera del otrosí del 12 de octubre de 2004.

51.20. En ese contexto, se debe advertir que, si bien la existencia de un procedimiento convencional de negociación no exoneraba al contratista de cumplir

¹¹² Folio 148, cuaderno 10.

con sus obligaciones en la forma que fueron pactadas y, por tanto, no constituía un impedimento para que la ILV acudiera a los mecanismos que le ley le confiere en materia contractual, esa circunstancia tampoco eximía a la Industria del deber de garantizar a Dimerco su derecho al debido proceso. Importa destacar que los argumentos que una parte plantea en el marco de una negociación no son los mismos que aquellos que se plantean en el marco de una actuación administrativa en la que se le imputa un incumplimiento que puede dar lugar a la sanción de caducidad.

51.21. La anterior conclusión se nutre, además, de las siguientes consideraciones:

i Según lo analizado previamente, antes del 31 de diciembre de 2005, Dimerco no se encontraba en mora de cumplir con sus obligaciones —específicamente la de adquirir 13'596.000 botellas de 750 c.c. para ese año—; por eso, con el ánimo de evitar que eso ocurriera, con base en lo estipulado en la cláusula 42 del contrato y en la tercera del otrosí del 12 de octubre de 2004, la actora propició un escenario de negociación en el que no tenía por qué defenderse de un incumplimiento en el que aún no había incurrido y que pretendía evitar con el acuerdo al que esperaba llegar en el marco de unas negociaciones que se vieron abrupta e intempestivamente terminadas con la declaratoria de caducidad del contrato.

ii Con todo, en el marco de dichas negociaciones, la ILV fue enfática en afirmar que éstas se limitaban a discutir la naturaleza y el régimen jurídico aplicable al contrato, más no el volumen de compras que debía adquirir Dimerco en el año 2005, cuyo cumplimiento, según señaló su Junta Directiva y según se expresó en la comunicación 1000-1043-05 del 14 de diciembre de 2005 se tendría que verificar a 31 de diciembre de ese año; por tanto, no es acorde con el principio de buena fe que pretenda hacer parecer que en el marco de tales negociaciones generó el espacio propicio para que la distribuidora pudiera presentar sus descargos frente a imputaciones que nunca le hizo, más cuando está demostrado que, si bien la Junta Directiva estudió la posibilidad de caducar el contrato, esta alternativa ni siquiera le fue comunicada a la contratista.

iii En efecto, en las comunicaciones entrecruzadas por las partes, así como en las reuniones que ellas sostuvieron, brilla por su ausencia una manifestación de la ILV en el sentido de señalar que si, con corte a 31 de diciembre de 2005, Dimerco no cumplía con su meta de compra, la demandada declarararía la caducidad del contrato. Muy por el contrario, las pruebas indican que la ILV se encontraba todavía explorando otras alternativas que no involucraban inexorablemente la aplicación de esa sanción, tal y como se evidencia del contenido del Acta de reunión del 19 de diciembre de 2005 en la que se consignó que las partes entendieron que la etapa de arreglo aún no había finalizado y, por ello, fijaron una nueva reunión para el 26 de diciembre que nunca se concretó, así como lo narrado en la reunión del 22 de diciembre de 2005 de la Junta Directiva, en la que se acordó que antes de tomar una determinación de esa naturaleza, se agotarían unas fórmulas de arreglo.

iv Dado que el desarrollo de las conversaciones se dio en el contexto de renegociar de buena fe las prestaciones recíprocas precisamente para evitar la concreción de un incumplimiento, aunado al hecho de que el cumplimiento de las

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

obligaciones solo podía verificarse a partir del 1º de enero de 2006, se concluye que la actuación encaminada a declarar la caducidad del contrato sólo podía iniciarse a partir de esa fecha pues, de lo contrario, estaría imponiendo una medida que partiría de la aceleración de un incumplimiento aún no causado¹¹³; sin embargo, el 2 de enero siguiente la ILV, sin mediar ningún tipo de diálogo al respecto, expidió el acto administrativo de caducidad. Este cruce de fechas —mediando además un día inhábil— pone en evidencia de forma palmaria que Dimerco no tuvo oportunidad de defenderse frente a la aplicación abrupta de tal sanción y revela, al mismo tiempo, que la ILV ya tenía preparada la decisión de caducidad y que tan solo estaba esperando a que concluyera el 31 de diciembre para declararla, lo que, por supuesto, no se aviene a la garantía del derecho al debido proceso.

v Incluso, si se entendiera que los anuncios que hizo Dimerco sobre la dificultad de cumplir con la cuota de compras de 2005 conllevaban la admisión de la certeza del incumplimiento, lo cierto es que ni aún en ese escenario podría entenderse garantizado el derecho de la actora al debido proceso por haber puesto de presente esa circunstancia en el marco de las negociaciones referidas, toda vez que, de una parte, Dimerco fue enfático en afirmar que, de ocurrir el incumplimiento, no le sería imputable, pues, según dijo, se debía a causas que no le eran atribuibles, lo cual no se analizó en el marco de tales negociaciones y, de otra, porque la actora no debía presuponer o asumir que la consecuencia frente a tal inobservancia sería la caducidad.

vi De hecho, en la cláusula 22 del contrato relativa a bonificaciones y penalizaciones sobre volúmenes, las partes acordaron que “(c) [s]e penalizará al DISTRIBUIDOR cuando en el Departamento del Valle del Cauca venda menos del 100% en el primer año, y menos del volumen en los años siguientes, casos en los cuales el DISTRIBUIDOR deberá pagar a la industria \$50 por cada botella que le faltó para llegar al 100% en el primer año y por cada botella que le faltó para llegar al 98% del objetivo en los años siguientes”¹¹⁴, de manera que no bastaba con el mero conocimiento de que, de no renegociar la cuota de compra para el año 2005, el incumplimiento se iba a concretar, sino que la ILV debía evaluar si dicho incumplimiento realmente era imputable al contratista y permitirle debatir y aportar las pruebas que estimara pertinentes y, además, debía poner en su conocimiento las razones que en el entender de la demandada daban lugar, no a la sanción convencional de la cláusula 22, sino a la drástica sanción legal de la caducidad. Como así no se hizo, resulta claro que la parte no tuvo oportunidad de discutir si el incumplimiento le era atribuible, tampoco acerca de la procedencia de la aplicación de esa sanción y menos respecto de sus consecuencias económicas.

51.22. Así las cosas, encuentra la Sala que, aunque es cierto, que Dimerco incumplió con su obligación de comprar la totalidad de las 13'596.000 botellas de 750 c.c. con corte a 31 de diciembre de 2005, pues solo compró 8'932.021, esto es, el 65,7% del total, también lo es que la ILV no le garantizó el debido proceso porque no le notificó sobre la existencia de un incumplimiento que, a su juicio, tenía las

¹¹³ Recuérdese que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 dispone que la caducidad procede cuando “**se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización**”.

¹¹⁴ Folio 25, cuaderno 1.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

connotaciones que la ley exige para declarar la caducidad de modo que Dimerco pudiera rendir sus descargos. En últimas, la ILV no le garantizó a Dimerco la posibilidad de conocer los hechos en que se fundaba la sanción de caducidad ni le permitió ejercer su derecho de defensa y contradicción.

52. En ese sentido, es pertinente hacer notar que, además de lo que se pudiera discutir en relación con el cumplimiento de sus obligaciones antes de que la caducidad se declarara, Dimerco no tuvo la oportunidad de rendir sus descargos en relación con el cumplimiento de los presupuestos que dan lugar a la imposición de esa sanción, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993: (a) que existió un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (b) que afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato, y (c) que amenazó con conducir a la paralización de su ejecución¹¹⁵; así como tampoco en relación con la procedencia de las consecuencias pecuniarias derivadas de tal determinación y su cuantificación, las cuales, como se anunció desde la demanda, quedaron contenidas en los actos de liquidación unilateral.

53. La Sala debe recordar que para declarar la caducidad del contrato no basta solo con verificar objetivamente la existencia de un incumplimiento, sino que también es presupuesto de su validez que se haya garantizado el debido proceso. En este sentido, esta Corporación ha señalado:

“La apreciación concreta que el juzgador debe hacer sobre el presupuesto del debido proceso en la expedición del acto administrativo mediante el cual se impone la caducidad, es independiente de la estimación de la prueba acerca del requisito del incumplimiento grave de las obligaciones contractuales en el cual se debe fundar la respectiva sanción, toda vez que se trata de presupuestos de legalidad diferentes, requeridos ambos para la validez del acto administrativo con arreglo a la ley.

Se precisa sobre ello que no se puede pasar por alto el debido proceso, por razón de la pretendida existencia real del incumplimiento, toda vez que la potestad sancionatoria implícita en la decisión de imponer la caducidad del contrato y los efectos que la ley atribuye a este acto administrativo, van más allá del incumplimiento en el seno contractual, afectan no solo la continuidad del contrato en cuestión, sino también, la habilitación del contratista para realizar nuevos contratos con el Estado”¹¹⁶

54. Así las cosas, dado que se encuentra acreditado que en este caso el ejercicio del poder exorbitante que la ley confirió para declarar la caducidad del contrato devino en ilegítimo porque se trató de una sanción de plano que vulneró abiertamente el derecho de defensa y contradicción de la contratista, la Sala revocará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de

¹¹⁵ Artículo 18, Ley 80 de 1993: “La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre [...]”. Sobre el particular, anotó la Sección Tercera que para aplicar la caducidad es menester que se acredite la gravedad del incumplimiento: “Con todo, el incumplimiento de las obligaciones debe ser de tal gravedad, que se pueda inferir la imposibilidad del contratista de ejecutar sus prestaciones dentro del plazo contractual y en ese sentido en ambos regímenes ha operado dicho criterio, pues, no cualquier falta imputable al contratista legitima a la entidad contratante para ejercer la sanción resolutoria.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de abril de 2004, C.P. Ramiro Saavedra, Exp. 12.852.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 37.607

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

Dimerco en contra de las Resoluciones 1 del 2 de enero y 222 del 20 de febrero, ambas de 2006, para, en su lugar, declarar su nulidad con fundamento en que la ILV expidió los actos con infracción del derecho fundamental al debido proceso.

55. Se advierte que la decisión que se declarará produce efectos *erga omnes* porque se trata de la expulsión, con efectos retroactivos, de las resoluciones anotadas, en los términos del artículo 175 del CCA que dispone, en su inciso primero que “[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*”. Esta consecuencia jurídica tiene, a su vez, dos efectos relevantes para el caso: (i) que al haberse encontrado acreditada la nulidad de las resoluciones por violación del debido proceso, resulta intrascendente analizar los demás cargos de la apelación relacionados con la legalidad de la declaratoria de caducidad; y, (ii) aun cuando Confianza no haya insistido en su apelación respecto de la pretensión de anulación de los actos expedidos por la ILV con fundamento en la violación del debido proceso, los efectos de esta decisión también la cobijan por ministerio de la ley¹¹⁷.

La condena que se profirió en contra de Confianza – principio de congruencia

56. Confianza solicitó en su apelación que se revoque el numeral cuarto de la decisión de primera instancia que la condenó a reconocer y pagar a la demandada el valor asegurado en la póliza de cumplimiento No. 03 GU 014227 con fundamento en que la sentencia fue incongruente, puesto que actuó en el proceso como parte demandante y no se elevaron pretensiones en su contra que pudieran dar lugar a una declaración judicial de esa naturaleza.

57. Observa la Sala que la condena proferida en contra de la aseguradora obedeció a una falta de técnica jurídica, toda vez que, al reafirmar la legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato, el Tribunal entendió, de manera consecuencial, que Confianza estaba obligada al pago del seguro con cargo a la póliza de cumplimiento que cubrió ese siniestro y por eso, aun cuando no había pretensión en su contra, la *condenó* a cumplir con esa obligación. En ese contexto, la decisión de declarar en esta instancia la nulidad de esas resoluciones y la de revocar en lo propio la sentencia de primera instancia, también conduce a revocar esa condena.

58. No obstante, la Sala no pasa por alto que dicha condena constituye una evidente vulneración del principio de congruencia¹¹⁸ al haber hecho una declaración que no se corresponde ni con la causa ni con el objeto del proceso, pues, como lo refirió la recurrente, no hubo demanda de reconvención en su contra, razón que también sustenta la revocatoria de esa condena proferida en la sentencia recurrida.

¹¹⁷ En este mismo sentido se pueden consultar las siguientes providencias: Subsección A, sentencia del 16 de diciembre de 2020, C.P. José Roberto SÁCHICA, Ep. 40.919; y Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp. 29.857 y Subsección A, sentencia del 6 de noviembre de 2020. Exp. 46.589.

¹¹⁸ Consagrado en el artículo 305 del C.P.C.: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. [...]”

La nulidad de las Resoluciones 707 del 24 de julio, 0863 del 5 de septiembre y 924 del 3 octubre de 2006 mediante las cuales la ILV liquidó unilateralmente el contrato de distribución

59. Como se mencionó al definir el objeto de la apelación, la nulidad de las resoluciones mediante las cuales la ILV declaró la caducidad obliga a la Sala a estudiar si las resoluciones mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato están igualmente viciadas de nulidad. Se recuerda que en primera instancia el Tribunal declaró la nulidad parcial de tales actos de liquidación.

60. Antes de avanzar con ese análisis, la Sala estima necesario advertir que el acto unilateral mediante el cual se realiza el cruce de cuentas en un contrato estatal tiene un objeto y fin definido, distinto del acto a través del cual se declara la caducidad. En todo caso, ambos están *concatenados* causalmente, en la medida en que en virtud del de caducidad se ordena la terminación y liquidación del contrato. Una y otra circunstancia de las anotadas implica que en casos en los que se debate la nulidad de ambos el análisis deba hacerse respecto de cada uno de ellos, según los cargos que en su contra se formulen, sin perjuicio de que la declaratoria de nulidad del primero se proyecte con indiscutibles efectos frente a las determinaciones que se adoptan en el segundo.

61. Se precisa así que el acto de liquidación puede incorporar, como en este caso, los efectos económicos que se siguen del acto de caducidad, de manera que la validez total o parcial de la liquidación o su eficacia puede verse comprometida por cuenta de la nulidad del acto que le dio su origen; sin embargo, debe advertirse que esto no es suficiente para proceder a declarar su nulidad, pues, al tratarse de un acto administrativo autónomo e independiente, debe ser demandado expresamente, carga que en este caso cumplieron tanto Dimerco como Confianza.

62. Ahora bien, recuerda la Sala que, además de unos cargos que se formularon en forma independiente, Dimerco también alegó que las resoluciones de la liquidación unilateral adolecían de los mismos vicios de los que acusó a los actos de caducidad, entre ellos, la vulneración del debido proceso, en tanto que los efectos de esa sanción legal quedaron contenidos en aquéllos.

63. La Sala le halla razón a Dimerco por cuanto, al revisar el contenido de la Resolución 707 del 24 de julio de 2006 mediante la cual la ILV liquidó unilateralmente el contrato, se observa que se concretó en identificar y cuantificar como saldos en contra de Dimerco y a favor de la ILV: (i) el incumplimiento del contrato por \$250.459'601.719,59; (ii) la cláusula penal pecuniaria por valor de \$100.183'840.687,80 —rubro que fue modificado por la Resolución 863 del 5 de septiembre a la suma de \$4.586'755.327,68¹¹⁹— y, (iii) la penalización por \$933'393.050 en aplicación de las cláusulas 22 y 24 del contrato¹²⁰.

64. Como se ve, el contenido del finiquito realizado por la ILV no consistió en un cruce de cuentas sino, en realidad, en la liquidación de una serie de valores atados al incumplimiento declarado en las Resoluciones 1 del 2 de enero y 222 del 20 de

¹¹⁹ Folio 377, cuaderno 1.

¹²⁰ Folio 354, cuaderno 1.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

febrero de 2006. En esa medida, se estima que la vulneración del derecho al debido proceso que se encontró probada respecto de las resoluciones que declararon la caducidad se proyectó respecto de las Resoluciones 707, 863 y 924 del 2006 en la medida en que estas últimas se redujeron tan solo a hacer efectiva la voluntad contenida en aquellas. A manera de colofón se anota que, si en este caso no se anularan las resoluciones por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato, que, como se vio, refleja los efectos económicos de la caducidad, se llegaría al absurdo de mantener tales efectos a pesar de que la resolución que les dio fundamento fue declarada nula por vulnerar el debido proceso.

65. En consecuencia, se modificará la decisión del *a quo* en cuanto declaró parcialmente la nulidad de las Resoluciones 707 del 24 de julio, 863 del 5 de septiembre y 924 del 3 de octubre, todas de 2006, para, en su lugar, declarar su nulidad total.

Las pretensiones que se plantearon como consecuenciales a las de nulidad

1. El incumplimiento del contrato

66. Dimerco solicitó que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones expedidas por la ILV, se declare que la demandada incumplió el contrato de distribución —pretensión segunda—.

67. Al respecto, se debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales —como la de cualquier otro acto administrativo— no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, también, puede ser fuente de responsabilidad¹²¹, si es que con aquél se ha causado un daño¹²².

68. Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico. En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley —artículo 18, Ley 80 de 1993— y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de

¹²¹ “Sobre el particular, estima la sala que es evidente que cuando se declara judicialmente la nulidad del acto administrativo por el cual se declaró la caducidad del contrato, surge la obligación para la administración como creadora del acto anulado de restablecer los derechos del contratista que resultó afectado con el mismo a través de los perjuicios correspondientes (art. 85 C.C.A).” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10.735.

¹²² La posibilidad de restablecimiento del derecho no equivale a resarcir un daño pues, en los términos del artículo 84 del CCA “[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, **podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño [...]**”. (énfasis agregado) El hecho de que la norma habilite a quien acude a la jurisdicción a solicitar el restablecimiento del derecho y la reparación de un daño, implica, necesariamente, que uno y otro no son equivalentes.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.

69. En este caso, Dimerco no arraigó su pretensión de incumplimiento en una imputación fáctica tendiente a señalar que la ILV incumplió una obligación estipulada en el contrato, pues la *causa petendi* se formuló sobre la base de considerar la fuente del daño en la expedición de las resoluciones mediante las cuales la demandada adoptó la decisión de caducar el contrato y de liquidarlo unilateralmente. Es sobre la base de dicha *causa petendi* que se movió el debate entre las partes, motivo por el cual, ante la ausencia de una imputación respecto de un pretendido incumplimiento de obligaciones por parte de la ILV, la Sala confirmará la decisión del Tribunal que denegó la pretensión de incumplimiento.

2. Indemnización de perjuicios

Daño emergente

70. Dimerco solicitó que, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados, se reconozca a su favor, a título de daño emergente, los valores correspondientes a los gastos e inversiones que realizó para dar cumplimiento al contrato de distribución¹²³. En la demanda no discriminó a qué gastos e inversiones se refería; sin embargo, para probar su causación solicitó que se decretara un dictamen pericial, prueba que rindió el contador público Juan Jerónimo Banguero García el 5 de diciembre de 2011¹²⁴ y que no fue objetada por ninguna de las partes.

70.1. Al referirse a este punto, el perito indicó que el daño emergente sufrido por Dimerco ascendió a \$9.969'424.193. Como fundamento de su afirmación se limitó a expresar que ese valor era equivalente a la comisión que Dimerco habría recibido en el año 2006 por la venta de la cuota de botellas que se comprometió a adquirir para ese año, esto es, 14'003.880¹²⁵.

70.2. Esta prueba no acredita la existencia del daño emergente alegado por la parte actora, en tanto que, además de que en este punto el dictamen no es claro, preciso y detallado, como exige el numeral 6 del artículo 237 del CPC¹²⁶, pues no da cuenta de los razonamientos técnicos de la conclusión, tampoco se refiere a lo reclamado por Dimerco por ese concepto, pues en ese punto no hizo siquiera alusión a los gastos e inversiones realizadas por esa sociedad para ejecutar el contrato de distribución. En cambio, se limitó a reiterar lo que dijo en relación con la comisión dejada de percibir producto de la imposibilidad de distribuir las botellas de licor de la ILV, lo que se acerca más a un perjuicio por lucro cesante que a un daño emergente¹²⁷.

¹²³ Folio 520, cuaderno 1.

¹²⁴ Ver folios 805 a 823, cuaderno 5.

¹²⁵ Folio 810, cuaderno 5.

¹²⁶ Artículo 237, Código de Procedimiento Civil: "En la práctica de la peritación se procederá así: [...] 6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones."

¹²⁷ Sobre la noción del daño emergente, ha dicho esta Sección que "El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad –para el afectado– de efectuar un desembolso si lo que quiere

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

70.3. Se debe advertir que, si bien, como se verá en el siguiente acápite, al calcular el lucro cesante, el perito incluyó una proyección de costos y gastos en que habría incurrido la actora en el año 2006¹²⁸ para la ejecución del contrato, los cuales estimó en la suma de \$3.404'047.230, lo cierto es que esta cifra tampoco puede ser tenida en cuenta para determinar el daño reclamado, en tanto que el perito no aportó el soporte contable de dicha cifra ni explicó las bases utilizadas para hacer la proyección de los costos de ese año.

71. Por otra parte, en el expediente obra también un dictamen pericial rendido el 9 de agosto de 2011 por el perito Harold Varela Tascón¹²⁹ a petición de la demandada, quien, según acreditó en los anexos de la experticia, es contador público de profesión¹³⁰; vale anotar que este dictamen tampoco fue objetado por ninguna de las partes. Dicho dictamen versó sobre la contabilización del *good will* que reclama Dimerco, así como respecto de los gastos e inversiones que habría realizado la actora para la ejecución del contrato en el año 2005 y en el que se concluyó que, para ese período, los gastos relacionados con la distribución fueron de \$7.358'107.009¹³¹, cifra que no discriminó y sustentó, sino que se limitó a hacerla consistir en información extraída de los supuestos estados financieros –estados de resultados– de Dimerco para el ejercicio de 2005, aportados como anexo al dictamen, pero que no están firmados ni por su representante legal ni por su contador, ni por revisor fiscal¹³². Esta respuesta fue aclarada y complementada, a petición de la demandada, mediante escrito del 4 de julio de 2012¹³³, en el que se corrigió que, discriminando los gastos entre los de administración y de ventas, la suma por concepto de estos últimos era de \$3.392'535.135¹³⁴, frente a los gastos de administración indicó que ascendían a \$693'089.148¹³⁵.

72. El perito calculó los gastos de administración y ventas que referenció en la aclaración tomando como parámetro de análisis los estados de resultados de Dimerco¹³⁶, que anexó sin que fueran suscritos por el representante legal y el

es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 13.168. Por su parte, el artículo 1614 del Código Civil define daño emergente y lucro cesante en los siguientes términos: “*Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*”

¹²⁸ Folios 831, cuaderno 5.

¹²⁹ Ver folios 726 a 730, cuaderno 5.

¹³⁰ Folio 726, cuaderno 5.

¹³¹ Folio 728, cuaderno 5.

¹³² Ley 222 de 1995: “**ARTICULO 37. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS.** El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.

“Decreto 2649 de 1943: **ARTICULO 22. Estados financieros básicos.** Son estados financieros básicos:

1. El balance general.
2. El estado de resultados.
3. El estado de cambios en el patrimonio.
4. El estado de cambios en la situación financiera, y
5. El estado de flujos de efectivo”.

¹³³ Folios 859 a 863, cuaderno 5.

¹³⁴ Folio 862, cuaderno 5.

¹³⁵ Folio 861, cuaderno 5.

¹³⁶ Folio 865, cuaderno 5.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

contador público —según lo ordena el artículo 37 de la Ley 222 de 1995¹³⁷— o por el revisor fiscal de la entidad, en caso de que estuviere obligado a tenerlo¹³⁸, lo que siembra fundadas dudas sobre su contenido.

73. Incluso, si se tomaran como ciertas las cifras calculadas por el perito, lo cierto es que en el dictamen no se halla un criterio claro que permita establecer las consideraciones que hizo para determinar cuáles gastos se entendían erogados como consecuencia directa de la ejecución de la actividad contractual celebrada con la ILV y cuáles no, pues sólo señaló que *“los gastos que en el análisis no se consideran relevantes o directos en la distribución fueron por valor de \$573.599.958”*¹³⁹, sin exponer cuál fue el parámetro para llegar a esta conclusión, pues, aunque enunció cuál fue el valor del gasto asociado a, por ejemplo, arrendamiento de locales, pago de servicios públicos, mantenimiento de flota de transporte, *“gastos de viaje”* y *“gastos diversos”*, no señaló dentro de cuáles gastos se consideraron estos rubros —entre los “directos” de la ejecución contractual y los que no— y de la información que quedó contenida en el dictamen no es posible deducirlo.

74. En cuanto a los gastos, agrega la Sala que, aun si admitiera que fueron identificados y acreditados, que no lo es, lo cierto es que se trata de erogaciones en las que, en principio, aunque no se esperara un retorno o rendimiento específico, debía incurrir el contratista para la ejecución del contrato y, por tanto, para obtener la utilidad que esperaba percibir por su ejecución total, utilidad que reclama sea reconocida a título de lucro cesante, a cuyo reconocimiento se accederá por las razones que en el acápite pertinente se señalarán.

75. En su aclaración, el perito Harold Varela Tascón, en punto a las inversiones que habría realizado Dimerco para la ejecución del contrato, indicó que *“[l]a sociedad DIMERCO S.A., durante el año 2005, no realizó ningún tipo de inversión en activos que estuvieran encaminados o enfocados a la distribución o ejecución del contrato con la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE”*¹⁴⁰. En el proceso no hay otras pruebas que se refieran a inversiones realizadas para tal fin.

76. Así las cosas, como no existe prueba en el expediente, ni puede deducirse del dictamen aquí valorado, que Dimerco realizó inversiones para la ejecución del contrato, o si las hubo, que no se hubieren amortizado en el tiempo que duró vigente el negocio jurídico no es posible hacer ningún reconocimiento por este concepto.

77. En consecuencia, no se accederá al reconocimiento del daño emergente alegado por la parte actora, no solo porque ni siquiera identificó en la demanda

¹³⁷ Artículo 37, Ley 222 de 1995: *“El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.”*

¹³⁸ Pese a que, de conformidad con el artículo 203 del Código de Comercio, las sociedades de responsabilidad limitada no están obligadas a contar con revisor fiscal, de conformidad con el parágrafo 2º del numeral segundo del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 *“Parágrafo 2o. Será obligatorio tener revisor fiscal en todas la sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos.”*

¹³⁹ Folio 862, cuaderno 5.

¹⁴⁰ Folio 863, cuaderno 5.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

cuáles fueron los gastos e inversiones en que incurrió, sino porque no existen pruebas en el expediente que acrediten este daño y su causación.

78. Finalmente, se pone de presente que en el dictamen rendido por el contador Juan Jerónimo Banguero García se relacionaron el nombre de bancos y montos de créditos otorgados por esas entidades financieras a Dimerco en el año 2005. Los valores asociados a estos créditos fueron referenciados en el dictamen pericial pero no se relacionaron con ningún perjuicio, la parte actora tampoco lo hizo y la Sala no observa que, por el solo hecho de existir, puedan ser considerados como un perjuicio derivado de la nulidad de los actos administrativos que se declarará en este proceso, pues no se conoce ni siquiera su destinación o relación con el contrato 20010062 de 2001.

Lucro cesante

79. Dimerco solicitó que se reconozca el lucro cesante consistente en las “comisiones” dejadas de percibir como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de distribución, esto es, las que habría recibido si el contrato se hubiera ejecutado con normalidad hasta el vencimiento del plazo, que según se pactó en el otrosí del 12 de octubre, fue el 31 de diciembre de 2006¹⁴¹; así como los intereses respecto de dichas comisiones que, según pidió, corresponden al “*interés legal doblado*”¹⁴². Se advierte que Dimerco no señaló de qué estipulación o cálculo provienen los \$1.045 por botella que sirvió de base al cálculo del lucro cesante reclamado, valor que tampoco puede deducirse con certeza a partir de la información que obra en el expediente.

80. La Sala estima que se debe reconocer la causación de este perjuicio, pues la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato por todo el tiempo pactado —hasta el 31 de diciembre de 2006— derivada de su declaratoria de caducidad, es la causa a la que se atribuye la frustración para Dimerco de obtener las utilidades que esperaba recibir en razón de la distribución de licores en el Departamento del Valle del Cauca por el año 2006, aunque calculadas según la realidad en la que se venía ejecutando y cumpliendo el contrato y no como fue solicitado en la demanda, pues no hay correspondencia entre el recurrente alegato del año 2005, consistente en que el contrato no podía cumplirse a cabalidad, y lo reclamado en sede judicial en donde se piden beneficios como si se hubiere obrado como contratista cumplido o como si las hipótesis que afectaron la operación en el año 2005 ya no estuvieran presentes en el 2006, lo que no está probado.

81. Sin perjuicio de la circunstancia anotada, también se encuentra que los elementos de juicio que obran en el expediente no brindan suficiente certeza sobre la forma en que fue conceptualizado y cuantificado el daño reclamado en la demanda, motivo por el cual, de conformidad con el artículo 172 del CCA¹⁴³, se

¹⁴¹ Folio 520, cuaderno 1. El plazo del contrato fue modificado por el otrosí del 12 de octubre y se fijó para el 31 de diciembre de 2006 (folio 87, cuaderno 1).

¹⁴² Folio 521, cuaderno 1.

¹⁴³ Artículo 172, CCA “*Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil [...]*”

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

condenará en abstracto a la ILV. Para estos efectos la Sala discurrirá inicialmente en la verificación de las eventuales bases de la indemnización para corroborar a partir de ello, si están presentes en el expediente; ante la respuesta negativa, que desde ya se anuncia, se propondrá una metodología de valoración y análisis que será objeto de determinación concreta en el incidente que con tales fines se surta ante el Tribunal de origen.

81.1. El cálculo de la cifra de lucro cesante debe partir de analizar el contenido de la cláusula 13 del contrato, modificada por el otrosí del 12 de octubre de 2004, relativa a la forma de remuneración del distribuidor, que es del siguiente tenor:

*“CLÁUSULA 13.- REMUNERACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN:
Por la actividad que EL DISTRIBUIDOR realice para llevar a cabo la venta y distribución de los productos recibirá una remuneración:*

- a. Por concepto de venta y distribución en el Departamento del Valle del Cauca, la suma que corresponda al 6.5% del precio de la industria al distribuidor, por cada botella de setecientos cincuenta (750) centímetros cúbicos.*

La remuneración incorpora el costo total por la ejecución plena y completa del objeto del contrato, incluyendo todos aquellos gastos que se requieran para el desarrollo idóneo y calificado de la labor de intermediación que sea necesaria para la venta del volumen de productos [...]

Esta remuneración se encuentra determinada en las listas oficiales de precios fijados por la Secretaría de Hacienda del Valle del Cauca, corresponde al distribuidor incorporarla dentro del precio a la cadena de distribución”¹⁴⁴

81.2. Del contenido de esta cláusula se puede colegir que la remuneración de Dimerco estaba determinada contractualmente en un 6,5% por botella de 750 c.c. calculados sobre el valor por el que adquiriría cada una de ellas de la ILV —costo de compra—, que esa remuneración cubría los costos y gastos necesarios para la ejecución del contrato y que debía ser incorporada por el propio distribuidor dentro del precio de la cadena de distribución. Sin embargo, de la sola lectura de esta cláusula no es posible establecer cuál sería la utilidad neta percibida por el distribuidor porque en ella no se determinó el porcentaje que se destinaría a costos y gastos asociados a la ejecución del contrato, los cuales se entendían incorporados en la remuneración; de manera que como —según se verá— ese dato tampoco es posible extractarlo de la información que obra en el expediente, la Sala carece de los elementos necesarios para determinar a ciencia cierta cuál era la utilidad que Dimerco dejó de percibir por no haber ejecutado el contrato en el año 2006.

81.3. De lo anterior se concluye que la fórmula de remuneración, por sí sola, es insuficiente para establecer el lucro cesante que se le ocasionó a Dimerco como consecuencia de la expedición de las resoluciones anuladas. Por ende, para efectos de calcular el monto de ese perjuicio, es necesario considerar la cláusula 13 citada de cara a los aspectos que tenían incidencia en ella, tales como: el costo de venta de la ILV al distribuidor, los gastos y costos asociados a la ejecución del contrato¹⁴⁵,

¹⁴⁴ Folio 83, cuaderno 1.

¹⁴⁵ **“CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DEL DISTRIBUIDOR:** Sin perjuicio de las obligaciones que naturalmente se deriven del objeto y condiciones pactadas en el presente contrato, EL DISTRIBUIDOR asuma de manera específica las siguientes:

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

los gravámenes que debía asumir el contratista¹⁴⁶, y el volumen de unidades vendidas.

81.4. En principio, el volumen de ventas de botellas que la actora debía distribuir en el año 2006 sería un parámetro para calcular la utilidad de Dimerco en ese año. La cláusula 15 del contrato, también modificada por el otrosí del 12 de octubre de 2004, estableció que el compromiso de compra de Dimerco para el 2005 era de 13'596.000 botellas y, para el año 2006, esa meta se ajustaría en un 3% respecto del año anterior, para un incremento de 407.800 botellas y un total de 14'003.880.

81.5. No obstante, para ser coherentes con la realidad que afrontaba el contrato y que está probada en el proceso, pues la falta de adquisición de la totalidad de la cuota de 2005 es un aspecto plenamente demostrado, es imprescindible tener en cuenta que la controversia entre las partes surgió, precisamente, porque dichas metas de compra no se lograron para ese año, en atención a que, según el propio dicho del demandante, existían factores externos que lo impedían y que, a su vez, según su propia estimación, imponían que tales metas se redujeran, por lo que no resulta razonable tomar los volúmenes programados en el contrato para el año 2006 como criterio para calcular el lucro cesante sufrido por Dimerco, sobre todo si no existen elementos de juicio que permitan determinar que las circunstancias a las que el demandante atribuyó la necesidad de la renegociación de las metas de compra se superarían, total o parcialmente, en ese año.

81.6. Para calcular la cuantía del lucro cesante por concepto de utilidades dejadas de percibir por Dimerco, la actora solicitó que se practicara un dictamen pericial, el cual fue rendido por el perito Juan Jerónimo Banguero García¹⁴⁷. Para determinar el valor que se debería reconocer por este concepto, el perito, básicamente, estableció el margen de intermediación (\$9.634'228.160) de las botellas vendidas en el año 2005 (que, según él, fueron 9'680.946 botellas en presentación de 750 c.c.), el cual obtuvo de la diferencia entre el costo de compra para Dimerco (\$125.255'432.692) y el valor de venta de Dimerco (\$134.889'660.852¹⁴⁸) y, para determinar ese margen de intermediación por botella para el año 2006, le aplicó a ese concepto del año 2005 un incremento porcentual (4.85%), después, para establecer el lucro cesante, a ese último valor le restó los costos y gastos proyectados para ese mismo año.

81.7. En efecto, en el dictamen, el perito empezó por calcular el valor promedio de la comisión recibida por Dimerco en el 2005 por la venta de todas las referencias de

(...)

(e) *Cubrir la totalidad de los gastos que demande el funcionamiento de su organización para sufragar las gestiones asociadas a la distribución y venta de los productos materia de este contrato, tales como salarios, prestaciones sociales de su personal, gastos de locales, transporte, impuestos que afecten al negocio, y servicios que beneficien al mismo.*

(...)” (folios 9 y 10, cuaderno 2).

¹⁴⁶ Cláusula tercera –obligaciones del distribuidor- literal (g): “*Declarar y pagar el impuesto a las ventas nacional y demás y demás gravámenes que genere el producto, ante los organismos y dentro de las condiciones de modo y tiempo que señale el Estatuto Tributario y las demás normas que lo reglamenten, vigentes a la fecha en que se cause, declare y pague el correspondiente impuesto*” (folio 10, cuaderno 2).

¹⁴⁷ Ver folios 807 y 828 a 832, cuaderno 5.

¹⁴⁸ Señaló que, de conformidad con la respuesta emitida por la ILV “*la utilidad es el margen o diferencia entre el precio en fábrica al distribuidor y el precio con el cual DIMERCO S.A. vendía a cada uno de los canales, sin exceder el precio sugerido por (sic) al público...*” (folio 807, cuaderno 5)

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

licores de la ILV¹⁴⁹; valor que calculó en \$995,18¹⁵⁰ por botella de 750 c.c. Después de obtener la comisión promedio por botella en 2005, aplicó un 4,85% de incremento a dicho valor, que arrojó \$1.043,45 pesos por unidad, para el año 2006 y multiplicó ese valor por 14'003.880 que eran las unidades que Dimerco debía vender en ese año según la cláusula 15 del contrato, modificada por el otrosí del 12 de octubre de 2004. Al final, a dicho valor —de \$14.634'054.600¹⁵¹—, que sería el correspondiente a los ingresos brutos de Dimerco en 2006, le restó los costos y gastos proyectados para ese mismo año¹⁵² —\$3.404'047.230— para concluir que la utilidad neta dejada de percibir fue de \$9.969'424.193¹⁵³, lo que, según sus cálculos, corresponde al lucro cesante.

81.8. La Sala estima que este valor no puede ser tenido en cuenta a efectos de cuantificar el daño sufrido por Dimerco por las siguientes razones:

i Según la cláusula décima tercera Dimerco recibiría “*por concepto de venta y distribución en el Departamento del Valle del Cauca, la suma que corresponda al 6.5% del precio de la industria al distribuidor, por cada botella de setecientos cincuenta (750) centímetros cúbicos*”. No es posible establecer con certeza si la metodología utilizada por el perito se corresponde con la forma de cálculo de la remuneración pactada en el contrato, pues no explicó, de manera clara y razonada, cómo el valor del margen de intermediación calculado para cada referencia de licor se corresponde con el 6,5% de remuneración establecido en la cláusula 13, la cual constituye el sustrato principal del cálculo del lucro cesante.

ii Como se señaló en el acápite de daño emergente, el perito no aportó ni explicó el soporte contable de las cifras que proyectó por concepto de costos y gastos en el año 2006, motivo por el cual surgen fundadas dudas sobre la realidad de las proyecciones realizadas que impiden tenerlas por ciertas.

iii El perito aplicó a la comisión promedio por botella un incremento del 4,85% entre el 2005 y el 2006 pero no explicó las razones que justificaban ese incremento. Si bien es cierto que el perito anexó la lista de precios aprobada por la Secretaría de Hacienda del Departamento para el año 2006¹⁵⁴ no lo es menos que en esa lista no figura un incremento por ese valor respecto del año 2005 y no es posible deducir ese porcentaje de las cifras allí expresadas.

iv Por último, pero de manera determinante, se observa que para calcular la utilidad que Dimerco habría obtenido en razón de la ejecución del contrato en el año 2006, el perito partió del supuesto de que en ese año la distribuidora adquiriría y vendería la totalidad de las 14'003.880 botellas que conformaban la cuota de

¹⁴⁹ Anexo 1 al dictamen, folio 827, cuaderno 5.

¹⁵⁰ Folio 807, cuaderno 5. Para llegar a esta cifra, el perito tuvo en cuenta las cantidades de botellas que Dimerco habría vendido durante el 2005 —cuyas cifras se corresponden con los costos e ingresos expresados por estas operaciones en los libros auxiliares de contabilidad, anexo al dictamen (folio 827 a 830, cuaderno 5)—; posteriormente restó de los ingresos brutos que dichas ventas produjeron el precio de costo, para obtener el margen de intermediación. Ese valor fue luego dividido por el número de botellas para arrojar la comisión por cada botella para el respectivo producto, valor que luego fue promediado a partir de todos los licores de la ILV —aguardiente, ron, vodka, etc—.

¹⁵¹ Folios 831, cuaderno 5.

¹⁵² Folios 831, cuaderno 5.

¹⁵³ Folio 808, cuaderno 5.

¹⁵⁴ Que obra como anexo 2 al dictamen, folio 830, cuaderno 5.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

compra establecida para ese año; sin embargo, no es posible tener como cierto ese hecho, pues, si bien era lo acordado en el contrato, la realidad que está acreditada en el expediente y que fue discutida recurrentemente por la sociedad demandante muestra que esa meta no iba a cumplirse. Recuérdese que la disputa entre las partes surgió, precisamente, porque Dimerco señaló en reiteradas ocasiones que la cuota de compra era inalcanzable y por ello buscó su reducción, tanto que al final, con corte al 31 de diciembre de 2005, tan solo adquirió 8'932.021 botellas representativas del 65,7% de la meta. Por ende, las premisas del perito que parten de suponer que Dimerco habría adquirido y distribuido la totalidad de botellas programadas para 2006 no se anclan a un cálculo razonable de la realidad de la ejecución contractual.

81.9. Por otra parte, obra también en el expediente un informe aportado con la demanda de Dimerco denominado “*valoración del good will Dimerco S.A. – método de la regresión*” elaborado por el ingeniero civil y calculista actuarial Oswaldo Burgos Carrión el 26 de julio de 2006¹⁵⁵, en el que, con el objeto de acreditar el valor del *good will* de Dimerco, se incluyó un cuadro en el que se indicaron las cifras de utilidades netas recibidas por Dimerco en los ejercicios de los años 2001 a 2005. Según este cuadro¹⁵⁶, la actora reportó en 2004 utilidades netas de \$1.553'472.784 y, en 2005, utilidades netas por \$2.831'123.541 —las utilidades netas promedio entre 2001 y 2005 fueron de \$1.543'220.782,80—. Según se señaló en el anotado documento —sin que tampoco se aportaran las bases contables para corroborar esta afirmación—, el 95% de los ingresos recibidos por Dimerco corresponden a “*la distribución, mercadeo y comercialización de los productos de la Industria de Licores del Valle.*”¹⁵⁷

81.10. Tampoco a partir de esta información es posible determinar el valor de la utilidad neta que habría dejado de percibir la sociedad demandante como consecuencia de la terminación anormal del contrato, fundamentalmente porque las cifras expresadas en el referido cuadro del documento preparado por el ingeniero Burgos Carrión no están soportadas en los estados financieros debidamente presentados u otro documento contable o financiero que permita establecer su veracidad y correspondencia con la realidad, pues aunque el ingeniero dijo que se basó en documentos contables, no los identificó ni los aportó.

81.11. Vale precisar que la información del anotado cuadro fue replicada idénticamente —junto con el resto de la metodología del ingeniero Burgos Carrión— en el dictamen pericial rendido por el perito Jerónimo Banguero García¹⁵⁸. Estas cifras, empero, adolecen del mismo defecto, este es, que no están soportadas en documento contable o financiero alguno que permita establecer su veracidad.

81.12. Además, otro aspecto que contribuye a sembrar dudas sobre las cifras consignadas en los sendos cuadros presentados en el concepto de Burgos Carrión y en el dictamen pericial de Banguero García, es la disparidad resultante entre éstas y el lucro cesante calculado por este último. En efecto, resulta cuando menos

¹⁵⁵ Folios 409 a 431, cuaderno 1.

¹⁵⁶ Folios 815, cuaderno 1.

¹⁵⁷ Folios 413 y 414, cuaderno 1.

¹⁵⁸ Ver folios 814 y 815, cuaderno 5.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

inquietante, y no logra explicarse a partir de la información que obra en el expediente, que mientras que el perito calculó las utilidades netas —es decir ingresos menos costos y gastos— por la venta de botellas para el 2006 en cuantía de \$9.969'424.193¹⁵⁹, las cifras de toda la operación de Dimerco en el año 2005 equivaldrían a una porción de cerca de cuatro veces menos, esto es, \$2.831'123.541, cuando las condiciones del contrato en uno y otro año, en principio, han debido ser las mismas. Es más, la utilidad neta promedio de Dimerco que se habría calculado con base en el resultado de los ejercicios de 2001 a 2004 —según el referido cuadro— habría sido de \$1.543'220.782,80, cifra que comparada con la que se calculó para el año 2006 se incrementaría en \$8.426'203.411, sin que exista en el expediente probada una justificación que permita soportar con certeza ese considerable incremento.

81.13. Por todo lo anterior, como, a pesar de estar demostrado el daño, representado en la afectación por no haber podido ejecutar el contrato en el periodo que contractualmente fue acordado, en el expediente no obran elementos de juicio que permitan determinar, con el grado de certeza necesario, el monto del lucro cesante que Dimerco tiene derecho recibir como consecuencia de la imposibilidad de ejecutar el contrato en su totalidad, la Sala se ve compelida a proferir una condena en abstracto por este concepto, como lo impone el artículo 172 del CCA¹⁶⁰, para que, mediante incidente regulado en el artículo 137 del CPC¹⁶¹ y tramitado ante el Tribunal de origen¹⁶², se liquiden en concreto los perjuicios a los que Dimerco tiene derecho por este concepto.

81.14. Para los efectos antes anotados, se fijan las siguientes pautas que deberán atenderse ante el Tribunal a efectos de que se evite liquidar la condena con base en premisas hipotéticas o puramente especulativas; esto, en aras de salvaguardar el principio de que la indemnización debe ser resarcitoria y no una fuente de enriquecimiento injustificado. De esta forma, para dar trámite al incidente que promueva Dimerco para liquidar el lucro cesante, se deberán atender, a través de

¹⁵⁹ Folio 808, cuaderno 5.

¹⁶⁰ Artículo 172, CCA: “Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil [...]”

¹⁶¹ Artículo 137, CPC: “Los incidentes se propondrán y tramitarán así:

1. El escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funden y la solicitud de las pruebas que se pretenda aducir, salvo que éstas figuren ya en el proceso.

Al escrito deberán acompañarse los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del peticionario.

2. Del escrito se dará traslado a la otra parte por tres días, quien en la contestación pedirá las pruebas que pretenda hacer valer y acompañará los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente. 3. Vencido el término del traslado, el juez decretará la práctica de las pruebas pedidas que se considere necesarias y de las que ordene de oficio, para lo cual señalará, según el caso, un término de diez días o dentro de él, la fecha y hora de la audiencia o diligencia; no habiendo pruebas que practicar, decidirá el incidente.

4. Por regla general los incidentes no suspenden el curso del proceso, pero la sentencia no se pronunciará mientras haya alguno pendiente, sin perjuicio de los que se deban resolver en ella y de lo dispuesto en los artículos 354 y 355.

5. Sobre la procedencia de las apelaciones que se interpongan en el curso de un incidente, se resolverá en el auto que conceda la apelación que se interponga contra el auto que decida el incidente. Si no se apela éste, aquéllas se tendrán por no interpuestas.”

¹⁶² Artículo 172, inciso segundo, CCA: “Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

dictamen pericial contable, estrictamente los parámetros que a continuación se establecen:

i. El parámetro para el cálculo del lucro cesante es aquel que parte de las utilidades netas registradas en la contabilidad de Dimerco y asociadas al centro de costos de la distribución de licores de la ILV en el año 2005, pues las condiciones del contrato para ese período eran las mismas que se aplicarían para en el 2006, dado que esta información parte de las ventas efectivamente realizadas por la actora, consignadas en información contable debidamente certificada, versus los costos y gastos asociados a tal actividad.

ii. No es posible acudir a la cuota de compra de licores fijada en la cláusula 15 del contrato para el año 2006 como parámetro para calcular el valor de la utilidad neta frustrada con ocasión de la expedición de los actos anulados. Ello por cuanto, como ya se anotó, está probado que Dimerco incumplió la cuota de compra, en una proporción del 34,3%, pues solo compró 8'932.020 botellas de las 13'596.000 acordadas para el año 2005, por circunstancias que, a su juicio, ameritaban que se redujeran tales metas, las cuales, necesariamente, habrían impactado las del año 2006, en tanto éstas estaban fijadas en razón de un incremento del 3% de las del año 2005.

iii. Por ende, se deberá tener como referente el estado de resultados de Dimerco para el ejercicio contable del año 2005. Ese estado financiero debe corresponder al que fue preparado y certificado por el representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad estaba su confección¹⁶³. No se admitirá uno elaborado para los solos fines del incidente. Igualmente, en caso de que la sociedad estuviese obligada a tener un revisor fiscal¹⁶⁴, el anotado estado financiero deberá acompañarse de su opinión profesional, en los términos del artículo 38 de la Ley 222 de 1995¹⁶⁵.

iv. Con base en los libros de contabilidad en que se sustentó la elaboración del estado de resultados del año 2005, deberán discriminarse las ventas, los ingresos operacionales, la utilidad bruta operacional, la utilidad operacional, la utilidad neta antes de impuestos, la utilidad líquida y la utilidad del ejercicio asociada al contrato No. 20010062, así como de las demás actividades productoras, hasta completar la totalidad por cada cuenta reportada en el estado de resultados de ese año; de manera que queden discriminados los ingresos y costos asociados a cada actividad; con la explicación respectiva del método de costeo y prorrateo utilizado en su momento. En caso de que exista centro de costos asociado exclusivamente al

¹⁶³ Artículo 37, Ley 222 de 1995: "El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros."

¹⁶⁴ Pese a que, de conformidad con el artículo 203 del Código de Comercio, las sociedades de responsabilidad limitada no están obligadas a contar con revisor fiscal, de conformidad con el parágrafo 2º del numeral segundo del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 "Parágrafo 2o. Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos."

¹⁶⁵ Artículo 38, Ley 222 de 1995: "Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas."

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

contrato No. 20010062, el anterior ejercicio deberá ceñirse a lo que en ese documento aparezca reportado.

v. La utilidad del ejercicio exclusivamente relacionada con las ventas de licores derivadas de la ejecución del contrato No. 20010062 que se obtenga de los anteriores pasos, será luego actualizada con base en los índices de precios al consumidor, tomando como IPC inicial el de diciembre de 2005 y como IPC final la fecha en que se profiera la providencia que ponga fin al incidente de liquidación. El valor de las utilidades del ejercicio del año 2005, actualizadas conforme el parámetro señalado, será el valor final del lucro cesante que deberá pagar la ILV a Dimerco.

vi. El dictamen deberá acompañarse de los soportes contables en que se sustente.

82. La parte demandante pidió que al valor de las comisiones dejadas de percibir se aplique “*la tasa de interés legal doblado*”¹⁶⁶, este interés corresponde al moratorio estipulado en el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 80 de 1993. La Sala no accederá a esta pretensión, puesto que sólo a partir de la ejecución de esta sentencia surge a cargo de la ILV la obligación de indemnizar.

Good will

83. En la demanda, Dimerco solicitó que se condenara a la ILV en \$10.605'797.794 por concepto de la afectación del *good will* que se ocasionó como consecuencia de la decisión de la ILV de declarar la caducidad del contrato de distribución¹⁶⁷. Esta suma se soportó en el estudio denominado “*valoración del good will Dimerco S.A. – método de la regresión*” elaborado por el ingeniero civil y calculista actuarial Oswaldo Burgos Carrión el 26 de julio de 2006¹⁶⁸, al que se hizo alusión en el acápite anterior.

83.1. Se empieza por precisar, como ya se hizo en reciente sentencia de esta Subsección¹⁶⁹, que el *good will* es un bien, un activo intangible, susceptible de apropiación patrimonial que puede asimismo sufrir menoscabo como consecuencia de un hecho dañoso imputable a un tercero. Dado que no existe un parámetro legal o jurisprudencial específico para reconocer su afectación y cuantificación, se debe acudir a las reglas generales sobre los requisitos del daño, para que proceda su indemnización; estos son, que el daño sea cierto, que sea personal y que haya sido consecuencia directa de la conducta antijurídica imputable al tercero.

83.2. Para probar y cuantificar el daño al referido activo, Dimerco aportó el estudio antes referido, de conformidad con el cual se concluyó que la afectación que sufrió este bien intangible de Dimerco producto de la expedición de la resolución que

¹⁶⁶ Expresamente indicó: “*De acuerdo con lo anterior, mensualmente la empresa hubiera contado con una comisión de \$1.219'504.550 pesos, por lo tanto se le debe aplicar la tasa de interés legal doblado*” (folio 521, cuaderno 1).

¹⁶⁷ Folios 409 a 431, cuaderno 1.

¹⁶⁸ Folios 409 a 431, cuaderno 1.

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Exp. 39.249. C.P José Roberto Sáchica Méndez.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

declaró la caducidad fue de \$10.605'797.704¹⁷⁰, calculado a partir de una regresión matemática que tomó como insumo principal las utilidades netas de la sociedad entre 2001 y 2005. Como ya se señaló al analizar el lucro cesante, los cálculos que sustentaron la regresión matemática que arrojó el valor reclamado no se soportaron en documentos contables de la sociedad o en otra información que dé cuenta de la veracidad de las variables que se utilizaron para hacer la proyección —utilidad neta, capital de trabajo, entre otras variables empleadas¹⁷¹—, motivo por el cual el concepto no trasciende de ser una mera proyección de una afectación que no tiene bases de información ciertas.

83.3. Este mismo método, sin variación alguna, fue adoptado por el perito contador Juan Jerónimo Banguero García —solicitado por la actora— de manera tal que la misma cifra fue calculada por concepto de afectación del *good will* de Dimerco¹⁷². La única diferencia entre el dictamen y el documento aportado con la demanda es que el perito le sumó a este rubro los intereses moratorios y la actualización monetaria generados entre 2006 y la fecha de presentación del dictamen, 5 de diciembre de 2011. Así, al final, el perito contador concluyó que, como consecuencia de la decisión de caducidad, la pérdida en el referido bien fue de \$20.231'487.961¹⁷³. Como ocurrió con el concepto del ingeniero Burgos Carrión, en el dictamen pericial de Banguero García, los soportes que explican los cálculos y proyecciones brillan por su ausencia¹⁷⁴, por lo que las conclusiones no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de fundar este rubro de indemnización.

83.4. Por su parte, el perito contador Harold Varela Tascón, que rindió un dictamen pericial solicitado por la ILV, con base en una certificación emitida por el revisor fiscal de Dimerco que anexó al dictamen¹⁷⁵, señaló que la cifra de \$10.605'797.704 fue contabilizada en una cuenta de orden dentro de la contabilidad de Dimerco —concretamente en la cuenta 8120 que, de conformidad con el Plan Único de Cuentas adoptado mediante Decreto 2650 de 1993¹⁷⁶, se trata de una cuenta de orden titulada "*litigios o demandas*"—¹⁷⁷. Esta información sí está soportada en la información consignada en el libro auxiliar de contabilidad de Dimerco que se aportó con el dictamen¹⁷⁸.

83.5. De lo anterior se colige que Dimerco no tenía incorporado en su contabilidad el *good will* como un activo que pudiera sufrir menoscabo sino como un valor contingente a las resultas de este proceso judicial. Este hecho revela que la actora no apreciaba el *good will* como un bien intangible que pudiera ser lesionado, sino

¹⁷⁰ Folio 521, cuaderno 1.

¹⁷¹ Folio 415 a 424, cuaderno 1.

¹⁷² Folio 819, cuaderno 5.

¹⁷³ Folio 821, cuaderno 5.

¹⁷⁴ Como se anotó en el acápite de lucro cesante, con el dictamen pericial del contador Juan Jerónimo Banguero García se aportaron parcialmente los libros auxiliares de contabilidad que soportan el número de unidades de licor vendidas en 2005 (folio 830, cuaderno 5) y los ingresos que dichas ventas generaron. Sin embargo, la parte del dictamen dedicada al cálculo del valor del *good will* que reclama Dimerco corresponde a una transcripción literal del concepto de Burgos Carrión que carece de un ápice de soportes documentales o contables.

¹⁷⁵ Folio 735, cuaderno 5.

¹⁷⁶ Artículo 14, Decreto 2650 de 1993: "*La codificación del Catálogo de Cuentas está estructurada sobre la base de los siguientes niveles: [...] as clases 1, 2 y 3 comprenden las cuentas que conforman el Balance General; las clases 4, 5, 6 y 7 corresponden a las cuentas del Estado de Ganancias o Pérdidas o Estado de Resultados y las clases 8 y 9 detallan las Cuentas de Orden. [...] 8120: LITIGIOS Y/O DEMANDAS.*"

¹⁷⁷ Folio 727, cuaderno 5.

¹⁷⁸ Folio 734, cuaderno 5.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

como una mera expectativa contingente a un proceso judicial. Esta valoración, según lo dispone el artículo 281 del CPC hace fe en contra de Dimerco¹⁷⁹.

83.6. A lo anterior se agrega que, si lo que estima la demandante es que la afectación del *good will* se vio representada en la capacidad de celebrar negocios en razón de su renombre y prestigio en el mercado, lo cierto es que tal daño no se demostró, pues ni el concepto de Burgos Carrión ni el dictamen de Banguero García prueban ese aspecto.

83.7. En este punto es importante mencionar que un daño así concebido, en principio, sólo podría generarse respecto de particulares, pues su interés de negociar puede estar determinado en un factor de esa naturaleza; no así respecto de entidades públicas, pues la selección de sus contratistas debe basarse en criterios objetivos de selección que no se concretan en el prestigio que un determinado sujeto pueda tener en el mercado, sino en factores como su experiencia, capacidad económica y la mejor propuesta que ofrezcan. En el caso de la contratación con las entidades públicas, por regla general, ese daño puede estar representado en la imposibilidad de celebrar contratos como un efecto jurídico derivado de la inhabilidad que produce una sanción de tal naturaleza, pero no en la afectación del *good will*. En otras palabras, en principio, el daño producto de la imposibilidad de atraer clientela, en el caso de las entidades públicas, no proviene de la afectación al buen nombre sino de la afectación a la capacidad para contratar que, como consecuencia de la inhabilidad, sufrió Dimerco.

83.8. Así, la Sala encuentra que Dimerco no probó el daño consistente en la afectación al *good will* producto de la declaratoria de caducidad, porque ninguna prueba se dirigió a demostrar que, como consecuencia de tal acto, se afectó su prestigio en el mercado y que esto, a su vez, repercutió en que, quienes eventualmente pudieran haber contratado con él por ese solo factor, hubieren dejado de hacerlo.

La pérdida de oportunidad

84. Dimerco pidió que se le indemnice el perjuicio derivado de la inhabilidad para contratar con entidades públicas que se generó como consecuencia de la declaratoria de caducidad, así como los derivados de verse forzado a ceder contratos estatales vigentes en ese momento, como el que dijo haber suscrito con Calisalud E.P.S¹⁸⁰, negocio jurídico cuya existencia no probó en este proceso.

84.1. Para resolver sobre este punto, comienza la Sala por reiterar, como lo hizo en reciente sentencia¹⁸¹ y según lo señalado por la Sala Plena de la Sección

¹⁷⁹ Artículo 281, Código de Procedimiento Civil "*los asientos, registros y papeles domésticos hacen fe contra el que los ha escrito o firmado.*"

¹⁸⁰ Folio 519, cuaderno 1.

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Exp. 39.249. C.P José Roberto SÁCHICA Méndez. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P Marta Nubia Velásquez Rico.

Tercera¹⁸² —criterio que ha sido reiterado por esta Subsección¹⁸³—, que la declaratoria de caducidad viciada de nulidad podría conllevar una pérdida de oportunidad, que es un daño jurídicamente relevante que tiene sus propios contornos conceptuales.

84.2. En efecto, según la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera¹⁸⁴, la pérdida de oportunidad como daño jurídicamente indemnizable alude a aquellos eventos en que una persona está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida pero que, con ocasión de un acto u omisión de un tercero, la consolidación de dicha posibilidad se frustra de manera definitiva. La pérdida de oportunidad no parte entonces de la existencia de un derecho subjetivo que se ve afectado por una conducta antijurídica, sino de la frustración de una posibilidad o legítima expectativa de concretar un derecho subjetivo o de impedir la ocurrencia de un menoscabo o pérdida.

84.3. La pérdida de oportunidad como categoría individual de daño indemnizable parte de dos elementos nucleares: por una parte, la existencia cierta de una posibilidad real de obtener una ganancia o de impedir una pérdida¹⁸⁵ y, por la otra, la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos.

84.4. De manera pacífica, la jurisprudencia de esta Sección exige para su reconocimiento que se compruebe con certeza la existencia de una oportunidad frustrada por un acto imputable a la administración. En reciente sentencia, recordó esta Subsección que:

“Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación¹⁸⁶ ha reconocido pacífica y reiteradamente que la pérdida de oportunidad, como fuente indemnizatoria, debe reunir los siguientes requisitos: (i) la certeza de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque esta involucre un componente aleatorio; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar un detrimento, y (iii) que la víctima se encuentre en una situación potencialmente

¹⁸² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Consideración jurídica No. 23.

¹⁸³ Por ejemplo, en la sentencia del 3 de agosto de 2017, esta Subsección concedió este perjuicio en un caso en el que se declaró nulidad del acto mediante el cual se caducó un contrato de obra pública tomando el hecho de que el contratista había celebrado y probado la existencia de contratos celebrados con entidades públicas (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Exp. 52.920. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico). En igual sentido, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Exp. 39.249. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

¹⁸⁴ Ver por ejemplo Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 21.554, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Exp. 39.249. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, entre otras.

¹⁸⁵ “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. LE TORNEAU, Philippe, La responsabilidad Civil Profesional, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

¹⁸⁶ Nota original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de enero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 23.769. Reiterada por esta misma Subsección en la Sentencia del 8 de febrero de 2017, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Exp.: 41.073.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

apta para pretender la consecución del resultado esperado¹⁸⁷ (énfasis agregado)¹⁸⁸.

84.5. Precisamente por lo anterior, es necesario que la parte que reclama la pérdida de oportunidad establezca que antes de la ocurrencia del hecho generador del daño, estaba en una posición potencialmente apta para producir un resultado beneficioso para ella. Las posibilidades vagas o la mera eventualidad de un provecho no resultan jurídicamente relevantes como asunto indemnizable. Sobre este punto, la Sección Tercera indicó:

*Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, **en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable** y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño¹⁸⁹ (énfasis agregado).*

84.6. Entonces, tratándose de la pérdida oportunidad derivada del acto que declara la caducidad de un contrato estatal, es necesario que se establezca, con certeza, que el contratista afectado con dicha decisión estaba en una posición jurídicamente relevante que, en el curso normal de los hechos, le habría permitido, potencialmente, celebrar contratos con el Estado y, por tanto, recibir ganancias derivadas de su ejecución, pero que, ante el rompimiento de tal devenir normal, esa posibilidad se vio truncada con ocasión de la inhabilidad que se produce como consecuencia de tal decisión administrativa¹⁹⁰; de manera que, la imposición de la inhabilidad —cuya legalidad se desdibuja por la anulación de la decisión de caducar el contrato— no es una fuente automática de reconocimiento de daños a título de pérdida de oportunidad pues, como se anotó, el contratista debe acreditar que, antes de la expedición de ese acto, tenía una chance real de celebrar contratos con entidades estatales, lo que, necesariamente, debe partir por evaluar cuál era el comportamiento usual de sus negocios, esto es, si antes de la caducidad celebraba usualmente contratos con entidades estatales o se presentaba a procedimientos de selección de contratistas con cierta regularidad o, en ausencia de ambos, que, en todo caso, se compruebe que existía una real expectativa de celebrar ese tipo de contratos en el futuro.

84.7. En este caso, Dimerco no probó que celebraba, de manera usual y regular, contratos con entidades públicas o que se presentara a procedimientos de selección con tal fin. De hecho, el único contrato estatal que se allegó al proceso fue el que dio origen a la disputa. Como se mencionó, el contrato que presuntamente celebró

¹⁸⁷ Nota original: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 18.593.

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2021, C.P. Maria Adriana Marín, Exp. 54.144.

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

¹⁹⁰ Ley 80 de 1993, art. 8 (versión previa a la reforma de la Ley 1150 de 2007): “1º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (...) as inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad”.

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

con Calisalud E.P.S no se aportó al plenario y tampoco se acreditó que esa entidad tuviera naturaleza pública.

84.8. De esta manera, el único hecho cierto que se tiene es que Dimerco celebró un contrato con una entidad pública; el de distribución 20010062 del 3 de abril de 2001. Para efectos de evaluar si de esa sola circunstancia es posible establecer un chance real y concreto de celebrar contratos con el Estado que se vio frustrado como consecuencia de la inhabilidad derivada de la declaratoria de caducidad y que, por tanto, deba ser indemnizado, se impone analizar las condiciones de mercado en las que se celebró dicho negocio jurídico, para determinar si era potencialmente posible que en los años en los que permaneció vigente la inhabilidad Dimerco habría podido celebrar otro u otros contratos de la misma naturaleza del que se caducó. El análisis debe circunscribirse a contratos de esa misma naturaleza, puesto que la demandante no acreditó celebrar con el Estado contratos con objeto diverso al de distribución 20010062, ni haber tenido siquiera intenciones serias de hacerlo, por lo cual, como, según lo probado en este proceso, esa posibilidad era apenas hipotética o eventual, no podría ser indemnizada.

84.9. Ahora bien, lo que primero observa la Sala es que el contrato de distribución 20010062 estuvo enmarcado en una actividad monopolística desarrollada en una circunscripción territorial determinada —el Departamento del Valle del Cauca—. Este hecho resulta de trascendental importancia porque habla de la limitada probabilidad de que Dimerco fuera a celebrar un contrato con las mismas características y por el mismo valor en los años por los que se perpetuó la inhabilidad, pues no se trataba de un mercado abierto en el que pudiera ofertar sus servicios a distintos interesados, al menos no dentro de esa circunscripción. En otras palabras, el mercado de la distribución de licores producidos en el Valle del Cauca se reduce a la participación de quien ostenta el monopolio rentístico para llevar a cabo tal producción, en cabeza de la ILV, por lo cual no existe, en principio, otro actor con quien Dimerco hubiera podido celebrar un contrato dentro de dicho mercado.

84.10. Incluso, si se extendiera el análisis a otros departamentos, lo cierto es que, al tratarse de un monopolio rentístico del Estado, se tendría que arribar a la misma conclusión, pues se estaría ante una muy reducida posibilidad -una mera eventualidad- de que Dimerco pudiera celebrar contratos de esa naturaleza, pues no basta con que pueda existir una demanda para sus servicios, que, se insiste, es mínima, sino de que estuviera en condiciones aptas y potenciales de lograr concretar esa expectativa, de lo que no hay prueba en el proceso, pues no se tiene acreditado, por ejemplo, que tuviera las condiciones financieras, logísticas, jurídicas que lo acercaran con un mayor grado de probabilidad a obtener ese resultado, o de que hubiera siquiera intentado realizar negociaciones de esa naturaleza -o de cualquier otra- en otras circunscripciones.

84.11. A lo anterior se agrega que lo que muestra el contrato 20010062 es que la distribución de licores se contrataba por un periodo prolongado, en este caso, de 5 años, y de manera exclusiva con un distribuidor, lo que reduce aún más la posibilidad de que en cada año de la inhabilidad Dimerco hubiera podido celebrar un contrato de esa naturaleza. Con mayor razón se arriba a esta conclusión si se

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

tiene en cuenta que en el proceso está acreditado que, a través de la Resolución 8 de 2006, la ILV decidió distribuir directamente sus productos y no a través de un tercero —y ningún documento en el expediente indica que esa decisión haya sido revocada o modificada—, es decir, que desde la expedición de tal acto en ese departamento no había demanda para que Dimerco pudiera siquiera ofertar sus servicios de distribución de licores en esa circunscripción.

84.12. Se anota también que del solo contenido de ese contrato —o de los demás elementos de prueba—, no es posible deducir que el establecimiento de comercio y los canales de distribución que había desarrollado Dimerco en ejecución de la relación con la ILV pudieran ser trasladados con éxito a la distribución de otros productos o servicios en un mercado distinto que no tuviera la especial característica de ser monopolístico; no existe ningún resquicio de prueba en el expediente que así lo sugiera, como tampoco lo hay de que la oportunidad de celebrar ese otro tipo de contratos se hubiere visto frustrada por efecto de la declaratoria de caducidad.

84.13. En esas condiciones, la Sala concluye que no es posible establecer con la certeza necesaria que, en el curso normal de los acontecimientos, de no haberse declarado la caducidad del contrato de distribución 20010062 y, por ello, de no haber recaído sobre Dimerco la sanción de inhabilidad para contratar con entidades estatales, esta sociedad hubiere logrado obtener utilidades por efecto de la celebración de contratos de esta naturaleza; en realidad, según lo acreditado en este proceso, esta posibilidad es cercana a cero, pues la frustración que sobre esa expectativa se pudo haber sentado se ubica en el campo de lo meramente hipotético o eventual y, por ende, no es susceptible de ser indemnizada. En consecuencia, no se accederá a esta pretensión.

Costas

85. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo a cuarto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 26 de junio de 2014, para, en su lugar:

*“1. **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones 1 del 2 de enero de 2006, 222 del 20 de febrero de 2006, 707 del 24 de julio de 2006, 863 del 5 de*

Expediente: 760012331000200700092 05 (53.479)
Acumulado 760012331005200700199 00
Demandante: Dimerco S.A. y Confianza S.A.
Demandada: Industria de Licores del Valle
Acción: Controversias contractuales

septiembre de 2006 y 924 del 3 de octubre de 2006 todas ellas proferidas por la Industria de Licores del Valle E.I.C.E., por las razones señaladas en esta providencia.

*“2. En consecuencia, **CONDENAR** en abstracto a la Industria de Licores del Valle E.I.C.E. a pagarle a Dimerco S.A.S. en liquidación los perjuicios que por lucro cesante le fueron causados con ocasión de la expedición de las resoluciones anuladas. Esta suma se deberá liquidar mediante incidente regulado en los artículos 172 del CCA y 137 del CPC, con estricta observancia de los parámetros establecidos en esta sentencia.”*

SEGUNDO: En los demás puntos, **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 26 de junio de 2014

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>