

ACCIÓN CONTRACTUAL / CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN DE LICORES / ADICIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO HASTA EN UN 50% / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Declara

La controversia que se ha puesto a consideración de la Sala tiene como germen la relación contractual establecida entre el Departamento de Antioquia y Licoantioquía S.A cuyo fin fue la comercialización de los productos elaborados por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquía dentro de la jurisdicción de ese departamento. Relación que tuvo soporte tanto en la cesión de los ocho contratos originales de distribución a Licoantioquia S.A. acaecida a mediados del año 1997 y el contrato unificado que celebraron las partes el 15 de noviembre de 2000. (...) [L]a Sala debe empezar por precisar que a la luz de la inten[c]ión de las partes y las normas que regulan el acuerdo de voluntades es claro que (...) el contrato suscrito el 15 de noviembre de 2000 es el que regula la relación contractual y, en consecuencia, las diferencias entre las partes (...). Contrato que no es solo una prórroga de los ocho contratos iniciales como parece sugerirlo Licoantioquía S.A. sino un nuevo acuerdo de voluntades que debió sujetarse en todo a las normas sobre contratación. Esto es así si se tiene en cuenta que si bien es posible modificar aspectos no esenciales del contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del contrato y con ello los fines estatales que se pretender satisfacer. Para el caso, las modificaciones en aspectos relativos al régimen de descuentos e inversión en publicidad. Lo cierto es que ello no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo contrato. (...) [N]o se puede perder de vista que los contratos iniciales, en virtud de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no (...) podían incrementarse en su valor sino hasta en un 50%, razón demás para considerar que las partes no podían haberse reunido el 15 de noviembre de 2000, es decir a un mes de la finalización del plazo contractual, tan solo para adicionar los contratos iniciales, pues claramente el valor de toda la distribución del departamento superaba con creces el valor de los contratos individualmente considera[d]os. (...) [P]ara la Sala es claro que el departamento (...) en lugar de abrir una nueva licitación pública para en igualdad de condiciones seleccionar un nuevo contratista que se encargara de la distribución de los productos de la Fábrica de Licores de Antioquia en toda la jurisdicción del territorio Antioqueño decidió celebrar con Licoantioquia S.A un nuevo contrato. En este sentido, el contrato que regula la relación negocial y que sustenta las súplicas de la demanda principal, de la de reconvencción y la acumulada debe declararse nulo por haberse celebrado contra expresa prohibición legal. (...) Recuérdese que la licitación pública, requerida en este caso para la selección del contratista, garantiza los principios de la contratación, de manera especial los de libre concurrencia e igualdad entre los proponentes.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 24 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44

INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN DEL ACTO ACUSADO / PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL

[E]l departamento al impugnar la sentencia de primera instancia insiste en que en el proceso cuy[a] finalidad es el control de legalidad del acto por medio del cual el departamento de Antioquia liquidó unilateralmente el contrato de distribución se presenta una inepta demanda, habida cuenta que en virtud de lo establecido en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad demandante no solo debía solicitar la nulidad de la resolución n.º (...) sino las resoluciones que

desataron los recursos interpuestos (...) [P]ara la Sala el análisis de la demanda permite deducir que la inten[c]ión de la sociedad actora, es lograr la nulidad del acto de liquidación, lo que incluye los actos que confirmaron la decisión en la etapa de los recursos, de lo contrario no se hubiese incluido las alusiones a los actos que confirmaron la decisión. Actos que obran en el plenario lo que permite a esta Sala realizar un adecuado control de su legalidad de cara a la Constitución y la ley. Un entendimiento contrario sería contrario al derecho de acceso a la administración justicia, pues no se justifica que el juez se abstenga de decidir, cuando cuenta con todos los elementos para el efecto.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 138

RESTITUCIONES MUTUAS / CONDENA EN ABSTRACTO

Dado que la Sala decretará la nulidad absoluta del contrato, la única posibilidad de reconocimiento económico es la derivada de las restituciones mutuas para las partes del contrato, razón por la cual otra pretensión diferente resulta improcedente. (...) [Procede] el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo, siempre y cuando *i)* se demuestre que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido y *ii)* la situación particular del caso dé lugar a establecer las restituciones, pues no siempre la declaratoria de nulidad permite volver a las cosas a su estado anterior.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03563-01(39143)

Actor: LICOANTIOQUIA S. A

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA - FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA Y OTROS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

El 20 de agosto de 2000, Licoantioquia S.A. formuló demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el departamento de Antioquia, para que *i)* se declare la existencia de los ocho contratos iniciales de distribución de licores; *ii)* se declare la nulidad de los actos administrativos que declararon la caducidad del acta de acuerdo del 15 de noviembre de 2000; *iii)* se declare el incumplimiento de la entidad territorial y la ruptura del equilibrio económico del contrato; *iiii)* se reparen los perjuicios y se restablezca el equilibrio económico del contrato y *v)* se liquide judicialmente el contrato.

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1- La demanda

Conforme al texto de la demanda, se pretenden las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- *Que se declare la existencia de los ocho contratos de distribución de licores, señalados en los hechos de esta demanda y que regulan las relaciones entre el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y LICOANTIOQUIA S.A.*

SEGUNDA.- *Que como consecuencia de lo anterior se declare que las actas de acuerdo de fechas agosto 11 de 1998 y noviembre 15 de 2000 celebradas entre el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y LICOANTIOQUIA S.A. no constituyeron ni constituyen unas nuevas y AUTÓNOMAS relaciones contractuales entre esas partes.*

TERCERA.- *Que se declare que la relación contractual existente entre el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y LICOANTIOQUIA S.A. se encuentra regulada por el pliego de condiciones de la licitación pública No. 012-96 así como por las cláusulas de cada uno de los ocho (8) contratos, sus modificaciones y adiciones.*

CUARTA.- *Que se declare que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA incumplió las obligaciones contractuales pactadas en los ocho (8) contratos celebrados con ocasión de la adjudicación de la Licitación Pública No. 012-96 y las obligaciones contenidas en el pliego de condiciones que les dio origen y fuera parte de los mismos, incluyendo el incumplimiento del documento de “unificación” que se hizo del clausulado de esos contratos de fecha 15 de noviembre de 2000, mediante “Acta de Acuerdo”.*

QUINTA.- *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA a pagar a LICOANTIOQUIA S.A. los perjuicios de toda índole, causados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones y que se demuestre a lo largo del presente proceso.*

SEXTA.- Que se declare que, por causas ajenas y no imputables al contratista LICOANTIOQUIA S.A. se rompió el equilibrio económico de los ocho (8) contratos de distribución de licores en el Departamento de Antioquia, que le fueron cedidos con la autorización previa y escrita del Gobernador del Departamento, contratos cuyo clausulado se reunió (unificó), de común acuerdo, mediante Acta del 15 de noviembre de 2000.

SÉPTIMA.- Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA a pagar a LICOANTIOQUIA S.A. las sumas de dinero necesarias para restablecer el equilibrio económico de los contratos, cuyo clausulado fue posteriormente unificado, de manera que mi representada no solo pueda sufragar las pérdidas sufridas, sino recibir la totalidad de la utilidad esperada, a la que tiene legalmente derecho.

OCTAVA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 048 del 3 de enero de 2002 mediante la cual el Gobernador del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA declaró la caducidad del “Acta de Acuerdo del 15 de noviembre de 2000, celebrada entre el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA y la sociedad LICOANTIOQUIA” cuyo propósito fue “recoger y unificar en un solo documento todas la cláusulas vigentes de los ocho (8) contratos de distribución de los productos, de la fábrica de licores y Alcoholes de Antioquia”.

NOVENA.- Que se declare la nulidad de la Resolución 1093 del 4 de febrero de 2002, por medio del cual el Gobernador del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, resolvió los recursos interpuestos por LICOANTIOQUIA S.A. y la Compañía de Seguros, confirmando la Resolución 48/2000.

DÉCIMA.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, a modo de restablecimiento del derecho y de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que consagra el principio de la reparación integral en la valoración de los perjuicios, se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA a indemnizar plenamente a la sociedad LICOANTIOQUIA S.A. los perjuicios de toda naturaleza resultantes de la declaratoria de caducidad del “Acta de Acuerdo” del 15 de noviembre de 2000, que tuvo por objeto unificar en un documento todas las cláusulas vigentes de los ochos contratos existentes, incluyendo, pero sin limitarse a ello, las consecuencias de la inhabilidad para contratar, los efectos sobre su buen nombre comercial, la imposibilidad futura de continuar realizando operaciones comerciales y la indemnización equitativa que retribuya los esfuerzos realizados por mi poderdante para acreditar los productos del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA.

DÉCIMA PRIMERA.- Que se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA a pagar las sumas de dinero que resulten a su cargo debidamente actualizadas con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), sobre las cuales habrá de aplicarse el doble del interés civil (12%) anual, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994, liquidados, en cada caso, desde el momento en el que para cada una de ellas corresponda, en orden a satisfacer plenamente el objeto de la respectiva condena y hasta la fecha de la sentencia. Así mismo, una vez ejecutoriada la sentencia, sobre las sumas de dinero que resulten a su cargo, el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA reconocerá y pagará intereses comerciales moratorios desde ese momento y hasta la fecha del pago

efectivo, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMA SEGUNDA.- Que se lleve a cabo la liquidación judicial de los ocho contratos de distribución de licores, cuyo clausulado se unificó de común acuerdo mediante Acta del 15 de noviembre de 2000, de conformidad con lo establecido en el artículo 136 numeral 10, literal d) del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMA TERCERA.- Que se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA al pago de las costas judiciales y agencias en derecho ocasionadas en el presente proceso.

2.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

A LA PRIMERA PRINCIPAL.- Que se declare que el Acta de Acuerdo de noviembre 15 de 1998 recopiló en un solo documento todas la cláusulas vigentes de los ocho contratos de distribución de licores que regulan la relación contractual entre el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – FLA y LICOANTIOQUIA S.A.** por lo que además de este clausulado son aplicables las regulaciones contenidas en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 012-96.

A LA QUINTA PRINCIPAL.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene al **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA** al pago del valor establecido a título de cláusula penal pecuniaria en cada uno de los ocho contratos (fls. 495 a 498, c.1)¹.

1.2 En apoyo de sus pretensiones, la demandante puso de presente:

1.2.1 El departamento de Antioquia, mediante resolución n.º 1253 del 10 de octubre de 1996, abrió la licitación pública n.º 12 cuyo objeto fue la distribución de los productos actuales y futuros de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia. El territorio para efectos de la contratación dividió el territorio antioqueño en 8 zonas así: i) Urabá más occidente; ii) norte más nordeste, iii) oriente (lejano más cercano), iv) suroeste más Caldas, Sabaneta y la Estrella, v) Itagüí más Envigado y Medellín zona 3; vi) Bello más Barbosa y Copacabana, vii) Medellín zona 4 más América y Belén) y viii) Medellín zona 1 más nororiental y centro.

Adicionalmente, en las reglas del proceso se dejó en claro que la distribución no incluía a los establecimientos de comercio denominados *grandes supermercados* y cooperativas establecidas en el Área Metropolitana de Medellín. Para la comprensión de lo que debía entenderse como gran supermercado la entidad remitió a la resolución n.º 239 del 26 de septiembre de 1995 “por medio de la cual

¹ La parte actora reformó la demanda (fls.494 a 606, c. 2).

se clasifican unos canales de distribución de productos de la Fábrica de Licores de Alcoholes de Antioquia”. Al respecto, el acto administrativo señalaba:

“ARTÍCULO 2º. Son supermercados TIPO “A” los establecimientos que tienen un área física para realizar la actividad comercial superior a 700 metros 2.

ARTÍCULO 3º. Son supermercados TIPO “B” los establecimientos que tiene un área física para realizar la actividad comercial entre 100 y 700 metros 2”.

1.2.2 El departamento mediante resolución n.º 337 de 1996 realizó la adjudicación de los contratos de acuerdo a las zonas predefinidas, así:

1. *Urabá más occidente*
Contratista: Unión temporal Jorge Mario Uribe G. S.A. y Aníbal Arango S. y CÍA S en C.
Valor del contrato: \$16.330.422.000.oo
Fecha: diciembre 3 de 1996.
2. *Norte más noreste*
Contratista: Cesar Vásquez Botero
Valor: \$16.474.576.000.oo
Fecha: Noviembre 24 de 1997.
3. *Oriente (lejano más cercano)*
Contratista: Unión Temporal Eduardo Vélez Toro – Jorge Enrique Velásquez Johnson y Prolicores del Magdalena S.A.
Valor: \$23.111.519.600.oo
Fecha: Diciembre 6 de 1996
4. *Suroeste más Caldas, Sabaneta y la Estrella*
Contratista: Distanco S.A.
Valor: \$18.129.619.400.oo.
Fecha: Diciembre 6 de 1996
5. *Itagüí más envigado y Medellín zona No. 3*
Contratista: Distribuidora Movisa Ltda.
Fecha: Diciembre 3 de 1996
6. *Bello más Barbosa, Copacabana, Girardota y Medellín, Zona No. 2 (Castilla).*
Contratista: Distanco S.A.
Fecha: Diciembre 6 de 1996.
7. *Medellín Zona No. 4 (América – Belén)*
Contratista: Unión Temporal Eduardo Vélez Toro – Jorge Enrique Velásquez Jhonson y Prolicores del Magdalena S.A.
Valor: \$26.328.762.000.oo

8. *Medellín zona No. 1 (Nororiental – centro)*

Contratista: Rafael de Jesús Marqués Botero – Unión Temporal Reimpex Ltda. y Alvaro Rene Herrera Arango

Valor: \$25.377.120.000.oo.

Fecha: Diciembre 6 de 1996

1.2.3 El departamento de Antioquia para el debido control y ejecución de los contratos de distribución de licores y el éxito del negocio, sugirió la creación de una sociedad que agrupara a todos los contratistas. Es así, como el 22 de abril de 1998, se constituyó la sociedad Licoantioquia S.A. a quien el departamento autorizó la cesión de los 8 contratos, entre los meses de mayo y julio de este mismo año.

1.2.4 Mediante resolución n.º 793 del 24 de julio 1998, el gobernador eliminó unilateralmente las fronteras y zonificación en la que había dividido el territorio del departamento y unificó en el 17% el descuento a las ventas para todo el territorio, el que debía liquidarse sobre el precio oficial de sus productos, excluida la estampilla Universidad de Antioquia.

1.2.5 El 11 de agosto de 1998, el departamento y Licoantioquia S.A suscribieron un acta de acuerdo en la que se dejó constancia de los siguientes compromisos: *i)* el objeto de cada uno de los 8 contratos es el mismo, solo que en adelante se entendía que existía una sola zona que comprendía la totalidad del departamento; *ii)* las inversiones en publicidad a cargo del contratista que, según las zonas oscilaban entre el 0.5% y el 2% pasarían a un porcentaje único de 0.7% del valor de las compras efectivamente realizadas; *iii)* el departamento con la colaboración del contratista realizaría operativos de control y vigilancia para evitar el contrabando, adulteración y falsificación de licores; *vi)* el departamento atendería las solicitudes de imposición de sanciones cuando verificara alguna conducta que atente contra las rentas del departamento o viole las normas sobre exclusividad de zonas y *v)* se unificaron los descuentos en el 17% para los productos tradicionales (aguardientes y rones) y en el 24% para los no tradicionales (vodka, brandy, etc.). Igualmente, en el Acuerdo se estipularon las compras mínimas a las que el contratista se comprometía para el segundo semestre del año 1998.

1.2.6 El 5 de febrero de 1999, las partes suscribieron acta de acuerdo para fijar la meta de ventas mínimas. Además, precisaron las obligaciones del ente territorial,

en lo que se refiere a la adulteración de licor, el contrabando y el denominado carrusel de licores y se fijaron las consecuencias de su incumplimiento.

1.2.7 El 15 de noviembre de 2000, las partes acordaron compilar en un solo documento todas las cláusulas de los 8 contratos de distribución, lo que, claramente, no significó la desaparición de los acuerdos de voluntades originales, ni los otro si, ni de la actas de cesión, como parece lo entendió la entidad territorial quien declaró la caducidad de esta acta de acuerdo.

8. El 15 de diciembre de 2000, las partes convinieron prorrogar el plazo de los contratos hasta el día 16 de diciembre de 2002. Igualmente, establecieron las cantidades mínimas de licor que el contratista debía comprar durante el año 2001.

1.2.9 El 16 de marzo de 2000, el gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia, esto es 3 años y 4 meses después de celebrados los contratos, ordenó a Licoantioquia S.A. la suspensión de la relación contractual en vista de que no había pagado el impuesto de timbre. Orden que, reiteró el 12 de abril siguiente concediendo para el efecto un plazo perentorio de 24 horas.

1.2.9.1 Dadas las graves consecuencias que podría traer la suspensión del contrato y pese a que las relaciones contractuales no estaban sujetas al tributo, Licoantioquia S.A. le entregó a la Fábrica de Licores de Antioquia la suma de \$1.453.652.675 correspondientes al impuesto de timbre por los años 1998 a octubre de 2000, incluyendo reajustes y sanciones.

1.2.9.2 El 25 de mayo de 2000, Licoantioquia S.A., para evidenciar el error, le remitió a la empresa licorera el concepto de la DIAN 530111 en el que se concluye que los contratos de distribución al generar facturación comercial, no están sujetos al impuesto de timbre.

1.2.9.3 Con base lo anterior, el 24 de noviembre de 2000, Licoantioquia S.A. solicitó a la empresa la devolución de las sumas cancelada por concepto de impuesto de timbre.

1.2.9.4 El 6 de diciembre de 2000, el gerente de la fábrica manifestó a la contratista que no tenía competencia para resolver sobre la devolución del importe del impuesto, lo que significó para Licoantioquia S.A. la privación de un capital de

\$1.453.652.675, dinero cuya devolución no se había logrado para el momento de presentación de la demanda.

1.2.10 El 2 de noviembre de 2000, Licoantioquia S.A. puso de presente a la Fábrica de Licores de Antioquia que se estaban utilizando parámetros erróneos para la liquidación de los montos a invertir en publicidad institucional, toda vez que, lo acordado y la práctica desarrollada por el departamento con sus otros distribuidores, enseña que el porcentaje a aplicar (0.7%) debería liquidarse sobre el valor de las compras y no sobre el precio que resulta después de incluir los impuestos.

Esta interpretación equivocada condujo a que Licoantioquia S.A. efectuara gastos por ese concepto en una cuantía superior a la acordada \$2.124.040.735 sin incluir intereses durante los años 1998, 1999 y 2000. Dineros que se reclamó sin que hasta la fecha se hubiese obtenido respuesta, silencio que de cara al Código Contencioso Administrativo debe considerarse como una respuesta positiva.

1.2.11 De acuerdo con el acuerdo unificado se establecieron como estrategias para la distribución que *i)* el departamento entregaría a título gratuito a Licoantioquia S.A. un 0.3% del total de botellas de 750 c.c. con destino a la realización de programas de degustación y *ii)* Licoantioquia S.A. al tener que asumir los costos de transporte hasta cada uno de los estancillos del departamento se hacía acreedor a una cantidad del 2% del total de botellas compradas así: 1% para compensar los fletes de transporte del licor y 1% para trasladarlo a estos vía descuento. Términos en que operó la relación contractual por varios años.

No obstante que se trataba de licor que recibía a título gratuito, el 14 de febrero de 2001, la nueva administración cambió las condiciones y comenzó a cobrarle a Licoantioquia S.A. el IVA sobre el licor que entregaba para ejecutar los programas de degustación y como compensación de los fletes de transporte del licor hasta los “estancillos”. Así, Licoantioquia S.A. tuvo que asumir un sobre costo por concepto de IVA de 98.064.670 sin intereses, en el caso del licor de degustación y de \$848.777.110 sin intereses, para el caso del licor recibido como incentivo.

1.2.12. Era una obligación legal y contractual del departamento perseguir e impedir el contrabando de licores en el departamento, su falsificación, su

adulteración y la práctica denominada “carrusel” -cuando los licores vendidos para el exterior o para otros departamentos se quedaban en Antioquia-, fenómenos que al no ser atendidos por el departamento significaron para Licontioquia S.A. la imposibilidad de atender parte de la demanda de licores. En términos prácticos esto afectó negativamente la operación de la contratista habida cuenta que *i)* se privaba de ingresos para volver a comprarle al departamento los inventarios acordados, *ii)* asumía unos costos de publicidad cuyos cálculos no tenían en cuenta los mencionados flagelos; *iii)* implicaba cubrir gastos de almacenamiento, seguros y custodia dada la prolongación de existencia de inventarios y *iv)* se dejó de recibir en el monto y la oportunidad la utilidad por la venta de cada una de las botellas de licor.

1.2.13 De acuerdo con el pliego de condiciones, el pago del licor que el contratista adquiriría debía realizarse en un plazo máximo de 10 días con respaldo en un cheque posfechado. Plazo que posteriormente fue ampliado a 15 días por acuerdo de las partes. Obligación que incumplió el departamento en el año 1998, habida cuenta que no esperó el plazo convenido para hacer efectivo el cheque que el contratista giró para respaldar la compra de 3.500.000 botellas

Para agravar la situación de la sociedad contratista, el departamento apelando a unas facultades extraordinarias y usurpando funciones jurisdiccionales expidió la resolución n.º 8197 de 9 de septiembre y la resolución n.º 9507 del 28 de octubre de 1999 en la que liquidó intereses de mora a una tasa usurera del 4% mensual para un total de \$881.685.961.00. Decisiones que fueron demandadas a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo el proceso terminó por conciliación por la presión de la gobernación quien para la prórroga de los contratos puso como condición la terminación de los procesos.

1.2.14 A fines del año 2000 e inicios del 2001 se podían leer noticias en los periódicos locales que daban cuenta que independiente de cualquier consideración jurídica o de conveniencia para las arcas del departamento, las autoridades tenían la intención de dar por terminada a como dé lugar la relación contractual con Licoantioquía S.A., intenciones que se concretaron en una serie de actuaciones que llevaron a la sociedad a la imposibilidad del cumplimiento de sus obligaciones.

1.2.15 El 23 de agosto de 2001, Licoantioquía S.A. puso en conocimiento de la entidad contratante lo que consideraba una violación de la política de descuentos y la invasión de los mercados que contractualmente le correspondían. En concreto, se puso de presente el caso del establecimiento de comercio llamado Sumerca de propiedad de la sociedad Hemisférica de Inversiones S.A. quien pasó de ser subdistribuidor de Licoantioquia S.A. a distribuidor mayorista, con un tratamiento privilegiado de descuentos, a pesar de no cumplir con los requisitos legales para el efecto. Conducta con la que se colocó a Licoantioquia S.A. en una situación precaria, insostenible e insalvable.

1.2.15.1 El 10 de septiembre de 2001, el departamento explicó a Licoantioquia S.A. que *i)* a pesar de que se otorgaba a los grandes supermercados unos descuentos del 17% sobre el precio de venta del aguardiente antioqueño y ron Medellín, no podía considerarse que el descuento los beneficiaba directamente, ya que 10% de ese descuento debía trasladarse directamente al consumidor final y *ii)* la determinación de considerar a Sumerca como un gran supermercado no era un tema contractual.

La interpretación de lo que se debía entender como grandes supermercados no se deriva, únicamente, de la resolución n.º 239 de 1995 ni del acta de acuerdo suscrita el 15 de noviembre de 2000, sino de otros documentos contractuales, como la resolución n.º 7580 del 3 de octubre de 2001 en la que se consignó que la Fábrica de Licores de Antioquia atendía directamente los supermercados tipo A, es decir aquellos establecimientos con una área comercial superior a los 700 mts², requisito que no cumplía Sumerca.

1.2.15.2 El 12 de octubre de 2001, Licoantioquia S.A. solicitó al departamento y a la empresa de licores información de los descuentos que se conceden a otros distribuidores, los actos administrativos por los cuales fueron habilitados nuevos distribuidores, los criterios para definir lo que se debía entender como grandes supermercados y explicaciones sobre los descuentos que estos pueden ofrecer hasta el 16%, cuando Licoantioquia S.A. solo puede otorgar el 7% y el 4% a los mayoristas.

1.2.15.3 El 22 de octubre siguiente, Licoantioquia S.A. dio alcance a la comunicación anterior, para señalar que la nueva política de descuentos constituía una modificación a la Resolución n.º 187 del 30 de abril de 1992, que

fue la que se tuvo en cuenta para hacer la oferta y celebrar el contrato de distribución.

1.2.15.4 El 7 de noviembre de 2001, el departamento informó a la contratista que estaba incentivando las ventas en los grandes supermercados, debido a que resultaban más rentables que las que se hacían a Licoantioquia S.A. se resalta el documento:

“...Respecto de los estudios realizados por el departamento de Antioquia que lo llevaron a la conclusión de que las ventas realizadas directamente eran más rentables que las efectuadas a través de Licoantioquia es claro que es mucho más rentable vender un producto con el 7% de descuento pagadero a 15 días a los supermercados que con el 176% (sic), también pagadero a 15 días al distribuidor. No se requiere de un gran estudio para concluir y eso sin considerar el 2% adicional en licor comercial para la operación logística que realiza Licoantioquia, justificada en que a los estanquillos por fuera del valle de Aburrá se les entregará el producto en sus establecimientos y a ubicar 4 bodegas más en el Valle de Aburrá...”

1.2.16 El 14 de diciembre de 2001, tras completarse cinco meses de continuo incumplimiento por parte del departamento, Licoantioquia S.A. no tuvo más solución que invocar la excepción de contrato no cumplido por su absoluta imposibilidad de cumplir con las obligaciones a su cargo hasta tanto el contratantes se pusiera al día con las suyas.

En efecto, Licoantioquia para fines del año 2001 i) tenía en sus bodegas un aproximado 4.789.740 botellas de licor sin posibilidades de distribución debido al tratamiento privilegiado al establecimiento Sumerca y en general la crisis económica del país; ii) acumulaba pérdidas aproximadas de \$13.951.586.000 generadas por el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato imputables al departamento; iii) carecía de liquidez debido que no se le devolvieron los dineros cobrados indebidamente por impuesto de timbre y en exceso por concepto de publicidad y v) cerró operaciones en Puerto Berrio por amenazas de las autodefensas, sumado a que se le prohibió vender en otros 22 municipios.

1.2.16.1 El 21 de diciembre de 2001, el departamento manifestó a Licoantioquia S.A. que no aceptaba la excepción de contrato no cumplido, no solo porque le estaba autorizado como titular del monopolio de licores venderle a los supermercados, sino porque, en todo caso, dicha excepción solo podía ser

declarada en sede judicial. Al tiempo, la compelió al cumplimiento de sus obligaciones, en especial al pago de unos cheques girados para garantizar el pago de sus obligaciones.

1.2.16.2 En vista de lo anterior, Licoantioquia S.A. solicitó al departamento el sometimiento de sus diferencias a la decisión de un tercero imparcial en los términos del artículo 68 de la Ley 80 de 1993.

1.2.16.3 El 28 de diciembre de 2001, el departamento le informó a Licoantioquia S.A que decidió nombrar a tres personas eminentes para que se acerquen a las partes y lleguen a la solución del conflicto, noticia que fue recibida con beneplácito por el distribuidor como consta en carta del 3 de enero de 2002.

1.2.16.4 El 3 de enero de 2002, el departamento, sin trámite previo y de manera sorpresiva, resolvió declarar la caducidad del acta de acuerdo de 15 de noviembre de 2000, esto es sin expresar específicamente sobre cuál o cuáles contratos recaía la decisión concretamente.

1.2 16.5 Contra dicha decisión, el 14 de enero de 2002, Licoantioquia S.A. interpuso recurso de reposición por violación al debido proceso, falsa motivación y desviación de poder. Decisión que fue confirmada por la entidad.

1.2.17 Mientras todo esto ocurría, la dirección de responsabilidad fiscal de la Contraloría Departamental de Antioquia inició proceso de responsabilidad fiscal y decretó medidas cautelares, apoderándose, indebidamente, de más de 732.000 botellas de 750 c.c. de licor de propiedad de Licoantioquia S.A., de más de mil millones que tenía entre todas sus cuentas corrientes, de 3.675.644 botellas de 750 c.c. que tenía en almacenes de depósito, así como de sus vehículos.

1.2.17.1 El 7 de marzo de 2002, Licoantioquia S.A. solicitó al departamento acordar los representantes, lugares y tiempos para proceder a la liquidación de los contratos de distribución de licores.

1.2. 17.2 El 1.º de abril de 2002, el departamento responde que la liquidación debe realizarse entre el 5 de febrero y el 5 de junio de 2002.

1.2.17.3 El 26 de junio de 2002, el departamento le remite a Licoantioquia S.A. una carta fechada el 5 del mismo mes y año, con un proyecto de acta de liquidación, para que se formulen observaciones dentro de los 15 días siguientes.

1.2.17.4 Licoantioquia S.A., solicitó audiencia para hacer observaciones, no obstante, no le fue posible concretar ninguna reunión para discutir la liquidación bilateral, lo que significó que dicho plazo se precluyera el 5 de agosto de 2002.

1.2.17.5 El 6 de agosto de 2002, se realizó una reunión entre las partes sin que se haya llegado acuerdo alguno (fls. 498 a 565, c. 2).

1.3 Contestación a la demanda y su reforma²

El departamento se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones y razones de defensa:

1.3.1 Excepción de Inepta demanda, habida cuenta que se solicita el reintegro del impuesto de timbre invocando para ello una supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, situación que no es de recibo por esta vía, pues ello desconoce que el departamento tanto solo actuó como agente retenedor, pues dicho tributo tiene carácter nacional. De este modo, era a la DIAN a quien debía solicitar la devolución del dinero de acuerdo con lo establecido en el artículo 850 del Estatuto Tributario y solo ante su negativa podía acudir a esta jurisdicción, por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.3.2 Por otra parte, abogó por la legalidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato unificado, no solo porque aquellas gozan de presunción de legalidad, sino porque se expidieron en uso de las facultades que le otorga la Ley 80 de 1993 a las entidades públicas contratantes en casos de incumplimiento grave. Incumplimiento que aceptó el contratista, pues a mediados de diciembre de 2001, puso de presente a la entidad que contraordenaría el pago de los cheques y que en adelante no retiraría ni compraría más licor.

Advierte que con dicha estrategia la contratista pretendía segar el derecho del departamento a vender directamente a los supermercados y almacenes de cadena, lo que pretendió justificar alegando una excepción de contrato no cumplido carente de justificación y a la que no podía legalmente apelar, pues se

² El Tribunal Administrativo de Antioquia notificó de la demanda y su reforma al departamento de Antioquia a efectos de que haga valer los derechos que la ley le otorga (fl. 419, c.1 y 964, c.2).

trata de una prerrogativa del juez del contrato, que solo puede declararse en favor del contratista cumplido o que se allane al cumplimiento, situación que no se configura en este caso si se tiene en cuenta que para cuando se alegó, Licoantioquía S.A ya se encontraba en situación de incumplimiento, no solo porque había dejado de comprar licor sino porque no había cumplido con el pago de los intereses de mora que se dispuso en las resoluciones n.º. 8197 y 9507 de 1999.

Adicionalmente, manifiesta que la caducidad no estuvo impregnada por falsa motivación o desviación de poder, pues como consta en los actos administrativos enjuiciados, la decisión se tomó porque el contratista suspendió la ejecución del contrato con lo que afectó de manera grave los intereses públicos inmersos en la contratación. Tampoco, desconoció el debido proceso, habida cuenta que para su expedición, la entidad requirió a la sociedad contratista de sus obligaciones y solo ante su persistencia y en orden a dar prevalencia al interés general se procedió a declarar la caducidad del vínculo contractual.

Finalmente, precisa que la caducidad debía recaer sobre el acta de acuerdo del 15 de noviembre de 2000, pues a diferencia de lo sostenido por la demandante, es un típico acuerdo de voluntades que se suscribió con posterioridad a la cesión de los contratos individualmente considerados. De donde a partir de su suscripción los ocho contratos primigenios perdieron independencia esto es se subsumieron en uno solo al que se incorporaron por acuerdo de las partes los pliegos de condiciones para efectos de resolver dudas en la interpretación.

1.3.3 En lo que tiene que ver con el presunto incumplimiento, manifestó que el departamento, como titular del monopolio de los licores, al igual que otras entidades tenía establecido como canales de distribución para llegar hasta el usuario final de sus productos, los estanquillos, los establecimientos de comercio autorizados para la venta de licor, los almacenes de cadena y supermercados. No obstante, a partir del año 1996, modificó parcialmente la estrategia de mercadeo y se decidió que era más conveniente económicamente utilizar intermediarios privados para hacer la distribución.

Para tal efecto, mediante resolución n.º 1253 del 10 de octubre de 1996 el departamento de Antioquia abrió licitación pública n.º 12, la cual fue adjudicada a ocho oferentes según las distintas zonas de distribución en que se había fraccionando el territorio departamental en orden a garantizar la oferta hasta en las poblaciones más lejanas, con lo que de paso se mitigaba el problema del contrabando y en general la distribución ilegal de licores.

En el pliego de condiciones se estableció que el proponente favorecido no podría vender ni distribuir en el territorio asignado directa ni indirectamente productos nacionales o extranjeros similares a los del objeto de la licitación. Además, se les prohibió a los oferentes beneficiados venderles productos a los grandes supermercados Éxito, Cadenalco, Cooperativa Cafetera, Cooperativa de Consumo, Comfama, Caravana y Macho; como aquellos grandes supermercados y/o cooperativas que se establezcan en el futuro. El departamento se reservó el derecho a catalogar que establecimientos podían calificarse como gran supermercado.

Así las cosas, la exclusividad a que se refiere el demandante se pactó, pero en favor del departamento, porque lo cierto es que los adjudicatarios solo podían vender los productos de la Empresa Licorera de Antioquia, entre tanto la entidad se reservó la atención de almacenes de cadena, cooperativas y grandes supermercados; como también la facultad de establecer los descuentos de acuerdo a las condiciones del mercado, tal como lo evidencia la expedición por parte del gobernador de Antioquia de la resolución n.º 7580 del 3 de octubre de 2001 en la que se delegó en el gerente de la fábrica de licores, la facultad de establecer descuentos para los almacenes de cadena y supermercados, eso sí dejando en claro que aquellos no podían ser superiores a los establecidos en favor de Licoantioquia S.A.

Entre tanto, el contrabando, adulteración y carrusel de licores eran situaciones que conocía el distribuidor cuando presentó su propuesta, tan es así que en la cláusula décima primera del pliego de condiciones, se impuso la obligación al contratista de informar a la entidad y denunciar ante las autoridades competentes hechos de esa naturaleza. De donde, no se trata de hechos nuevos, imprevistos o sobrevinientes sino de hechos que ordinariamente tienen lugar en el mercado mundial de los licores, tan es así que los mismos proponentes en la etapa precontractual formularan interrogantes en orden a evaluar los riesgos que esto representaba.

1.3.4 La parte demandante alega ruptura de la ecuación contractual porque debió asumir una carga tributaria que no le correspondía, situación que no es de recibo, no solo porque las cargas tributarias son de orden legal, sino porque en todo caso en el contrato se estableció como obligación del contratista el pago de los correspondientes tributos, entre ellos el IVA y el impuesto nacional de timbre, para cuyo recaudo el departamento, únicamente, actúa como agente retenedor, pues esos dineros van a parar al fisco nacional.

Así mismo, señala que no generó desequilibrio dado que los parámetros, inicialmente, establecidos para la liquidación de la publicidad no sufrieron alteración. En efecto, en los contratos de distribución se pactó que la inversión en publicidad sería liquidada sobre la base de las compras reales efectuadas por cada distribuidor, lo que fue ratificado en el acta de acuerdo del 15 de noviembre de 2000. En estos términos fue liquidada la inversión en publicidad sin tener en cuenta el valor del IVA ni la estampilla de la Universidad de Antioquia y sobre esta base fue que se estableció a favor de la entidad e un saldo a favor de \$167.889.35 Finalmente, manifiesta que tampoco existe ruptura del equilibrio económico del contrato por el costo de los fletes para el transporte del licor, pues se estableció que el contratista los recogería en la Fábrica de licores de Antioquia y se encargaría de su distribución. Ahora, si bien en el acta suscrita el 11 de agosto de 1998 el departamento le concedió un incentivo en especie al contratista equivalente al 2% del volumen del licor comprado, como compensación por el valor de los fletes generados con el traslado de los productos hasta los estanquillos situados en las zonas alejadas del Valle de Aburrá, este último precisamente constituiría una prueba de lo contrario, esto es de que el departamento de Antioquia movió en favor del contratista la balanza del contrato, compensación frente a la cual la contratista estuvo de acuerdo.

1.3.5 La parte demandante solicitó la liquidación judicial de los contratos unificados en el acta de acuerdo del 15 de noviembre de 2000, pretensión que no es procedente, pues para el momento en que le fue notificado el auto admisorio de la demanda, 9 de octubre de 2002, la entidad ya había expedido y notificado el acto administrativo mediante el cual liquidó unilateralmente el contrato (fls. 426 a 485, c.1 y fls. 966 a 975, c. 2).

1.4 Demanda de reconvención

1.4.1 El departamento formuló demanda de reconvención en la que formuló las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: *Que no se acceda a ninguna de las pretensiones formuladas por Licoantioquia S.A. en la demanda que presentó en contra del departamento de Antioquia, Fabrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, relacionadas en el acápite II del libelo introductor y por lo tanto, se declare que el acto administrativo por el cual el Departamento de Antioquia declaró la caducidad del contrato de distribución contenido en el Acta de Acuerdo del 15 de noviembre de 2000, Resolución No. 048 del 3 de enero de 2002 y Resolución No. 1093 del 4 de febrero del mismo año, respecto a su contenido, no perdió su fuerza ejecutoria ni su validez; que el departamento cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; que el contrato no*

sufrió alteración en su ecuación económica y que su liquidación judicial es improcedente.

SEGUNDA: Que se declare que con el incumplimiento declarado en las Resoluciones No. 048 y 1093 de 2002, Licoantioquia S.A., causó perjuicios al departamento de Antioquia, por un monto superior al valor de la cláusula penal que en ella fueron estimados en la suma de nueve mil cuatrocientos trece millones setecientos cuatro mil novecientos cincuenta y ocho pesos M.L. (9.413.704.958.00) consistentes en:

- 6.559.658 unidades de botellas de 750 ml dejadas de comprar a la Fábrica de Licores de Antioquia por el año 2001, cuyo valor asciende a la suma de cincuenta y un mil novecientos ochenta y tres millones novecientos veintidós mil quinientos dos pesos ml (\$51.983.922.502.00).
- Tercera multa establecida en la cláusula vigésima séptima del acta de acuerdo del 15 de noviembre de 2000 por haber incumplido los mínimos contractuales del año 2001, por la suma de cuarenta millones trescientos veinticuatro mil quinientos pesos ml (40.324.500.00).
- Gastos de bodegaje por concepto de 6.559.658 unidades de 750 ml dejadas de comprar, por la suma de trescientos setenta y cinco millones setecientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos ml (\$375.759.450.00).
- Valor de las unidades de licor oficialmente pedidas, que fueron retiradas de las bodegas de la fábrica por Licoantioquia S.A. cuyo pago había sido garantizado con los cheques posfechados que posteriormente contraordenó por la suma de quince mil trescientos trece millones ochocientos cincuenta y cinco mil ochocientos cincuenta y siete pesos ml (3.072.771.171.00).
- Valor de la mercancía (licor comercial), entrada y facturada a Licoantioquia S.A. y pendiente de pago porque los cheques entregados, solo podían cobrarse 15 días después de retirada la mercancía en su totalidad, cuyo valor es de cinco mil seiscientos treinta y siete millones novecientos noventa y siete mil quinientos setenta y nueve pesos (5.637.997.579.00).
- Valor del IVA que el departamento de Antioquia se vio en la obligación de cancelar en favor de la DIAN como agente retenedor, sobre el valor de los productos entregados a Licoantioquia S.A. que esta se negó a cancelar contraordenando los cheques girados para su pago.

TERCERA: Que se declare que Licoantioquia S.A. incumplió el contrato adicional (sin fecha) del año 2000, por medio del cual se acordaron definitivamente las compras mínimas de licor para este año en 26.076.430 unidades de licor de 750 ml, al dejar de comprar la cantidad de 671.927 unidades de licor de 750 ml cuyo valor asciende a cuatro mil seiscientos noventa y cuatro millones setecientos cuarenta y nueve mil ciento sesenta y dos pesos ml (\$4.694.749.162.00).

CUARTA: Que se declare que por el incumplimiento de los mínimos contractuales del año 2000, Licoantioquia S.A. debe cancelar al departamento de Antioquia el valor de la segunda multa acordada en la cláusula vigésima séptima del acta de acuerdo del 15 de noviembre del año 2000, por valor de ocho millones setecientos veinte mil ciento cuarenta pesos ml (\$8.720.140.00).

QUINTA: Que se declare que Licoantioquia S.A. incumplió la obligación contenida en la cláusula novena de los ocho contratos de distribución, recogidas en el No. 6 del acta de acuerdo suscrita el 5 de febrero de 1999 y cláusula octava del acta de acuerdo del 15 de noviembre de 2000, en las

cuales se comprometió a invertir en publicidad de la Fábrica de Licores de Antioquia, el 0.7% de las compras realizadas, al dejar de invertir ciento sesenta y siete millones ochocientos ochenta y nueve mil trescientos cincuenta y siete pesos ml (167.889.357.00).

SEXTA: *Que se declare que los perjuicios anteriores, sumados a éstos el valor de los valores pendientes de pago por concepto de las sanciones impuestas mediante las resoluciones No. 9197 y 9507 de 1999, exceden el monto del valor de la cláusula penal y por ende no se alcanzan a pagar de la garantía de cumplimiento.*

SÉPTIMA: *Que como consecuencia de todo lo anterior, se declare igualmente que Licoantioquia S.A. debe cancelar a favor del departamento de Antioquia, los perjuicios ocasionados sin limitarse a los anteriores, sino a todos aquellos que se establezcan en el presente proceso.*

OCTAVA: *Que se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y como consecuencia, se ordene la reparación integral y equitativa de los daños ocasionados al departamento de Antioquia, observando los criterios técnicos actuales, de manera que las sumas de dinero señaladas o las que se establezcan en el proceso, conserven su poder adquisitivo mediante la aplicación de sistemas de actualización e indexación hasta la fecha en que se profiera la sentencia, conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado.*

NOVENA: *Se dé aplicación al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, disponiendo que las unas de dinero establecidas en la sentencia, causarán intereses comerciales hasta que se efectúe el pago por parte de Licoantioquia S.A.*

DÉCIMA: *Que se condene en costas a la sociedad Licoantioquia S.A. (fls. 3 a 6, c.3).*

1.4.2 Como fundamento de las anteriores pretensiones el departamento señaló que dado que el monto de los perjuicios supera la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento, se vio abocado a formular las presentes súplicas en orden a que se resarzan los perjuicios causados por Licoantioquia S.A. Para el efecto, explicó que debía referirse a dos categorías de hechos, los que fueron plasmados en los actos administrativos en los que se declaró la caducidad de la relación contractual y otros, que si bien no fueron mencionados allí, se trata de incumplimientos que a la postre generaron perjuicios a la entidad territorial:

1.4.2.1 Sobre los hechos que llevaron al departamento a declarar la caducidad resaltó *i)* incumplimiento en los pagos, pues los cheques que la sociedad giró en el mes de diciembre de 1998 fueron devueltos sin cancelar, situación que generó la expedición de las resoluciones n.º 8197 y 9507 de 1999, a través de las cuales se liquidó y ordenó el pago de los intereses causados; *ii)* incumplimiento de sus

obligaciones tributarias, en especial del pago del IVA por los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año 2001; *iii*) distribución de productos sin autorización del departamento a Comfama y la Cooperativa de Consumo, sujetos cuya distribución se reservó la entidad territorial (esta conducta generó la imposición de una multa mediante resolución n.º 7617 del 27 de septiembre de 2000; *iv*) incumplimiento del número mínimo de botellas compradas, así por ejemplo para el año 2000 se pactó en 26.076.430 y compró 25.404.503, esto es dejó de comprar 671.927.

Aclaró que dadas las dificultades económicas de la distribuidora, por su iniciativa se llevaron a cabo una serie de reuniones para lograr la terminación por mutuo acuerdo del contrato, lo que generó un proyecto de acta de terminación bilateral que fue remitido formalmente a la contratista el 12 de diciembre de 2001, no obstante desconociendo los acercamientos que por su cuenta se realizaron el 14 siguiente, de manera intempestiva presentó una comunicación en la que abrogándose competencias jurisdiccionales declaró al departamento en incumplimiento y se acogió a la excepción de contrato no cumplido para suspender el contrato y en adelante *i*) no comprar licor, *ii*) dejar de retirar el licor de las bodegas de la fábrica de licores y *iii*) contraordenar el pago de cheques.

En otra palabras, Licoantioquia S.A *i*) emitió orden de no pago a los cheques que giró por valor de \$16.898.058.785; *ii*) se quedó con el licor que el departamento le facturó y entregó por valor de \$5.637.997.579; *iii*) se abstuvo de retirar la totalidad de los pedidos de licor en una suma de \$335.759.450 y *iv*) dejó de comprar 6.559.658 unidades por valor de \$51.983.922.500. Renuencia en la que el contratista se mantuvo pese a los requerimientos y advertencias de la entidad sobre los perjuicios que generaba este grave incumplimiento y a que conocía perfectamente que en su caso no se cumplían las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que exclusivamente permitían suspender la ejecución de las actividades del contrato, previo acuerdo con el departamento.

1.4.2.2 Licoantioquia S.A. incurrió en otros hechos de incumplimiento contractual, lo que agravó los perjuicios de la contratante, habida cuenta que *i*) también, incumplió con el porcentaje de compras mínimas para el año 2000, lo que motivó la imposición de una segunda multa de acuerdo a lo acordado en la cláusula vigésima primera del contrato y *ii*) omitió la inversión en publicidad en los montos acordados para el año 2001, esto es el 0.7% de las compras realizadas (fls. 2 a 41, c.3).

1.5 Contestación de la demanda de reconvención

Licoantioquia S.A se opuso a la prosperidad de las súplicas en reconvención, pues en esencia se trata perjuicios que fueron declarados en sede administrativa por la propia entidad y que no podrían repararse nuevamente por vía judicial.

Adicionalmente, puso entredicho los motivos que el departamento esgrimió como incumplimiento, habida cuenta que *i)* los cheques no fueron pagados porque el departamento los consignó cuando todavía no entregado el licor; *ii)* no es cierto que se hayan incumplido las obligaciones tributarias, por el contrario siempre se cumplieron conforme a la ley, otra cosas es que el departamento se haya abrogado competencias de la DIAN para exigir unos impuestos que no se habían generado y *iii)* tampoco es cierto que se haya incumplido con las compras mínimas para el año 2001, pues las 671.927 botellas faltantes fueron solicitadas, otras cosa es que no se hayan despachado por no tener las referencias y presentaciones solicitadas. En este punto, señaló que para el análisis del cumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas, se debía tener en cuenta que hasta antes de que Liconatioquia S.A. se vio obligada a invocar la excepción de contrato no cumplido, había satisfechos de manera cumplido con todos sus compromisos con el departamento.

Finalmente, propuso como excepciones *i)* la falta de integración del *litis* consorcio necesario, en tanto la demandante omitió indicar entre los demandados a la Compañía de Seguros Cóndor S.A; *ii)* inadmisibilidad de la demanda de reconvención, ya que para hacer efectivos los perjuicios que se declararon por la entidad mediante resoluciones n. ° 13882 de 2002 y 1706 de 2003 debió acudir a la vía ejecutiva y *iii)* apelación a la culpa propia, de donde la prosperidad de la demanda principal haría improcedente el estudio de la demanda de reconvención, pues unas y otras se fundamental en el incumplimiento de las obligaciones contractuales (fls. 43 a 75, c.ppal.).

1.6 Coadyuvancia de la empresa a la Compañía de Seguros Cóndor S.A.

Ante la solicitud de las partes, el Tribunal vinculó a la Compañía de Seguros Cóndor S.A. como codyuvante de Licoantioquia S.A., pues a su juicio su intervención no era posible como *litis*consorte necesaria (fls. 287 a 294, c.5).

La aseguradora coadyuvó las peticiones de la sociedad, para el efecto hizo un recuento de la dinámica de la ejecución contractual y enfatizó en que fue el incumplimiento grave y reiterado del departamento fue el que puso a la sociedad en imposibilidad de seguir cumplimiento el contrato. En especial, resaltó que la

empresa de licores distribuyó el licor en sectores sobre los que tenía exclusividad el contratista y modificó el sistema de descuentos en beneficio de otros proveedores.

En estas circunstancias, señaló que la contratista se vio obligada a librar orden de no pago a los cheques, a dejar de comprar licor para distribución y a solicitar la mediación de un tercero imparcial para solucionar las diferencias que habían surgido entre las partes para ese momento de la ejecución contractual. Solicitud que fue desatendida por el departamento, quien por el contrario procedió a declarar la caducidad de la relación contractual y a ordenar la efectividad de las garantías para el pago de los presuntos perjuicios.

Por otra parte, aclaró que el contrato de seguro no cubre ninguno de los hechos que fundamentaron la caducidad. Así, por ejemplo, manifestó que no fue un riesgo asegurado el retracto de los cheques, situación que no se puede olvidar es independiente del contrato mismo, tan es así que para su exigibilidad puede concurrir a la jurisdicción ordinaria. Opción por la que optó el departamento, pues con el fin de obtener el pago de los cheques promovió una acción ejecutiva que actualmente cursa en el Juzgado 15 Civil del Circuito de Medellín, de donde no se explica como pretende que en este proceso se le vuelva a pagar el mismo concepto (fls. 256 a 288, c. ppal.).

1.7 Acumulación de procesos

1.7.1 Agotada la etapa de alegatos de conclusión, la Procuraduría solicitó que se acumule a este proceso el identificado con el radicado 2004-00177, en estudio para fallo, en el que Licoantioquia S.A solicitó la nulidad de los actos mediante los cuales el departamento liquidó unilateralmente el contrato de distribución – resolución 13882 del 28 de septiembre de 2002 y resolución 1706 del 28 de febrero de 2003- y el reconocimiento de perjuicios.

1.7.2 Petición que fue atendida favorablemente por el tribunal, habida cuenta que se trata de las mismas partes, las pretensiones se habrían podido acumular desde un principio y los dos procesos podían tramitarse por la misma cuerda, esto es el proceso ordinario (199 a 203, c. 7).

1.7.3 En el proceso acumulado se formularon las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 13882 del 24 de septiembre de 2002, expedida por el gobernador (E) del departamento de Antioquia “POR MEDIO DE LA CUAL SE LIQUIDA UN CONTRATO”.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1706 del 28 de febrero de 2003, expedida por el gobernador (E) del departamento de Antioquia “Por medio de la cual se resuelve un recurso”.

TERCERA.- Que se declare que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA incumplió la obligación contractual establecida en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para cada uno de los ocho (8) contratos celebrados con ocasión de la adjudicación de la licitación pública No. 012-96 relativa a la obligación de liquidar esos contratos dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expedición del acto administrativo que ordenó su terminación anticipada

CUARTA.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, a modo de restablecimiento del derecho y de conformidad con el artículo 230, inciso segundo, de la Constitución Nacional que consagra la “equidad” como criterio auxiliar de la actividad judicial de administrar justicia, con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que consagra el principio de la reparación integral en la valoración de los perjuicios y con el artículo 1599 del Código Civil que establece la cláusula penal pecuniaria como tasación anticipada de perjuicios, se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA a pagar a la sociedad LICOANTIOQUIA S.A. el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula vigésima primera de recopilación o unificación de las estipulaciones de los ocho (8) contratos de distribución de licores del 15 de noviembre de 2000, o sea la suma de NUEVE MIL CUATROCIENTOS TRECE MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$9.413.704.958) como resarcimiento de los perjuicios de toda naturaleza producidos por efecto del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, particularmente, pero sin limitarse a ello, por el incumplimiento de su obligación contractual de adelantar el procedimiento de liquidar el contrato dentro de los plazos contractuales y legales estipulados para ello y por la arbitraria decisión –extemporánea y usurpadora de las competencias a cargo del Tribunal Administrativo de Antioquia- de hacerlo unilateralmente aplicando motivaciones, hechos y consideraciones inexistentes y cuya legalidad y procedencia ya se estaban debatiendo judicialmente ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en proceso adelantado por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia.

QUINTA.- Que se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA a pagar las sumas de dinero que resulten a su cargo debidamente actualizadas con el IPC (índice de Precios al Consumidor), sobre las cuales habrá de aplicarse el doble de interés civil (12%) anual, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994, liquidados desde el momento en que precluyó el perentorio término contractual establecido para liquidar los acuerdos de voluntades de distribución de licores, o sea del 5 de junio de 2002 y hasta la fecha de la sentencia. Así mismo, una vez ejecutoriada la sentencia, sobre las sumas de dinero que resulten a su cargo el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA reconocerá y pagará intereses comerciales moratorios desde ese momento y hasta la fecha del pago efectivo, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTA.- Que, tomando en consideración la acción temeraria, extemporánea, usurpadora de competencias, procesalmente desleal y con manifiestas intenciones provocadoras de perjuicios para mi representada, se condene al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA al pago de las costas judiciales y agencias en derecho ocasionadas en el presente proceso (fls. 202 a 204, c.1).

1.7.4 Licoantioquia S.A., además de volver sobre los antecedentes que la llevaron a invocar la excepción de contrato no cumplido, explicó que el 26 de junio de 2002, vencido el término para adelantar la liquidación bilateral, el departamento le remitió un proyecto de acta de liquidación para que formule observaciones dentro de los 15 días siguientes, sin especificar si esos días debían contarse a partir de la fecha en que envió la comunicación o de su recibo efectivo.

En esa medida, Licoantioquia S.A. solicitó audiencia con el gobernador, sin embargo esta no se pudo concretar, lo que motivo el vencimiento del término para liquidar, incluso de manera unilateral.

Al respecto, precisó que el 20 de agosto de 2002, Licoantioquia S.A. presentó demanda en contra del departamento para resolver la controversia, en la cual se solicitó, entre otras pretensiones, la liquidación judicial del contrato. Demanda que fue admitida el 2 de septiembre de 2002 y notificada al departamento el 9 de octubre de 2002.

Entretanto, entre el 7 y el 22 de octubre de 2002, el departamento notificó por edicto la resolución n.º 13882 del gobernador (e) calendada el 24 de septiembre de 2002 en la cual se resolvió liquidar unilateralmente el contrato de distribución suscrito con Licoantioquia S.A. y plasmado en el Acta de Acuerdo del 15 de noviembre de 2000. Decisión que fue recurrida y confirmada mediante resolución n.º 1706 del 28 de febrero de 2003, pese a que para ese momento se había notificado el auto admisorio de la demanda

1.7.5 En estos términos, señaló que el tribunal no puede sino concluir que la liquidación del contrato se hizo por parte del departamento sin competencia temporal, lo que impone su nulidad (fls. 202 a 227, c.1).

1.8 La contestación de la demanda acumulada

El departamento se opuso a las pretensiones de la demanda.

Precisó que a diferencia de lo manifestado por la sociedad demandante, no existe un término preclusivo para la liquidación unilateral del contrato, pues el artículo 61 de la ley 80 de 1993, únicamente, señala que si las partes no llegan a un acuerdo procedería la liquidación unilateral, en acto susceptible de recurso de reposición. Afirmó que si el legislador hubiese querido establecer un término preclusivo lo hubiese realizado en similares términos a como lo hizo para el caso de la liquidación bilateral.

Así mismo, señaló que la Ley 446 de 1998 se expidió con la finalidad de reglamentar una materia distinta a la contractual, esto es el proceso judicial, de donde el artículo 44 de dicha normativa no se puede considerar como un plazo

extensivo a los procesos de contratación en punto de la liquidación unilateral. En otros palabras, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 es una norma que regula el tema de la caducidad, es decir establece el plazo para efectos de acceder a la administración de justicia.

Además, señaló que la presentación de la demanda no desplaza inmediatamente la competencia de la administración, pues se requiere que esta sea admitida y notificada a la contraparte. Situación que en este caso no ocurrió, sino con posterioridad al acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato, lo que significa que el departamento no había perdido la competencia.

Por último, manifestó que para la liquidación la entidad observó el debido proceso, pues conforme al procedimiento establecido en el contrato, intentó agotar la liquidación bilateral y corrió traslado al contratista del respectivo proyecto para que ejerciera su derecho de defensa. No obstante, fue el contratista quien de manera deliberada se ausentó de dicho trámite. Adicionalmente, sostuvo que no podía desconocerse que frente al acto de liquidación la entidad permitió a la contratista agotar la etapa de recursos (fls. 242 a 257, c.1).

1.9 Sentencia de primera instancia

1.8.1 El 21 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a pretensiones. Resolvió:

“...PRIMERO.- EN RELACIÓN CON LA VALIDEZ DE LAS RESOLUCIONES 048 DEL 3 DE ENERO DE 2002 Y LA 1093 DEL 4 DE FEBRERO DEL MISMO AÑO, MEDIANTE LAS CUALES SE DECLARÓ LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y LA SOCIEDAD LICOANTIOQUIA S.A. CONTENIDO EN EL ACTA DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2000, NEGAR LAS PRETENSIONES.

SEGUNDO.- EN RELACIÓN CON LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN FORMULADA POR EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA CONTRA LA SOCIEDAD LICOANTIOQUIA S.A. CON MOTIVO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE ESTA FIRMA, SEGÚN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS EN EL NUMERAL ANTERIOR, CONDENAR A LICOANTIOQUIA S.A A PAGAR A TÍTULO DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE EL VALOR QUE SE RELACIONA EN EL NUMERAL QUINTO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE ESTA SENTENCIA.

TERCERO.- EN RELACIÓN CON LA DEMANDA DE NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES 13882 DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2002 Y LA 1706 DEL 28 DE FEBRERO DE 2003 MEDIANTE LAS CUALES SE LIQUIDÓ UNILATERALMENTE EL CONTRATO OBJETO DE ESTA SENTENCIA, DECLARAR SU NULIDAD, POR LAS RAZONES EXPUESTAS EN LA PARTE MOTIVA.

CUARTO.- SE DECLARAN NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS PARTES.

QUINTO.- LIQUIDAR EL CONTRATO CONTENIDO EN EL ACTA DE ACUERDO DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2000, CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE ANQUIQUIA Y LICOANTIOQUIA S.A. CUYO OBJETO ES LA DISTRIBUCIÓN DE LOS LICORES PRODUCIDOS POR LA FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA, EN SU TERRITORIO DEPARTAMENTAL ASÍ:

EL DEPARTAMENTO ADEUDA A LICOANTIOQUIA POR CONCEPTO DE COBRO DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO –IVA- RESPECTO DEL LICOR ENTREGADO PARA DEGUSTACIÓN, LA SUMA DE DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRÈS MIL VEINTIDÓS PESOS M/L (\$283.323.022).

LICOANTIOQUIA DEBERÁ INDEMNIZAR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE CAUSADO POR EL NO PAGO DE LA MERCANCÍA RETIRADA EN LA SUMA DE CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS M/L COBRADOS EN VIRTUD DE LAS RESOLUCIONES 8197 Y 9507 DEL 28 DE OCTUBRE DE 1999, LA SUMA DE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/L (\$1.593.661.922) PARA UN TOTAL DE CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS M/L (\$48.588.582.89).

UNA VEZ ESTABLECIDAS LAS SUMAS A FAVOR DE LAS PARTES, SE REALIZA LA CORRELATIVA COMPENSACIÓN, LA CUAL ARROJA COMO RESULTADO, LA SUMA DE CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS M/L (\$48.275.425.560,89). A FAVOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y A CARGO DE LICOANTIOQUIA.

SEXTO.- NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES FORMULADAS TANTO EN LA DEMANDA PRINCIPAL, COMO LA DE RECONVENCIÓN.

SÉPTIMO.- DESE CUMPLIMIENTO A ESTA SENTENCIA EN LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 176 Y 177 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

OCTAVO.- NO SE CONDENA EN COSTAS, ATENDIENDO LA CONDUCTA DE LAS PARTES...”

1.9.2 Para sustentar la decisión, considero:

1.9.2.1 Inicialmente, el *a quo* señaló que la cesión del contrato que hicieron los 8 contratistas a Licoantioquia S.A en principio significó la sustitución de la parte contratante, quien legalmente debía asumir los derechos y obligaciones en los mismos términos de los contratistas iniciales, pues el objeto, causa y cláusulas debían permanecer inmutables.

No obstante lo anterior, señaló que los contratos iniciales fueron modificados, pues sus cláusulas ajustadas se recogieron en un solo documento, el acta de acuerdo de noviembre 15 del año 2000. Documento que fue calificado por las partes como acto jurídico y que tuvo como finalidad “*recoger y unificar en un solo documento todas las cláusulas vigentes de los ocho contratos de distribución y hacer los ajustes necesario con ocasión de la cesión*” pues dado que se habían pactado derechos y obligaciones dependiendo de la zona de distribución era necesario hacer los ajustes para no hacer imposible la operación.

Así, para el *a quo* no había duda de que el acta de acuerdo en comento es el marco jurídico que se debe tener en cuenta para determinar los derechos y las obligaciones de la soparte. Entonces, el cargo que formula la parte demandante desconociendo su misma conducta contractual respecto de la inexistencia del acta de acuerdo es infundado, pues la declaratoria de caducidad como en efecto ocurrió debía referirse a ella.

Además, precisó que dicha relación contractual no era una agencia comercial, pues los productos distribuidos no eran ajenos sino propios, de tal forma que la contratista actúa como un empresario independiente, no como mandatario del departamento. Tampoco, un suministro, pues no solo se trataba de la venta del licor, sino de toda una serie de obligaciones para su comercialización, lo que incluía estrategias de publicidad y mercadeo. Menos una concesión -artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993- porque la venta de licor no es un servicio público y del contrato no se deriva tal intención.

En este contexto, concluyó que el vínculo contractual, en realidad es un contrato de distribución. Contrato atípico, que se caracteriza por la gestión por parte del contratista de productos de su propiedad, elemento que lo diferencia de los contratos de agencia comercial.

1.9.2.2 Preciado lo anterior, el tribunal se pronunció sobre las súplicas de la demanda:

1.9.2.2.1 Sobre los presuntos incumplimientos contractuales del departamento de Antioquia

La distribución exclusiva de licores:

Según el contratista se pactó con el departamento una cláusula de distribución exclusiva, no obstante para el tribunal el análisis del pliego de condiciones y el contrato se infiere la obligación inversa, esto es la de Licoantioquia S.A. de distribuir exclusivamente los licores producidos por la Fábrica de Licores de Antioquia, de donde a juicio del *a quo* el argumento carece de fundamento.

Sobre los descuentos, promociones y venta a estanquillos y el caso Sumerca

Para el *a quo* a diferencia de los manifestado por Licoantioquia S.A no se concedieron descuentos por encima de los que se le concedieron a ella como distribuidora. Además, en ningún documento contractual quedó establecido que el departamento no pudieran hacer descuentos a los supermercados, de donde no se puede considera que dicha política tomó por sorpresa a la parte actora. Igualmente, está demostrado que si bien para el año 2001, el departamento modificó los descuentos parta los casos de Sumerca (16,5%) y Makro (15%), lo cierto es que por ese hecho no se puede derivar un hecho de incumplimiento, no solo porque se trataba de relaciones distintas, sino porque en todo caso dichos descuentos no superaban el establecida para el contratista del 17%.

Por otra parte, para el contratista las compañías promocionales, de fines del año 2001 (4 a 7 de octubre) constituyen incumplimiento, pues regalar una tercera media de aguardiente implicó en la práctica un descuento para el consumidor del 23%, superior en 6 puntos al descuento que le concedía a Licoantioquia S.A. la Fábrica de Licores de Antioquia y en 16 puntos al descuento máximo de los estanquillos. Situación que en criterio del tribunal no constituye incumplimiento, pues dichas campañas fueran una constante durante la ejecución contractual y beneficiaron tanto a otros operadores como a Licoantioquia S.A.

El *a quo* no desconoce que de acuerdo a lo pactado por las partes, la atención de los estanquillos correspondía a Licoantioquia S.A., entre tanto la de los supermercados directamente a la Fábrica de Licores de Antioquia, sin embargo de ello no se sigue que los usuarios, no pudieran concurrir a aprovisionarse a los supermercados y menos que el departamento debiera establecer una prohibición para mitigar la situación, pues eso era parte de la dinámica del mercado.

Para el tribunal, distinto hubiese sido si el departamento hubiese consentido que los estanquillos se abastecieran en los supermercados o hubiese omitido adelantar los procedimientos correspondientes para mitigar la situación.- No obstante, de ello nada se probó, pues ni siquiera obran en el proceso las denuncias sobre estos hechos, de donde no se puede considerar al departamento incumplido y menos causante de una ruptura de la ecuación contractual.

En lo que tiene que ver con el caso Sumerca, el tribunal inició por precisar que en efecto, el departamento se reservó la atención de los grandes supermercados, establecimientos sobre los que se centra la tensión entre las partes, pues para el contratista en esa definición no se puede incluir citado establecimiento de comercio.

Para el *a quo* la definición que resulta más razonable de cara a la ejecución del contrato es la que permite concluir que este tipo de establecimientos son los denominados como tipo A, esto es los que tiene un área superior a 700 mts², esto es así, pues de manera histórica Licoantioquia S.A. aparece atendiendo a los supermercados tipo B y C. De esto no queda duda si se tiene cuenta que obran en el proceso decisiones sancionatorias en las que se reprocha a Licoantioquia S. por distribuir a grandes supermercados, esto es aquellos que tenía un área superior a los 700 mts².

Precisado lo anterior, el *a quo* concluyó que Licoantioquia S.A. no demostró que Sumerca perteneciera a los supermercados tipo A, de donde no se puede tener por establecido el incumplimiento.

Contrabando y carrusel de licores

Se acusó al departamento por una serie de hechos relacionados con el contrabando y una práctica denominada carrusel (venta en Antioquia de licor que se había destinado al consumo de otros departamentos), hecho constitutivo de culpa contractual en los vínculos originales y de desequilibrio de acuerdo a lo estipulado por las partes en el acta de acuerdo del 15 de noviembre del año 2000.

El *a quo* puso de presente que el control del contrabando, adulteración o carrusel no era una obligación atribuida a una de las partes, pues tanto el departamento como Licoantioquia S.A. tenían obligaciones para controlar el contrabando o carrusel. En estas circunstancias, concluyó que la obligación no podía considerarse incumplida al punto de permitir a la contratista suspender la ejecución contractual. En especial, si se tiene en cuenta que no obran pruebas que indique que la contratista formuló denuncias concretas sobre estos flagelos y por el contrario la prueba testimonial indica que el departamento mutuo propio y en cooperación con otras autoridades hizo operativos para reprimir este tipo de conductas.

La inversión en publicidad

Para el tribunal, lo relativo a la inversión en publicidad, en realidad no es un problema de incumplimiento sino de interpretación, en tanto, para el contratista dicha inversión debe liquidarse tomando como referencia el precio de los productos, excluidos los impuestos, especialmente, el impuesto al valor agregado,

entre tanto para el departamento debe liquidarse tomando como referencia el valor de facturación incluido el IVA.

El Tribunal a partir de los diferentes referencias que hace el pliego al precio de venta neto oficial y al precio de venta oficial, coligió que para todos los efectos, ambos términos son sinónimos porque sería ilógico suponer que el precio entendido como “el dinero que se da por la cosa vendida” sería uno distinto para unos y otros efectos, restándole eficacia útil a dichas cláusulas. Agregó que estas deben interpretarse acorde con la intención de las partes, con su efecto útil y con la visión del contrato en su contexto. Siendo ello así, la correcta inteligencia de los pliegos indica que el precio de venta neto oficial debía entenderse como aquel que incluía los gravámenes directos e indirectos, excluyendo la estampilla de la Universidad de Antioquia, tanto para lo favorable como para lo desfavorable a las partes

Para el tribunal, del análisis del acervo probatorio, en especial del dictamen pericial, la Sala encuentra que la liquidación efectuada por el departamento se hizo conforme a las estipulaciones contractuales, esto es teniendo como base el precio del licor durante el lapso de ejecución contractual. Además, precisó que no se configuró el silencio administrativo positivo, pues la petición de la que se pretende derivar, ese efecto es un escrito de descargos, esto es un documento en el que se plasma la visión del contratista sobre el asunto.

Los impuestos

En lo que tiene que ver con el impuesto de timbre para el tribunal lo que subyace es una controversia tributaria cuyo objeto es definir la causación de dicho tributo, para lo cual ni el departamento es competente ni es idónea la acción contractual que se examina.

Para el tribunal diferente es lo que ocurre con el impuesto al valor agregado, ya que el contratista señaló que de acuerdo a lo acordado existían algunas operaciones que no estaban sujetas a dicho gravamen o que no eran de su cargo, no obstante el departamento lo obligó a pagarlo.

En efecto, si bien el licor entregado a título de compensación estaba sujeto al impuesto de valor agregado, no así el que le era entregado para degustación, pues según los documentos contractuales “*el licor de degustación que se entregaba no tenía costo alguno, esto es se entrega a título gratuito*”. Así lo que se debe entender es que, el departamento es quien asumía los impuestos, más si se tiene en cuenta que de acuerdo a la historia del contrato este tributo en esos casos no se cobraba al contratista, de donde su cobró a partir del año 2001 fue

una situación de incumplimiento no imputable al contratista que impone su reparación en la liquidación de contrato.

1.8.2.2.2 Sobre la excepción de contrato no cumplido

El tribunal advierte que la parte actora invocó la excepción de contrato no cumplido, ya que en su criterio el departamento emprendió una estrategia para obligarla a dar por terminado el contrato o ponerla en imposibilidad de cumplirlo. En consecuencia, suspendió la ejecución de sus obligaciones a partir del 14 de diciembre de 2001 con el fin de que el departamento se allanara a cumplir las suyas.

El *a quo* manifestó que dado que el único incumplimiento que se acreditó fue el del cobro del impuesto del valor agregado a partir del año 2001 para el caso del licor entregado para degustación, de acuerdo al alcance que la jurisprudencia de esta Corporación ha dado a la excepción de contrato no cumplido, lo que correspondía establecer es si dicha situación puso a Licoantioquia S.A. en imposibilidad de cumplir sus obligaciones.

Para el tribunal, no podía apelarse a la excepción de contrato no cumplido, habida cuenta de que *i)* la obligación del departamento de asumir el costo del IVA sobre los licores de degustación no hace parte de la esencia del contrato de distribución, es una cláusula accesorio sin la cual perfectamente podía desarrollarse el objeto del contrato; *ii)* el cobro del IVA fue realizado en el mes de febrero del año 2001 y la excepción de contrato no cumplido fue presentada por el contratista 10 meses después, lo que desvirtúa que ese hecho haya sido el motivo del incumplimiento y *iii)* el valor cobrado no es significativo respecto del valor del contrato, lo que pone en evidencia que no ocasionó una alteración grave en la economía de la contratista.

Bajo estas circunstancias, concluyó que no podía hablarse de una equivalencia entre la obligación incumplida y el incumplimiento total de Licoantiorquia S.A.

1.9.2.2.3 De la declaratoria de caducidad del contrato

La parte actora señaló que el departamento declaró la caducidad del vínculo contractual con violación del debido proceso, falsa motivación y desviación de poder.

Para el tribunal los mecanismos de amigable composición del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, no enervan la potestad de la administración de declarar la caducidad del contrato o en general de hacer uso de los poderes exorbitantes. Además, consideró que no podía considerarse violado el derecho al debido proceso toda vez que *i)* la entidad requirió en dos oportunidades al contratista para que se allane a cumplir las obligaciones y le advirtió sobre las acciones

administrativas y jurisdiccionales que se emprenderían frente a su renuencia; *ii*) la decisión no fue sorpresiva si se tiene en cuenta que se pusieron de presente las razones del incumplimiento y las consecuencias; *iii*) las obligaciones incumplidas produjeron la paralización del contrato y justificaban la decisión; *iv*) los argumentos de las partes fueron objeto de debate previamente; *v*) la falta del contratista que motivo la decisión no solo está establecida legalmente sino en el contrato y *vi*) se le permitió el ejercicio del recurso de reposición a la contratista.

Por otra parte, el *a quo* puso de presente que el acto administrativo demandado, tampoco fue expedido con falsa motivación o desviación de poder, pese a que la contratista esgrimió razones políticas y de conveniencia por parte del departamento.

El tribunal consideró que quedó acreditado el incumplimiento del contratista, de donde las razones para declarar la caducidad, pueden considerarse serias y necesarias para garantizar la satisfacción de los fines estatales atados a la financiación de servicios de salud. Adicionalmente, señaló que el contratista no demostró que fue forzado al incumplimiento, tampoco que el departamento hubiese buscado unos fines ajenos al servicio público. En este sentido, se advirtió que los recortes de prensa, además de no ser de recibo, y los testimonios de los contradictores del gobernador de la época no son persuasivos y solo muestran la visión personal de sus autores.

Finalmente, sostuvo que el acto no se tornó ilegal porque el contratista hizo efectiva la cláusula de incumplimiento, toda vez que de acuerdo con el artículo 1600 del Código Civil bien podía en orden al resarcimiento de los perjuicios optar por hacer efectiva la cláusula penal o por hacer efectiva la póliza de cumplimiento. Bajo esa lógica, manifestó que no se puede reprochar al departamento la aplicación de la regla de la proporcionalidad, pues esta es propia de los eventos en que se cobra la cláusula penal.

1.9.2.2.3 Del restablecimiento del equilibrio económico contractual

En relación a la solicitud de la parte actora del restablecimiento del equilibrio económico del contrato por causas no imputables a las partes –contrabando, adulteración y carrusel del licor. El tribunal, inicialmente, precisó que encajaría dentro de la teoría de la imprevisión, sin embargo de entrada coligió que sus fundamentos no podrían dar lugar al restablecimiento, simple y llanamente porque Licoantioquia S.A. dejó de cumplir con sus obligaciones contractuales, cuando invocó injustificadamente la excepción de contrato no cumplido.

Por otra parte, advirtió que los hechos que fueron señalados, en el dictamen pericial, como factores de desbalance de la ecuación económica, como la

recesión, la disminución del consumo, entre otros, no pueden calificarse como imprevisibles y ajenos a las partes, pues son inherentes a la dinámica del negocio y debieron ser tenidas en cuenta al momento de formular la propuesta, se realizó la prórroga del contrato y se establecieron las metas de ventas. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal señaló que debía tenerse en cuenta que el mínimo de ventas bajo en lugar de subir lo que denota que el departamento restableció por acuerdo con la contratista el equilibrio contractual, de donde la fuerza del pacto de las partes es razón adicional para negar la pretensión.

1.9.2.3 El tribunal acogió parcialmente las súplicas de la demanda de reconvencción, para el efecto consideró:

1.9.2.3.1 Preliminarmente, el *a quo* descartó la excepción de *litis consorcio necesario* con el fin de que se vincule a la Compañía de Seguros Cóndor S.A para amparar el riesgo de incumplimiento del contrato, para el efecto utilizó similares argumentos a los que planteó cuando aceptó la intervención de la aseguradora, pero como coadyuvante. Así, manifestó que una cosa es el cobro del seguro y otra los perjuicios que superen el valor asegurado y, en cada caso, el sujeto pasivo de la obligación que se imponga mediante sentencia judicial bien la compañía aseguradora o el contratista, según las condiciones generales de la póliza y del contrato asegurado.

En palabras del tribunal la situación Administración - contratista y Administración - aseguradora pueden tener relación, como ocurre en el caso concreto porque en los actos administrativos que se declaró la caducidad y liquidó unilateralmente el contrato se tomaron decisiones que afectan el seguro de cumplimiento, lo cierto es que la aseguradora pudo o puede ejercer las acciones judiciales o sumarse, mediante las vías procesales adecuadas, a las pretensiones de Licoantioquia S.A.

1.9.2.3.2 Por otra parte, el tribunal dejó en claro que mientras el acto administrativo que declara la caducidad exista, bien porque no se haya demandado o porque no se haya anulado judicialmente, el juez está inhibido para declarar el incumplimiento de cualquier obligación contractual y su función se limitaría a la determinación y tasación de los perjuicios sufridos por la Administración.

Precisado lo anterior, señaló que las pretensiones tercera y quinta relativas al incumplimiento de las compras mínimas para el año 2000 y la omisión de los porcentajes acordados en publicidad deben denegarse, pues incólume la presunción de legalidad del acto administrativo que declaró la caducidad, no es posible para el juez volver sobre la declaratoria de incumplimiento o ampliarla.

Adicionalmente, dado que el acto que declaró la caducidad no hizo alusión a esos incumplimientos, se vulneraría el derecho al debido proceso al permitir que la Administración los adujera en sede judicial, cuando debía definirlos en sede administrativa.

1.9.2.3.2 Ahora, sobre las pretensiones relativas a la imposición de multas al contratista por cuenta de su incumplimiento, el *a quo* señaló que se trata de pretensiones a las que no se puede acceder, porque estas buscan competir al cumplimiento del objeto del contrato, de donde solo pueden ser impuestas en el marco del proceso contractual, pues es allí donde cobran sentido.

1.9.2.3.3 En relación al resarcimiento de los perjuicios que acceden el valor de la cláusula penal, el tribunal señaló que no se pueden declarar, pues simple y llanamente esta no se hizo efectiva por la entidad. Eso sí, manifestó que por vía de la tasación judicial de los perjuicios, puede el departamento lograr el resarcimiento de los daños causados con el incumplimiento contractual, tanto los cubiertos por la póliza como los que no lo estén, si aquellos superan el valor asegurado.

Así las cosas, el tribunal procedió a estudiar el reconocimiento de los perjuicios que tuvieran probados y que tuvieran relación con los incumplimientos declarados en el acto que declaró la caducidad. De todos los que fueron solicitados, el único perjuicio que encontró acreditado es el del capital más los intereses causados por la contra orden de los cheques dados por Liconatioquia S.A. como pago de la mercancía, efectivamente, entregada. El capital equivalía 15.313.855.857, suma que se ordenó actualizar y sobre la cual, también, se ordenó la liquidación de intereses del 4% mensual desde el mes de diciembre de 2001.

1.9.2.4 Finalmente, el tribunal acogió parcialmente las pretensiones del proceso acumulado en el que se solicitó la nulidad el acto de liquidación y el resarcimiento de los perjuicios.

1.9.2.4.1 Sobre el tema de la competencia, el *a quo* señaló con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación que dado que la resolución n.º 13882 fue expedida el 24 de septiembre de 2002, es decir antes de que se notificara la demanda interpuesta por Licoantioquia S.A., la entidad tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato, de donde el cargo fue despachado desfavorablemente.

1.9.2.4.2 No obstante lo anterior, consideró que el acto demandado está viciado de nulidad porque la liquidación no podía abarcar la imposición de sanciones, pues están deben ser impuestas previamente mediante acto de igual naturaleza, porque la liquidación no implica el ejercicio del poder sancionatorio, tampoco

podía comprender aspectos relacionados con la indemnización que derive el incumplimiento del contratista o con la efectividad de la cláusula penal que debe ser declarada en acto previo.

1.9.2.4.2 Bajo este contexto, el *a quo* procedió a la liquidación judicial del contrato, en la que estableció los derechos de las partes. En favor del departamento la suma de \$48.965.086.660,89 derivado de la contra orden de los cheques con los que la contratista debía pagar los productos que efectivamente le fueron entregados y de \$283.323.022 en favor de Licoantioquia S.A. por el indebido cobro del IVA sobre el licor que se le entregó para degustación. Sumas que una vez compensadas arrojaron un saldo a favor del departamento y a cargo de Licoantioquia S.A. por valor de \$48.275.425.560,89.

1.9.2.4.2 El tribunal hizo unas consideraciones finales en las que precisó que i) pese a que se anularon los actos de liquidación, los perjuicios pueden hacerse efectivos con cargo al seguro de cumplimiento, en obediencia a lo ordenado en los actos que declararon la caducidad y ii) las razones que fueron planteadas como excepciones como el tema del *litis consorcio necesario y de inepta demanda por reclamar asuntos tributarios*, pese a que se trata más de razones de defensa se declararon no probadas por razones de técnica y metodología (fls. 19 a 96, c. ppal.).

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de Apelación³

2.1.1 Departamento de Antioquia

Inicialmente, manifiesta estar en desacuerdo con la nulidad del acto de liquidación unilateral decretada por el tribunal.

Al respecto, advierte que agotó el procedimiento para la liquidación bilateral y corrió traslado al contratista para que realizara las observaciones al acta, no obstante este solo se limitó a solicitar una audiencia con el gobernador, en lugar de remitir como correspondía sus puntos de vista por escrito; situación con la que entorpeció el proceso y privó a la entidad de la posibilidad de considerar si era necesario hacer ajustes, reconocimientos, correcciones, etc. Entonces, dado que

³ La impugnación fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 11 de agosto de 2008 (fl. 547, c. ppal.).

el contratista no presentó sus inconformidades en la etapa de liquidación, no puede pretender ahora acudir al juez del contrato en busca de su reconocimiento judicial.

Aduce que el tribunal hizo extensiva la nulidad a todo el acto de liquidación, sin tener en cuenta que en este se incluyeron acreencias típicas del cruce de cuentas entre las partes, tales como: *i)* las sumas de dinero adeudadas por concepto de la resoluciones que liquidaron los intereses de mora por la devolución de unos cheques por fondos insuficientes, que el mismo tribunal incluyó al liquidar judicialmente el contrato⁴; *ii)* las cantidades de licor que quedaron por retirar de la fábrica de acuerdo a los mínimos de compra establecidos para el año 2000, esto es 671.927 botellas; *iii)* las 6.559.658 unidades de licor que se dejaron de retirar en el año 2001; *iv)* los 15.313.855.857 que no pagó el contratista del licor efectivamente entregado y que fue respaldado en unos cheques frente a los cuales se dio orden de no pago; *v)* la sanción comercial del 20% derivada de los cheques contraordenados equivalente a \$3.062.771.171; *vi)* la suma que el contratista dejó de invertir en publicidad y *vii)* la suma de \$5.537.997.579 correspondiente a un pedido que hizo Licoantioquia S.A. pero que finalmente no retiro.

Igualmente, el departamento manifestó que no comparte la apreciación del *a quo* según la cual la facultad de la administración para cobrar las multas y la cláusula penal enerva la posibilidad del juez para declararlas en vía judicial si la entidad no lo hizo en su debida oportunidad. Tampoco, está de acuerdo en que las multas y la cláusula penal no pueden cobrarse en el acto de liquidación.

Sobre el particular, sostuvo que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en el acto de liquidación fuera de las determinaciones de las obligaciones a cargo de las partes deben tenerse en cuenta el valor de las sanciones por aplicar de acuerdo como se haya pactado en el contrato.

El departamento solicitó que en caso de que se confirme la nulidad de las resoluciones mediante las que liquidó unilateralmente el contrato, se incluyan los conceptos anteriormente mencionados en la liquidación judicial, algunos de los

⁴ El departamento deja en claro que la impugnación presentada frente al numeral 5 se refiere a todos los demás aspectos de la liquidación contenida en las resoluciones No. 13882 y 1706 de 2003 que no fueron incluidos en él como parte de la liquidación judicial efectuado por el *a quo*, esto es solo en lo desfavorable.

cuales a diferencia de lo considerado por el tribunal constituyen daños debidamente probados. Hizo énfasis en los siguientes conceptos:

i) la multa por el incumplimiento de las compras mínimas correspondientes al año 2001, pues el supuesto de hecho que motivo su imposición quedó suficientemente demostrado, cosa distinta es que ante la inminencia de la declaratoria de caducidad, no se haya procedido a su imposición previa. De no mantenerse este orden, será el tribunal a quien le corresponda la imposición de la multa.

ii) el valor de las botellas dejadas de comprar a la fábrica de licores de Antioquia en el año 2001, frente al que el tribunal señaló: “*de ese incumplimiento de su obligación –de hacer- no puede derivarse automáticamente que el monto de los perjuicios equivalga al valor de los productos dejados de comprar*”, habida cuenta que en el marco de un contrato de distribución la obligación de Licoantioquia S.A. era adquirir los productos por su cuenta y riesgo, así la no venta de las 6.559.658 unidades, pues son dineros que dejaron de entrar al patrimonio estatal para su inversión en educación y salud.

iii) El valor del licor entregado y facturado a Licoantioquia S.A pendiente de pago equivalente a \$5.637.997.579, perjuicio que negó el *a quo* con fundamento en el dictamen pericial en el que se afirmó que si bien la Fábrica de Licores de Antioquia tenía en su poder unos cheques que cubrían dichas botellas, estas nunca fueron entregadas. Sin embargo, el *a quo* no advirtió que ese aspecto fue motivo de aclaración, en la que el perito confirmó que el departamento tenía dos clase de cheques entregados por Licoantioquia S.A. sin cancelar, los primeros los que fueron contraordenados y los segundos, los que no pudieron hacerse efectivos, porque la contratista, una vez invocó la excepción de contrato no cumplido dejó de retirar 265.600 unidad del pedido de 870.016 unidades. Así, lo cierto es que el distribuidor sí retiro 604.416 unidades las cuales aún no se han cancelado.

Finalmente, el departamento señaló que esta Corporación no puede pasar por alto que de acuerdo con el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo la demanda se debe dirigir contra todas la decisiones administrativas que conforman el acto demandado, lo que significa que la sociedad demandante no solo debía solicitar la nulidad de la resolución n.º 13882 de 2002 sino las resoluciones que

desataron los recursos interpuestos esto es la resoluciones 1706 y 649 de 2003 (fls. 113 a 126, c.ppal.).

2.1.2 Licoantioquia S.A.

2.1.2.1 Pone de presente su desacuerdo con el tribunal quien negó la existencia de los ocho contratos de distribución que de manera original se suscribieron con el departamento para la distribución de licores, al concluir que luego de la cesión las partes unificaron las obligaciones dando paso a un acuerdo de voluntades que quedó plasmado en el acta del 15 de noviembre de 2000.

En su criterio, los 8 contratos a la luz de la figura de la cesión y de los antecedentes contractuales, en especial del acta en el que se unificó las obligaciones de las partes, siguieron rigiendo la relación entre las partes, de donde debió declararse su existencia y, en consecuencia, utilizarse como referente para analizar las responsabilidades de las partes.

Desde su perspectiva eso llevó al tribunal a considerar que si bien se podía predicar una exclusividad, lo era en favor del departamento, lo que denota que no se entendió el objeto de los contratos y la división del territorio antioqueño para la distribución del licor, pues no de otra forma se puede entender la conclusión. Conclusión que no cambia por la reserva que realizó el departamento para la distribución de los grandes supermercados, pues ello no implicaba tener una red de distribución alterna.

1.2.2.2 Igualmente, resaltó que un punto fundamental de la controversia tiene que ver con establecer la existencia y la calidad del establecimiento de comercio Sumerca, pues su distribución directa a cargo del departamento fue determinante para que la sociedad contratista quedara en una grave situación económica, que la llevaría a invocar la excepción de contrato no cumplido. Explicó:

Para el tribunal no se aportó prueba que permitiera establecer si Sumerca era un supermercado tipo B o C, esto es se sancionó a la parte actora por su inactividad. No obstante, para la sociedad demandante esto desconoce que el dueño y representante de la sociedad Hemisferia de Inversiones S.A. (propietaria de Sumerca) era el señor Alirio Rendón Hurtado, quien para esa época había sido señalado por las autoridades como miembro de las Autodefensas Unidas de

Colombia, organización que atentó contra las instalaciones de Sumerca. Esa situación, generó miedo a los socios y naturalmente la imposibilidad de embarcarse en la práctica de una inspección judicial, prueba que se echa de menos y que, en todo caso, no resultaba necesaria si se tenía que el supuesto de hecho en cuestión no requería prueba si se tenía como una afirmación indefinida. Siendo así planteado en la demanda que el establecimiento de comercio Sumerca no poseía las características técnicas y físicas para ser considerado un gran supermercado, era a la contraparte a quien correspondía probar que era un gran supermercado al que podía distribuir directamente.

Sin perjuicio de lo anterior, señala que en la comunicación del 12 de octubre de 2001 proveniente de la misma Fabrica de Licores de Antioquia no solo se evidenció el indebido descuento que se le concedía del 16.5% sino que Sumerca se ubicaba y operaba en la central mayorista, bloque 8, locales 4 y 10, lo que implica que no era un gran supermercado sino un puesto de venta en una central mayorista.

Igualmente, manifiesta que no se puede pasar por alto que durante los años previos a su habilitación de hecho como distribuidor, Sumerca adquiría las pocas botellas de licor de Licoantioquia S.A. (aproximadamente 7.000) y a partir del año 2001, sin que mediara cambio alguno realizó compras al departamento por 4.298.962 botellas entre los meses de agosto a diciembre, eso sí, con un mejor descuento y condiciones de la que tenía la distribuidora e incluso los grandes supermercados.

1.2.2.3 Por otra parte, manifestó que dada la difícil situación en la que la colocó el departamento invocó la *“excepción de contrato no cumplido”*, figura presente en tratándose de contratos estatales por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Entre los motivos que la llevaron a tomar esa decisión de urgencia resaltó: *i)* dejar de marcar el licor con destino a las cadenas; *ii)* omisión de actuaciones para el control del contrabando y adulteración del licor; *iii)* omisión en promocionar la boleta de rentas; *iv)* descuido en el control del monopolio; *v)* no otorgar los plazos adicionales convenidos contractualmente; *vi)* cobro indebido de los impuestos de timbre e IVA; *vii)* concesión de descuentos indebidos a los almacenes de cadena y *viii)* concesión de ventajas competitivas a Sumerca erróneamente considerado gran supermercado.

Hechos que se encuentran debidamente soportados en el dictamen pericial en el que se evidenció la afectación que generaron en las finanzas de Licoantioquia S.A. fue de tal magnitud que la llevaron a tomar acciones para que el departamento se allanara a cumplir, quien por el contrario en total abuso de su posición resolvió decretar una caducidad de manera injustificada.

En este punto, llama la atención respecto a que el *a quo* al estudiar las pretensiones de Licoantioquia S.A no solo no hizo una valoración conjunta de los motivos de incumplimiento sino que se apartó del dictamen no objetado, entre tanto para resolver lo atinente a los perjuicios de la demanda de reconvencción le dio plena validez. Es cierto que el juez tiene libertad para valorar la prueba, pero de ello no se sigue que pueda rechazarla en desmedro de una de las partes pero aceptarla para beneficio de la otra (fls. 128 a 149 c.1).

2.2. Alegatos de conclusión

Las partes en esta etapa realizaron un análisis del material probatorio, para insistir en los planteamientos que realizaron a lo largo del proceso (fls. 154 a 217, c.ppal).

2.3 Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público sobre los puntos en controversia conceptuó:

2.3.1 No existe discusión en cuanto a la existencia de los ocho contratos de distribución de licores suscritos entre el departamento de Antioquia y varios contratistas, pues se aportaron copia auténtica de los mismos, de donde conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 no es posible concluir otra, habida cuenta que este señala que los contratos estatales existen cuando las partes se ponen de acuerdo en el objeto del contrato y su contraprestación y esta se eleva a escrito.

2.3.2 El acta de acuerdo de 15 de diciembre de 2000, tal como lo concluyó el *a quo* constituye un acto jurídico generador de obligaciones entre las partes en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo tanto, cualquier consideración tendiente a demostrar la vigencia, individualmente considerada, de cada uno de los 8 contratos inicialmente suscritos, carece de fundamento alguno de cara al objeto del litigio.

Del contenido del acta se advierte que con autorización de la entidad los 8 contratistas cedieron sus contratos a la sociedad en comento, ello con el fin de recoger y unificar todos los derechos y obligaciones. De este modo, en el

documento se acordó un valor del contrato por \$179.659.266.160 para el primer año, la vigencia, facturación, forma de pago, publicidad, obligaciones especiales y prohibiciones del contratista, obligaciones del departamento de Antioquia, cláusula penal, terminación del contrato, garantía única, caducidad, terminación, modificación e interpretación unilateral etc.

Así, se concluye que el contrato estatal contenido en el acta de acuerdo de 15 de diciembre de 2000 es el referente para determinar las obligaciones a cargo de las partes contratantes, cuáles fueron incumplidas y cargo de quién, si los actos administrativos contentivos de la declaratoria de caducidad y liquidación unilateral del contrato se encuentran afectados de nulidad, para luego establecer si las pretensiones de la demanda de reconvención se encuentran llamadas o no a ser atendidas.

2.2.3 Incumplimiento contractual imputable al departamento de Antioquia

2.2.3.1 La sociedad demandante señala que el departamento desconoció la obligación de exclusividad, afirmación que no corresponde a la realidad contractual y legal, pues de acuerdo a lo señalado en el pliego de condiciones y en el contrato, el departamento no entregó la distribución exclusiva a Licoantioquia S.A. sino que se reservó el derecho a comercializar sus productos por otros canales.

Resalta que el ejercicio del monopolio de licores facultaba al departamento para establecer canales de distribución de sus productos a través de los supermercados. En ejercicio de esa competencia, el gobernador de Antioquia expidió la resolución n.º 00239 del 26 de septiembre de 1995 en la cual precisó que los supermercados constituían canales de distribución de los licores de la Fábrica de Licores de Antioquia y los clasificó como tipo A (establecimientos que tienen un área física para realizar la actividad comercial superior a 700 mts²) y tipo B (establecimientos que tiene un área física para realizar la actividad comercial inferior a 700 mts²) y determinó que dicha clasificación se aplicaría para todos los actos administrativos y comerciales que realizara la Fábrica de Licores de Antioquia en ejercicio del monopolio de licores.

Bajo este contexto, se concluye que no puede hablarse de incumplimiento, pues el departamento podía establecer otros canales de distribución, entre ellos los establecimientos de comercio catalogados como supermercados.

2.2.3.2 Licoantioquia S.A alegó que el departamento incumplió con sus obligaciones por haber contratado con el establecimiento de comercio “Sumerca” la distribución de licores, establecimiento que no poseía las características técnicas y físicas señaladas en la resolución n.º 239 del 26 de septiembre de

1995 para ser considerado como gran supermercado, situación que afectó las condiciones de exclusividad y competencia del contrato de distribución.

Sobre el particular, el ministerio público señala que Licoantioquia no aportó prueba para establecer que Sumerca no tenía la condición de gran supermercado, deficiencia que no puede pretender subsanar en esta instancia. Además, tampoco se puede tener por cierta que el tratamiento privilegiado que se otorgó a dicho establecimiento, fue en razón de que su representante legal era miembro de las Autodefensa Unidad de Colombia, pues dicha apreciación, también, carece de fundamento probatorio, máxime si se tiene en cuenta que las únicas prueba son unas recortes de prensa que no pueden tenerse como prueba.

2.2.3.3 Sobre el contrabando, adulteración y el carrusel del licor, señala que era una obligación conjunta de las partes, así por ejemplo a Licoantioquia S.A. le correspondía hacer las denuncias y al departamento adelantar las investigaciones pertinentes para interponer las sanciones correspondientes; entre tanto ambas debía coordinar con otras instituciones como la Fiscalía y la Policía Nacional acciones para superar dichos flagelos, para lo cual la sociedad se comprometió a aportar el 0.5% del valor de sus compras mensuales para constituir un fondo (manejado por el mismo contratista).

Al respecto, la procuraduría señala que en el proceso no existe soporte probatorio que demuestre la presentación de las denuncias, tampoco de que el contratista hubiese constituido el referido fondo. Entre tanto, la prueba testimonial evidencia que la problemática era compleja, sin embargo en la medida en que el departamento tuvo conocimiento de hechos de esta naturaleza adelantó operativos en coordinación con el mismo contratista y otras autoridades. En esa medida no se puede tener por acreditado el incumplimiento de la entidad sobre la materia.

2.2.3.3 En relación al indebido cobro del impuesto de timbre, tal como lo señaló el tribunal, el Ministerio Público considera que es un asunto que no puede analizarse por la vía de la acción de controversias contractuales, ya que el pago de los tributos derivados de la facultad impositiva que le asiste al Estado, como las devoluciones de saldos a favor, son asuntos de carácter tributario que deben discutirse por la vía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario.

2.2.3.4 Sobre la excepción de contrato no cumplido, el ministerio público considera que la contratista no estaba facultada para alegarla y menos aún para suspender unilateralmente las obligaciones contractuales que se encontraban a su cargo, tan es así que en sede de tutela, en decisión confirmada por el Consejo

de Estado, se puso en evidencia que el contratista carecía de fundamento para invocarla, pues se trata de una herramienta de la que solo se puede hacer uso en sede judicial, esto es no es una herramienta al arbitrio y capricho de los particulares.

2.2.3.5 En cuanto al acto que declaró la caducidad, supuestamente viciado de nulidad por violación al debido proceso, abuso de autoridad, desviación de poder y falsa motivación, el Ministerio Público señala que por el contrario el acto se fundó en hechos de incumplimiento reales, tales como la orden de no pago de los cheques y la omisión de retirar mercancía de la fábrica, situaciones que condujeron a la paralización del contrato y que de acuerdo con la cláusula vigésima séptima del contrato imponía declarar su caducidad. Decisión que se tomó con sujeción al debido proceso, pues el departamento requirió previamente a Licoantioquia S.A. el cumplimiento de sus obligaciones.

2.2.3.6 En lo que respecta a los actos de liquidación, en línea con el *a quo*, el Ministerio Público señala que la entidad sobrepasó las facultades de auto tutela administrativa, no solo por las sanciones que impuso sino por la liquidación de daño y perjuicios que tasó de manera discrecional. Igualmente, advierte que el departamento no hizo un corte de cuentas, no estableció los derechos y obligaciones de las partes, sino que se limitó a liquidar los perjuicios que presuntamente causaron los incumplimientos de la contratista, situación que solo podía realizar el juez.

2.2.3.7 Sobre los conceptos que el departamento solicita le sean incluidos en la liquidación judicial del contrato como: cláusula penal, multa por el incumplimiento de las compras mínimas para el año 2001 y valor del licor entregado y facturado a Licoantioquia S.A. pendiente de pago. Para el Ministerio Público es posible el reconocimiento de la cláusula penal, pues es un tema que hace parte del acto administrativo por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato en el que se declaró el incumplimiento.

Eso sí, advierte que dicho valor debe ser asumido por la Compañía de Seguros Cóndor S.A. con cargo a la póliza de cumplimiento n.º 7230374 y sus certificados de renovación o modificación n.º 33056 y 373457, pues en el contrato de seguro quedó en claro que el amparo comprende el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva y se considerara como pago parcial y definitivo de los perjuicios causados por la entidad estatal contratante.

No ocurre lo mismo con las restantes reclamaciones, pues para reconocer dichos perjuicios se requiere la demostración del daño sufrido, el incumplimiento contractual de su contratante y el nexo de causalidad. Sobre el particular, el

Ministerio Público sostiene que el incumplimiento de las compras mínimas para el año 2001 fue uno de los motivos por los cuales el departamento declaró la caducidad del contrato (acto que goza de presunción de legalidad, lo que de suyo implica aceptar que la sociedad contratista incumplió con sus obligaciones, no obstante y acogiendo las apreciaciones del Tribunal advierte que *“esa obligación de hacer no puede derivar que el monto de los perjuicios equivalga al valor de los productos dejados de comprar”*, pues lo cierto es, que para obtener el reconocimiento de tales perjuicios la entidad contratante ha debido demostrar cual fue el menoscabo sufrido y su relación causal con el incumplimiento, lo cual no probó. Igual, en criterio del Ministerio Público acontece con los daños reclamados por el valor del licor entregado y facturado a Licoantioquia S.A. pendiente de pago, equivalente a la suma de \$5.637.997.579, pues el perjuicio alegado tampoco se demostró.

3.9 Por último, el señor agente del Ministerio Público se refirió a la liquidación del contrato para señalar que la realizada por el tribunal debe modificarse en el sentido de incluir dentro de las obligaciones a cargo del contratista y a favor del departamento el valor de la cláusula penal y mantener en todo lo demás (fls. 220 a 256, c.ppal.).

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta es la Jurisdicción con aptitud legal para conocer del presente asunto de conformidad con lo previsto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1.º de la Ley 1107 de 2006, dado que el asunto que se analiza tiene como causa el contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y Licoantioquia S.A. para la distribución de los licores producidos por la Fábrica de Licores de Antioquia. En esta misma línea el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵

⁵ El enunciado en cita señal: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”*.

Además, la Sala es competente para conocer del recurso de apelación formulado por la parte actora, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$50.000.000.000, monto superior a la suma equivalente a 500 s.m.l.m.v. (\$154.500.000⁶), exigida en por la Ley 446 de 1998 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Cuestión previa - inepta demanda por indebida individualización del acto acusado

2.1 Dado que el departamento al impugnar la sentencia de primera instancia insiste en que en el proceso cuyo finalidad es el control de legalidad del acto por medio del cual el departamento de Antioquia liquidó unilateralmente el contrato de distribución se presenta una inepta demanda, habida cuenta que en virtud de lo establecido en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad demandante no solo debía solicitar la nulidad de la resolución n.º 13882 de 2002 sino las resoluciones que desataron los recursos interpuestos esto es la resoluciones n.º 1706 y 649 de 2003, la Sala, preliminarmente, se ocupara de este aspecto de la controversia.

2.2 El precitado artículo 138 del Decreto 01 de 1984 señala:

“Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero sí fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren”.

2.3 Ahora bien, para que la aplicación de la regla no haga nugatorio el derecho de acceso a la administración, la Sala ha señalado que el juez administrativo tiene la obligación de interpretar la demanda, en orden a desentrañar su real alcance, en orden a evitar en la mayor medida posible fallos inhibitorios. Sobre el particular ha señalado:

⁶ El salario mínimo para el año de presentación de la demanda 2002 era de \$309.000.

“... si bien el referido escrito debería en principio formularse de manera clara, inteligible y precisa, no se puede desconocer que se trata de un acto humano que como tal, es susceptible de errores y por ende, ante la falta de técnica en su elaboración, es deber del juez desentrañar su verdadero sentido o finalidad, puesto que consiste en una actuación que se somete a su buen y razonable juicio, no siéndole dable únicamente acudir al sentido literal y estricto de las palabras que en ella se emplean, así como tampoco entenderla de manera desconectada o parcial -sino como un todo armónico e integral-, estimación en la que a su vez debe tener en cuenta que la finalidad “de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, según lo establece el artículo 4 del C.P.C., en plena concordancia con las premisas constitucionales de primacía del derecho sustancial sobre el formal⁷ y del efectivo acceso a la administración de justicia⁸

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

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

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

La interpretación y concreción del petitum que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador para interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando el contexto mismo de dicho libelo

⁷Cita original: [8] Artículo 228 de la Constitución Política: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

⁸ Cita original: [9] Artículo 229 de la Constitución Política: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, por mandato legal contenido en el artículo 4o. del C. de P. C., tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial...". Con acierto sostuvo la Corte que "una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho". (XLIV. Pag. 627). No se puede entonces desestimar la demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales debe "prevalecer el derecho sustancial"⁹.

2.4 Revisada la demanda, se observa que dentro de las pretensiones de anulación solo se incluyeron la resoluciones n.º 1382 del 24 de septiembre de 2002 y la 1706 del 28 de febrero de 2003, cuando frente a la liquidación no solo presentó recurso la parte actora, sino también la aseguradora, lo que motivo la emisión por parte del departamento de dos decisiones, esto es las resoluciones 649 del 31 de enero y 1706 del 28 de febrero de 2003. Sobre el particular el departamento en comunicación dirigida a Licoantioquia S.A. en liquidación explicó:

"...La Resolución 13882 del 24 de septiembre de 2000, expedida por este Despacho, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el citado contrato objeto de caducidad, fue impugnada mediante recurso de reposición interpuesto por Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, el cual fue resuelto mediante Resolución 0649 del 31 de enero de 2003, que fue notificada por edicto, desfijado el 28 de febrero de 2003.

Ahora como en forma independiente la Firma que usted representa interpuso recurso de reposición frente a la resolución 13882 del 24 de septiembre de 2002, que fue resuelto mediante Resolución 1706 del 28 de marzo de 2003. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo y 120 del Código de Procedimiento Civil..."

2.5 No obstante lo anterior, para la Sala el análisis de la demanda permite deducir que la intención de la sociedad actora, es lograr la nulidad del acto de liquidación, lo que incluye los actos que confirmaron la decisión en la etapa de los recursos, de lo contrario no se hubiese incluido las alusiones a los actos que confirmaron la decisión. Actos que obran en el plenario lo que permite a esta Sala

⁹ Cita original: [13] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1991, actor: Sociedad Comercial Urbanización Normandía Ltda, C.P. Daniel Suárez Hernández."

realizar un adecuado control de su legalidad de cara a la Constitución y la ley¹⁰. Un entendimiento contrario sería contrario al derecho de acceso a la administración justicia, pues no se justifica que el juez se abstenga de decidir, cuando cuenta con todos los elementos para el efecto.

3. Problema jurídico

Realizado como corresponde el control de legalidad de la relación negocial en estudio, la Sala con fundamento en los argumentos expuestos en los recursos de apelación, deberá resolver sobre *i)* la existencia de la relación negocial; *ii)* la legalidad de los actos de caducidad y liquidación; *iii)* el cumplimiento de las obligaciones contractuales; *iv)* la excepción de contrato no cumplido y *v)* la liquidación del contrato.

4. Control de legalidad - la nulidad absoluta del contrato

La controversia que se ha puesto a consideración de la Sala tiene como germen la relación contractual establecida entre el Departamento de Antioquia y Licoantioquía S.A cuyo fin fue la comercialización de los productos elaborados por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquía dentro de la jurisdicción de ese departamento. Relación que tuvo soporte tanto en la cesión de los ocho contratos originales de distribución a Licoantioquia S.A. acaecida a mediados del año 1997 y el contrato unificado que celebraron las partes el 15 de noviembre de 2000.

Ahora, como las pretensiones de nulidad, de incumplimiento, de equilibrio económico y liquidación que han planteado los contratantes, imponen establecer cuál o cuáles son los contratos que sirven de soporte a la relación contractual y si este o estos nacieron válidamente a la vida jurídica, pues de lo contrario ningún reconcomiendo podría realizarse, la Sala a continuación procederá a resolver estos interrogantes con fundamento en los antecedentes contractuales:

4.1 Los antecedentes de la relación contractual

¹⁰ La Resolución n.º 1382 del 24 de septiembre de 2002 por medio de la cual se liquidó el contrato obra a folio 2 del proceso acumulado y las resoluciones n.º 649 del 31 de enero de 2003 y 1706 del 28 de marzo de 2003 que resolvieron los recursos a folio 49 del cuaderno 5 y folio 8 del cuaderno acumulado.

Las pruebas válidamente aportadas al proceso dan cuenta de los siguientes hitos contractuales para el examen de legalidad propuesto por la Sala¹¹:

4.1.1 El 10 de octubre de 1996, el departamento ordenó la apertura de la Licitación Pública n.º 012-96 cuyo objeto fue la distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en diferentes zonas o territorios del departamento (fl. 6 y 7, c.10 a). Con el fin de llevar a feliz término el proceso de selección, pues se trataba de seleccionar un contratista para cada zona; el gobernador, mediante resolución n.º 1450 del 2 de diciembre siguiente, dividió en ocho secciones la jurisdicción del departamento, al tiempo que estableció un esquema de descuentos diferenciado (fls. 13 a 18, c.10 a).

En el pliego de condiciones, el departamento, entre otros aspectos, fundamentales para la selección de cada uno de los contratistas, hizo constar:

“...1.03 CONDICIONES PARA LICITAR

Los proponentes deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- A. Ser personas consideradas legalmente capaces para celebrar contratos con las entidades estatales de acuerdo con las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y las uniones temporales.*
- B. Ninguno de los proponentes podrá tener con la adjudicación del contrato que se celebre en virtud de la presente licitación, más de dos contratos de distribución de licores con EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA- dentro del territorio de Antioquia. Si llegare a que se le adjudiquen dos (2) zonas en el Departamento de Antioquia estas no pueden tener límites fronterizos entre sí, ni con otros departamentos en los cuales el adjudicatario represente a los licores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.***

Dentro de los criterios de adjudicación se estableció:

A1. EXPERIENCIA 20%

La experiencia mínima exigida para participar en la presente licitación es de un (1) año. Si la firma, el proponente y/o representante legal acreditan una experiencia menor a este término, la propuesta será eliminada. Por lo tanto se evaluarán los años de experiencia de la Compañía o del representante legal en la comercialización de licores y/o productos de consumo popular:...

A2. CAPACIDAD FINANCIERA: 20%

¹¹ La Sala advierte que en el expediente obran otro conjunto de antecedentes de la relación contractual que será revisados del ser el caso, para el análisis de fondo de las pretensiones de la demanda principal, la de reconvenición y acumulada.

Se evaluará la capacidad financiera del proponente como elemento necesario que facilita la distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia de la presente licitación, partiendo de los estados financieros actualizados, la fecha de cierre de la presente licitación tal como se establece en el numeral 1.05 F del presente pliego y debidamente firmados por el representante legal y revisor fiscal y/o contador público, lo cual es fiel reflejo de la situación financiera de la empresa...

A3. OFERTA COMERCIAL: 60%

Se evaluará y calificará la oferta comercial presentada por el (los) proponente (s) para cada zona así:

1. Se sacará la media geométrica entre las ofertas de compras de botellas de 750 c.c. o su equivalente, para el primer año, que hagan todos los oferentes para la zona y se eliminarán aquellas que estén por encima del límite superior de confianza de dicha medida geométrica y que para el caso de la presente licitación será del tres por ciento (3%).
2. Para todas y cada una de las zonas en el Departamento de Antioquia y en todos los casos, el dato de las compras mínimas exigibles por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en botella de 750 c.c. harán parte de la fórmula para sacar la media geométrica...

En relación a la información económica y financiera, entre otros aspectos, se estableció:

2.02 COMPRAS

- A. **COMPRAS ANUALES.** El proponente deberá ofrecer las unidades de 750 c.c. o su equivalente, para el primer año de ejecución del contrato, discriminando el total de las unidades por semestre.

Las ofertas de compras (en unidades de 750 c.c.) para el primer año no pueden ser inferiores a las siguientes cantidades por zonas de interés:

Zonas	Compras mínimas exigibles	% Descuento total a conceder	% Mínimo de inversión publicitaria
1. Uraba + Occidente	4.200.000	22%	2.0%
2. Norte + Nordeste	3.900.000	20%	2.0%
3. Oriente (lejano + cercano)	5.300.000	14%	0.5%
4. Suroeste + Caldas + Sabaneta + La Estrella	4.200.000	14%	0.5%
5. Itaguí + Envigado + Medellín Zona No.3	6.200.000	12%	0.5%
6. Bello + Barbosa + Copacabana + Girardota + Medellín	5.900.000	12%	0.5%

Zona No. 2			
7. Medellín zona No. 4	5.900.000	12%	0.5%
9. Medellín zona No. 1	5.700.000	12%	0.5%

...

Nota 2: Tanto el porcentaje (%) de descuento total a conceder, como el porcentaje (%) mínimo de inversión publicitaria es con respecto al precio de venta oficial al público (Excluida Estampilla U. de Antioquia) vigente en todo momento de los licores que produce la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y de los cuales se encuentran en listado adjunto.

Nota 3: El porcentaje (%) de descuento total a conceder hace referencia a los productos tradicionales Aguardiente Antioqueño, Aguardiente Suave Antioqueño y Ron Medellín Añejo en todas las referencias. El porcentaje (%) de descuento para los productos no tradicionales es del 20% en todas las presentaciones e igual para todas las zonas del Departamento.

(...)

DURACIÓN DEL CONTRATO

La duración del contrato que en virtud de la adjudicación de esta licitación haya de celebrarse, será de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento, entendiéndose que se cumple este requisito el día en que sea suscrito por las partes y sea aprobada la garantía y podrá prorrogarse si a juicio del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUÍA – FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA- ha cumplido con todos las cláusulas y presente una buena ejecución del mismo.

(...)

4.04 CESIÓN DEL CONTRATO

- A. **CESIÓN PROHIBIDA.** *El CONTRATISTA no pondrá ceder los derechos y obligaciones provenientes del contrato, sin previa autorización expresa de EL DEPARTAMENTO DE ANQUIOQUIA –FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA- en la forma estipulada en este pliego, de conformidad con el inciso tercero (3º) del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.*

(...)

4.1.2 El 2 de diciembre de 1996, una vez agotados los trámites del proceso de selección, el departamento a través de la resolución n.º .337 adjudicó cada una de las zonas de distribución así: la zona uno a la Unión Temporal Jorge Mario Uribe G. S.A. y Anibal Arango S.S en C.; la zona dos a Cesar Vásquez Botero; la zona tres a La Unión Temporal Eduardo Vélez Toro, Jorge Enrique Velásquez Johnson y Prolicores del Magdalena S.A.; la zona cuatro a Distanco S.A.; la zona cinco a la Distribuidora Movisa S.A.; la zona 6 a Distanco S.A.; la zona 7 a la Unión Temporal Eduardo Vélez Toro, Jorge Enrique Velásquez Johnson y

Prolicores del Magdalena S.A. y la zona ocho a la Unión Temporal Reimpex Ltda y Álvaro René Herrera Arango (fls. 148 a 156, c. 6).

4.1.3 A principios de diciembre de 1996, el departamento suscribió con los beneficiarios del proceso de selección ocho contratos¹² cuyo objeto fue la distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, en cada una de las zonas adjudicadas. Los términos de los contratos fueron idénticos, salvo en aspectos, como el valor, las compras mínimas, los descuentos y el porcentaje de inversión en publicidad¹³ (fls. 43 a 229, c. 1)

4.1.4 El 28 de abril de 1998 fue creada Licoantioquía S.A. (Certificado de existencia y representación- fl. 2 a 4, c.1). Sociedad que se creó a instancias de algunos de los contratistas con el fin de que fuera la cesionaria de los contratos originales, dadas las dificultades que presentó la ejecución de los contratos, especialmente, por los descuentos diferenciados que se concedió en cada zona y la imposibilidad de controlar las fronteras para la distribución de los licores (testimonio del señor Jaime de Jesús Hidalgo Ballesteros quien se desempeñó como contralor del departamento entre los años 1996 y 1997 y como secretario de hacienda entre el año 1998 y 2000 – fls. 255 a 262, c.4).

4.1.5 Entre los meses de mayo a julio de 1998, previa autorización del departamento de Antioquia los ocho contratos fueron cedidos a Licoantioquia S.A mediante resoluciones n.º 682 del 13 de julio (zona 1), 492 del 29 de mayo , 489 del 26 de mayo (zonas , 7, 4, 2 y 6), 683 del 13 de julio (zona 5 y3) y 684 del 13 de julio de 1998 (zona 8) (fls. 58 a 123, c.10A).

Paralelamente, el departamento de Antioquia mediante resolución n.º 793 eliminó la zonificación y unificó los descuentos para todo el territorio antioqueño. Resolvió:

¹² El valor de cada contrato se estimó así: zona 1 (\$16.330.422.00), zona 2(\$16.474.576.000), zona 3 (\$23.111.519.600), zona 4 (\$18.129.619.400), zona 5 (\$23.703.353.000), zona 6 (\$26.203.991.160), zona 7 (\$26.328.762.000) y zona 8 (\$25.337.120.000).

¹³ De acuerdo con el acta de acuerdo del 15 de marzo de 2000 con posterioridad a la suscripción de los contratos iniciales se suscribieron unos adicionales y “*Otrosí del 20 de marzo, 30 de abril, 29 de mayo y 8 de julio de 1997; actas de acuerdo del 29 de agosto, 2, 21 y 31 de octubre de 1997, 24 de noviembre, 2 y 30 de diciembre del mismo año de 1997; acta de compromiso de junio 26 de 1998, contrato adicional del 14 de mayo de 1998, actas de acuerdo de 1998 y 1999; resolución No. 9329 del 20 de octubre de 1999 mediante la cual la Administración Departamental Interpreta Unilateralmente los contratos y el contrato adicional del año 2000*” (fl. 232, c.1 - antecedentes acta de acuerdo).

“ARTÍCULO PRIMERO: Eliminar la zonificación establecida para el departamento de Antioquia en virtud de la resolución 1450 de diciembre 2 de 1996, en materia de comercialización y distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, se autoriza un descuento del diecisiete por ciento (17%) para todo el territorio de Antioquia, sobre el precio oficial de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, excluido el valor de la estampilla de la Universidad de Antioquia, para el distribuidor único en el Departamento de Antioquia.

ARTÍCULO TERCERO: El distribuidor venderá los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a los Estanquillos Oficiales con los descuentos establecidos en las normas vigentes que regulan la materia...” (fls. 40 y 41, c.10 A).

4.1.6 El 11 de agosto de 1998, el departamento de Antioquia y Licoantioquia S.A. suscribieron un acta, en la que dejaron las siguientes constancias sobre la ejecución de los contratos cedidos: *i)* los objetos de los contratos serían los mismos, no obstante el contratista tendría libertad para distribuir en todo el territorio del departamento *ii)* se precisó que para establecer los mínimos de compras de los años siguientes se recurriría al mecanismo establecidos en los contratos vigentes; *iii)* se resaltó que el contratista mantenía su obligación de invertir en publicidad, sin embargo se fijó en un 0.7% del total de las compras reales; *iii)* se estableció que el departamento conformaría grupos especializados que en coordinación con la Dirección de Fiscalización realizarían operativos de control para evitar el contrabando, la adulteración y falsificación de los licores y atendería las denuncias del contratista en orden a imponer las respectivas sanciones; *iv)* se precisó que el descuento de los productos tradicionales sería del 17% y de los no tradicionales del 24%, el que se calcularía sobre el precio oficial, previa deducción del valor de la estampilla pro Universidad de Antioquia; además se le entregaría a Licoantioquia S.A. un 2% del volumen comprado en especie con el fin de trasladarle un descuento a los estanquillos y lograr que los productos les sean entregados en sus negocios a quienes se encuentren ubicados por fuera del Valle de Aburrá y *vi)* se precisó que para efectos del amparo el valor del contrato era de \$61.735.460.000 (fls. 607 a 610, c.2)¹⁴.

¹⁴ De acuerdo con el acta de acuerdo del 15 de marzo de 2000 con posterioridad a la suscripción de los contratos iniciales se suscribieron unos adicionales y “*Otrosí del 20 de marzo, 30 de abril, 29 de mayo y 8 de julio de 1997; actas de acuerdo del 29 de agosto, 2, 21 y 31 de octubre de 1997, 24 de noviembre, 2 y 30 de diciembre del mismo año de 1997; acta de compromiso de junio 26 de 1998, contrato adicional del 14 de mayo de 1998, actas de acuerdo de 1998 y 1999; resolución No. 9329 del 20 de octubre de 1999*”

4.1.7 El 15 de noviembre de 2000, las partes se reunieron a suscribir un nuevo acuerdo de voluntades, pues pese a que se habían cedido los ocho contratos a un solo contratista, cada uno de esos acuerdos de voluntades siguiente existiendo coincidiendo en algunas cláusulas y en otras no, de donde *“en cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal consideramos que por transparencia, economía y responsabilidad, es pertinente compilar en un solo acuerdo de voluntades los ocho (8) contratos cedidos, los otros sí, actas de acuerdo, actas de cesión, etc. vigentes a la fecha”*. En el documento se lee:

“En la ciudad de Medellín, el 15 de noviembre de 2000, se reunieron el doctor ALBERTO BUILES ORTEGA en su calidad de Gobernador del Departamento de Antioquia y el doctor SANTIAGO ÁLVAREZ CASTRO en su condición de representante legal de la Sociedad LICOANTIOQUIA S.A. con el fin de recoger y unificar en un solo documento todas las cláusulas vigentes de los ocho (8) contratos de distribución de los productos, de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, previas las siguientes consideraciones:

- a) *Los ocho (8) contratistas distribuidores de licores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia; en las diferentes zonas geográficas en que quedó dividido el Departamento cedieron con autorización de contratante: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA los respectivos contratos a LICOANTIOQUIA S.A.*
- b) *Que a raíz de lo anterior, se expidió la resolución 0793 del 24 de julio de 1998, en donde fueron suprimidas las zonas existentes en el Departamento de Antioquia, para efectos de la distribución de licores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.*
- c) *Que a pesar de haberse cedido los 8 contratos de distribución de licores a un solo contratista LICOANTIOQUIA S.A. no puede hablarse de la existencia de un solo contrato, subsistiendo los ochos (8) contratos, los cuales cuentan con varias cláusulas en común, pero también estipulan cláusulas diferentes en uno y otro, a pesar de tener el mismo objeto.*
- d) *Que en cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal consideramos que por transparencia, economía y responsabilidad, es pertinente compilar en un solo acuerdo de voluntades los ocho (8) contratos cedidos, los otros sí, actas de acuerdo, actas de cesión, etc. vigentes a la fecha.*
- e) *Que harán parte del presente acuerdo de voluntades además de los ocho contratos de distribución cedidos, las siguientes actas en lo que se encuentra vigente a la fecha: otrosí del 20 de marzo, 30 de abril, 29 de mayo y 8 de julio de 1997; actas de acuerdo del 29 de agosto, 2, 21 y 31 de octubre de 1997, 24 de noviembre, 2 y 30 de diciembre del mismo año de 1997 (sic); acta de compromiso de junio 26 de 1998, contrato adicional del 14 de mayo de 1998; actas de acuerdo de 1998 y 1999; resolución No. 9329 del 20 de octubre de 1999 mediante la cual la administración departamental interpreta en forma unilateral los contratos y contrato*

mediante la cual la Administración Departamental Interpreta Unilateralmente los contratos y el contrato adicional del año 2000” (fl. 232, c.1 - antecedentes acta de acuerdo).

adicional del año 2000. Por último, harán parte del presente acuerdo las siguientes actas de cesión de los contratos de distribución de licores:...

Por lo anteriormente expuesto, las partes acuerdan que las cláusulas vigentes, las que seguirán rigiendo la distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, serán las siguientes:

CLAUSULA PRIMERA: LICOANTIOQUIA S.A. se obliga a comprarle al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA y a distribuir en todo el territorio del departamento de Antioquia, los siguientes productos...

CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR. El valor total de los ocho (8) contratos principales de distribución se estima en la suma de CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA PESOS (\$179.659.266.160) para el primer año y para los años subsiguientes de acuerdo a las compras mínimas establecidas en las actas de acuerdo de los años 1998, 1999 y el valor aproximado para el año 2000 asciende a la suma de NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$94.137.049.583); todos los valores anteriores no incluyen IVA, el valor del impuesto al consumo, la estampilla Universidad de Antioquia, ni el aporte publicitario.

CLÁUSULA TERCERA: VIGENCIA, PLAZO Y SUSPENSIÓN. La vigencia de este contrato se entiende desde el día de su perfeccionamiento hasta el vencimiento del plazo, el cual se estipula en cuatro (4) años a partir del 15 de diciembre de 1996. El CONTRATISTA dará comienzo a los diferentes trámites de distribución, una vez se perfeccione el contrato, entendiéndose que queda perfeccionado cuando esté suscrito por las partes, pero para su ejecución requiere de la aprobación de la garantía única. El plazo será suspendido cuando se presenten factores que así lo justifiquen, como en los casos fortuito o de fuerza mayor. Igualmente, podrá EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA prorrogar el plazo si a su juicio, ha cumplido con todas las cláusulas y presente una buena ejecución del mismo. La adición al contrato en plazo y/o en valor deberá informarse al Honorable Consejo de Gobierno Departamental. La suspensión deberá hacerse constar en acta suscrita por el gerente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y el CONTRATISTA..

Igualmente, en el nuevo contrato se unificó todas las obligaciones contractuales acordadas por las partes para la distribución de los licores, como el tema de las compras mínimas, facturación, forma de pago, precios, publicidad, licor de degustación, obligaciones especiales del contratista y prohibiciones, obligaciones del departamento, en especial en materia de contrabando, supervisión, pedidos y entregas, cláusula penal, distribución a estancillos, terminación del contrato, cesión del contrato, inhabilidades e incompatibilidades, garantía de cumplimiento, caducidad, cláusulas excepcionales, impuestos y publicaciones y condiciones de perfeccionamiento (fls. 231 a 246, c.1)¹⁵.

¹⁵ El plazo del acuerdo fue de dos años que se prolongarían hasta el 16 de diciembre de del año 2002.

4.1.8 El 13 de enero del año 2002, el departamento declaró la caducidad del contrato unificado, en tanto el contratista incumplió de manera grave el contrato habida cuenta que *i)* omitió el cumplimiento de los mínimos de compras y el pago oportuno de sus obligaciones, lo que derivó la imposición de sanciones; *ii)* de manera intempestiva y sin facultades para el efecto decidió invocar la institución del contrato no cumplido para paralizar completamente el contrato, pues a partir de esa fecha dejó de comprar y retirar los pedidos de la FLA y contraordenó el pago de los cheques que a esa fecha respaldaban sus obligaciones, con lo que afectó de manera grave áreas sensibles como la salud, educación e inversión social ¹⁶ (fls. 6 a 15, c.1).

4.1.9 Finalmente, el departamento de Antioquia de manera unilateral liquidó el contrato unificado e hizo efectivo el amparo de cumplimiento mediante resolución n.º 13882 del 24 de septiembre de 2002, decisión confirmada mediante resoluciones n.º 649 del 31 de enero y 1706 del 28 de febrero de 2003 (fls. 2 y 8 del proceso acumulado y fl. 49 del cuaderno 5).

4.2 El contrato que rige la relación contractual

4.2.1 En línea con lo expuesto en casos similares¹⁷, la Sala debe empezar por precisar que a la luz de la intención de las partes y las normas que regulan el acuerdo de voluntades es claro que es el contrato suscrito el 15 de noviembre de 2000 es el que regula la relación contractual y, en consecuencia, las diferencias entre las partes, tal como lo señaló el *a quo* y el Ministerio Público. Contrato que no es solo una prórroga de los ocho contratos iniciales como parece sugerirlo Licoantioquía S.A. sino un nuevo acuerdo de voluntades que debió sujetarse en todo a las normas sobre contratación.

Esto es así si se tiene en cuenta que si bien es posible modificar aspectos no esenciales del contrato, como ocurre con el plazo u obligaciones a cargo del contratista que sean necesarios para asegurar el objeto del contrato y con ello los fines estatales que se pretender satisfacer. Para el caso, las modificaciones en aspectos relativos al régimen de descuentos e inversión en publicidad. Lo cierto

¹⁶ La decisión fue impugnada y confirmada.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2016, expediente 37066, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

es que ello no puede conducir a la modificación del objeto contractual, pues ello, se resalta, implica la celebración de un nuevo contrato.

Sobre el particular resulta ilustrativo lo expuesto por la Sala de Consulta de esta Corporación:

*“Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que **cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato**, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, **solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato**¹⁸¹⁹ (negrilla fuera del texto).*

En este contexto, no queda duda de que el 15 de noviembre de 2000, las partes cambiaron el objeto de los contratos cedidos, pues a partir de ese momento habría un cambio en el modelo de distribución, pues hasta ese momento el esquema permanecía zonificado en función de la individualidad de cada uno de

¹⁸ “Esta ha sido la posición del Consejo de Estado según se desprende de lo considerado en las consultas números 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y en las sentencias del 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta.”

¹⁹ Cfr. *Ibidem*. En este fallo, la Sección Quinta examinó la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia dictada dentro de un proceso de nulidad electoral. El demandante demandó la nulidad de la elección de un alcalde, bajo el argumento de que había celebrado una adición a un contrato de prestación de servicios en el año anterior a la elección. La Sección Quinta concluyó que la adición de la orden de servicios era en realidad un nuevo contrato, pues (i) su finalidad no era solamente ampliar el plazo sino establecer nuevas obligaciones, y (ii) no había justificación para la ampliación del plazo, pues en tanto no se cuantificó el objeto del contrato —el objeto era prestar servicios odontológicos en la cárcel, no era posible establecer el plazo necesario para ejecutarlo y si este necesitaba prorrogarse. Al respecto, sostuvo: “Con todo, dados los términos en que fue pactada la obligación del contratista en la orden de prestación de servicios número 705 de 2002, dicho contrato no era susceptible de ser ampliado en el plazo, pues como quiera que la labor contratada no fue cuantificada, sino que únicamente fue sometida a la programación que elaborara la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, no había manera de concluir que el término de ejecución pactado era insuficiente para cumplir con la totalidad de dicha labor. Ahora bien, de aceptarse que la labor contratada mediante la orden de prestación de servicios número 705 de 2002 requería de un tiempo adicional para su completa ejecución, por encontrarse algún hecho que demostrara la insuficiencia del tiempo pactado para cumplir con dicha labor, ello sólo explicaría la ampliación del plazo del contrato, pero no su valor, entendido éste como los honorarios que recibiría el contratista como contraprestación por sus servicios profesionales.” Por esta razón, en tanto el alcalde sí había celebrado un nuevo contrato estatal a ejecutarse en la misma jurisdicción en el año inmediatamente anterior a su elección, la Sección Quinta declaró la nulidad de su elección.

los ocho contratos iniciales, pese a que el contratista era uno solo Licoantioquia S.A. y se había revocado la resolución que estableció las fronteras para efectos de la distribución.

Además, recuérdese que en el acuerdo de 15 de noviembre de 2000 las partes expresamente señalaron que pese a que se habían cedido los ocho contratos a un solo contratista, cada uno de esos acuerdos de voluntades seguía existiendo coincidiendo en algunas cláusulas y en otras no, de donde *“en cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal consideramos que por transparencia, economía y responsabilidad, es pertinente compilar en un solo acuerdo de voluntades los ocho (8) contratos cedidos, los otros sí, actas de acuerdo, actas de cesión, etc. vigentes a la fecha”*

Igualmente, de la necesidad de suscribir una nueva convención da cuenta su comportamiento previo a la celebración del acuerdo de 15 de noviembre de 2000, esto es las decisiones que se tomaron ante las dificultades que generó la distribución por zonas de los productos de la Fábrica de Licores de Antioquia, como la cesión de los contratos a una misma persona, la desaparición de las fronteras para efectos de la distribución, la unificación de las obligaciones relativas a los descuentos e inversión en publicidad; todas estas acciones que denotan que se requería un cambio en el esquema que como se ha dicho imponía la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades.

Finalmente, no se puede perder de vista que los contratos iniciales, en virtud de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no se podían incrementarse en su valor sino hasta en un 50%²⁰, razón demás para considerar que las partes no podían haberse reunido el 15 de noviembre de 2000, es decir a un mes de la finalización del plazo contractual, tan solo para adicionar los contratos iniciales, pues claramente el valor de toda la distribución del departamento superaba con creces el valor de los contratos individualmente considerados.

En este orden de ideas, no queda dudas para la Sala que el acuerdo de voluntades que rige la relación contractual de las partes y por ende la presente controversia es el que las partes suscribieron el 15 de noviembre de 2000.

²⁰ Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

4.3 El control de legalidad en el caso concreto

4.3.1 Téngase en cuenta que el negocio jurídico puede ser sujeto de diversas sanciones y que no toda irregularidad genera la invalidación absoluta del acuerdo, sino aquellas expresamente consagradas en la ley. En el caso de los contratos estatales, las causales de nulidad absoluta están previstas tanto en la Ley 80 de 1993 como en los Códigos Civil y de Comercio.

El artículo 44 del Estatuto Contractual señala:

“De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley” (se destaca).

Así mismo, el Código Civil estatuye:

“Art. 1740 prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Art. 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato” .

Y, el Código de Comercio dispone:

“Art. 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz (se descata).

4.3.2 Bajo las circunstancias que han quedado demostradas *ut supra*, para la Sala es claro que el departamento, en el mes de noviembre de 2000, en lugar de abrir una nueva licitación pública para en igualdad de condiciones seleccionar un nuevo contratista que se encargara de la distribución de los productos de la Fábrica de Licores de Antioquia en toda la jurisdicción del territorio Antioqueño decidió celebrar con Licoantioquia S.A un nuevo contrato. En este sentido, el contrato que regula la relación negocial y que sustenta las súplicas de la demanda principal, de la de reconvención y la acumulada debe declararse nulo por haberse celebrado contra expresa prohibición legal.

Al respecto, en pretérita oportunidad la Corporación señaló:

“...Sumado a lo anterior, se observa, que para que la Industria de Licores del Valle del Cauca pudiera suscribir el mencionado contrato de distribución, tenía el deber de observar el principio de transparencia que debe imperar en la contratación pública, consagrado en la ley 80 de 1993, en virtud del cual la suscripción del contrato debía estar precedida de un proceso de licitación o concurso público o de un proceso de contratación directa.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del

derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”²¹.

En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo “hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, (sic) la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”²².

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, era permitida para este caso específico por tratarse de una actividad que estaba íntimamente ligada con el objeto de la Industria de Licores del Valle. El artículo segundo del decreto 855 de 1994 dispone que:

“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”.

En este sentido, esta Sala ha reiterado que “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”²³; en consecuencia, el desconocimiento de los principios - en especial del principio de transparencia- está expresamente prohibido en el ordinal 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, en virtud del cual “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, **les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto**”.

Ahora, conforme al principio de transparencia, se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés”²⁴, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar

²¹ Cita original: Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Sentencia 15324, ya citada.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección A, sentencia del 12 de marzo de 2009, expediente 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07), C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

el favorecimiento indebido, por cuanto, de lo contrario, se desconocerían los principios de igualdad e imparcialidad.

Ahora bien, los contratos que se celebren desconociendo el procedimiento previo de licitación pública o de contratación directa están viciados de nulidad absoluta, debido al desconocimiento del mandato imperativo para la selección del contratista, violando, en consecuencia, la “prohibición general que contiene el numeral (sic) 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas”²⁵.

Así las cosas, de llegar a considerarse que el acta 01 del 7 de enero de 2000 es un contrato de distribución, el mismo estaría viciado de nulidad absoluta, por no haberse adelantado el procedimiento previo de licitación pública o de contratación directa, ya que de los medios probatorios aportados al proceso no se observa que se haya hecho invitación para contratar, ni que se hubiera emitido pliego de condiciones.

(...)

Ahora bien, los contratos que se celebren desconociendo el procedimiento previo de licitación pública o de contratación directa están viciados de nulidad absoluta, debido al desconocimiento del mandato imperativo para la selección del contratista, violando, en consecuencia, la “prohibición general que contiene el numeral (sic) 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas”²⁶.

En este caso el Departamento de Antioquia y Licoantioquia S.A celebraron el contrato de distribución de licores de 15 de noviembre de 2000, en contravía de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que, como se resaltó en la sentencia en cita, prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva. Recuérdese que la licitación pública, requerida en este caso para la selección del contratista, garantiza los principios de la contratación, de manera especial los de libre competencia e igualdad entre los proponentes.

El primero procura porque aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que propendan por el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

eficiencia. El segundo, asegura que todos los que concurren reciban el mismo tratamiento y sus propuestas sean valoradas a la luz de los mismos criterios.

En la práctica, lo anterior se traduce en que el contratista electo, no solo es quien presenta la mejor propuesta en términos económicos y técnicos sino, quien tiene la capacidad y experiencia para llevar a feliz término el objeto del contrato, lo que para el caso puesto a consideración de la Sala, resultaba fundamental dada la complejidad de la distribución de los productos de la Fábrica de Licores de Antioquia en todo el departamento, tanto por las dimensiones del negocio como por las particularidades de sus distintas zonas y la presencia de fenómenos como el contrabando.

En estas condiciones, a la Sala no le queda otro camino que proceder a declarar la nulidad absoluta del contrato suscrito por las partes el 15 de noviembre de 2000, pues la entidad pese a las dificultades que trajo el cambio de modelo de distribución y las necesidades de garantizar los recursos provenientes del monopolio de licores no podía pretermitir el concurso, pues eso era lo único que hubiese permitido seleccionar el contratista más idóneo para asumir la distribución en todo el departamento y en consecuencia, garantizar en de la mejor manera posible el objeto del contrato.

5. Restituciones mutuas – condena en abstracto

5.1 Dado que la Sala decretará la nulidad absoluta del contrato, la única posibilidad de reconocimiento económico es la derivada de las restituciones mutuas para las partes del contrato, razón por la cual otra pretensión diferente resulta improcedente.

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, al regular los efectos de la nulidad, establece:

“Artículo 48. De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

Como se observa, el inciso segundo de esta norma consagra el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo, siempre y cuando i) se demuestre que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido y ii) la situación particular del caso dé lugar a establecer las restituciones, pues no siempre la declaratoria de nulidad permite volver a las cosas a su estado anterior²⁷.

5.2 En el presente caso, si bien no sería posible ordenar la devolución del licor entregado a Licoantioquia S.A. al término de la relación contractual, diciembre de 2001, porque seguramente fue distribuido y vendido, lo cierto es que el departamento señaló que i) los cheques que se utilizaron para el pago de parte de esos pedidos fueron contraordenados por el contratista y ii) otra parte de los pedidos efectivamente entregados, no se pagó porque la condición para hacer efectivos los cheques era que toda la mercancía se hubiese retirado, es decir no podían hacerse cobros parciales.

Sobre el primer aspecto, la prueba pericial da cuenta que en efecto en el mes de diciembre de 2001, Licoantioquia S.A. solicitó que se contraordenaran los cheques que por distintos montos y de distintos bancos por valor de \$15.313.855.857, de donde para evitar un enriquecimiento sin justa causa deben ser pagados al departamento por el contratista debidamente actualizados (Dictamen pericial parte II – C. 4.1).

Sobre el segundo aspecto, el dictamen pericial concluyó:

“...Efectivamente, quedaron cheques por valor de \$6.828.160.930 correspondientes a mercancías que la Fábrica de Licores no entregó a la Sociedad Licoantioquia S.A. y se encontraron cheques por valor de \$15.313.855.857 contraordenados y correspondientes a mercancías efectivamente recibidas por Licoantioquia. La cantidad de licor retirada efectivamente por el Distribuidor, correspondiente a los cheques contraordenados, fue 1.850.124 (un millón ochocientos cincuenta mil ciento veinte cuatro) unidades de 750 c.c. La cantidad de mercancía facturada, no retirada y a cuyo cargo se entregaron los cheques posfechados contraordenados fue de: 6: 577.788 (seis millones quinientos setenta y siete mil setecientos ochenta y ocho) unidades de 750 c.c. (dictamen pericial, capítulo VI – C. 4.1).

²⁷ La Sala tratándose de contratos de tracto sucesivo ha señalado que por haberse normalmente ejecutado las prestaciones en el transcurso del tiempo, por lo general resulta imposible volver las cosas al estado que tenían. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13.414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Y, en la oportunidad para aclarar y adicionar el dictamen, se precisó:

3. ESTABLECIMIENTO DEL VALOR DE LA MERCANCÍA CORRESPONDIENTE A LOS CHEQUES NO CONSIGNADOS

El valor de la mercancía correspondiente a los cheques no consignados ascendió a \$6.828.160.930. En el Anexo 2 se presenta la relación de los cheques no consignados...Esta información se obtuvo del examen de las facturas, con la información suministrada por la Gerencia de la FLA y la entregada por Licoantioquia.

4. CANTIDAD Y VALOR DE LA MERCANCÍA NO RETIRADA POR LICOANTIOQUIA, CORRESPONDIENTE A LOS CHEQUES NO CONSIGNADOS

El número de unidades de mercancía no retirada por Licoantioquia o no entregadas por la FLA en el año 2001 fue de 265.000...su valor arrojó la cifra de \$1.90.163.351...Estas cifras se reportaron por parte de la FLA y se verificaron con Licoantioquia. Debo dejar de presente la dificultad para procesar esta información, ya que los documentos fuentes (ÓRDENES DE SALIDA) del mes de diciembre, no se encontraron todos en estado físico legible, algunos poseen enmendaduras a mano; éstos fueron revisados anteriormente, presentando notas de inconsistencias en el peso del despacho vs volumen despachado, en la no correspondencia del número de la factura fuente con la factura consignada en la orden de salida. Así mismo, las facturas distinguidas con la numeración 48.660 a 48699 y la factura 48655, no se encontraron en los fólderés entregados por la FLA a la perito.

5. VALOR DE LA MERCANCÍA RECIBIDA EFECTIVAMENTE POR LICOANTIOQUIA, CUYO PAGO SE REALIZARÍA CON LOS CHEQUES NO CONSIGNADOS

El valor total de los cheques no consignados fue de \$6.828.160.930. Si a este valor se le resta el valor de la mercancía no despachada, o sea, \$1.190.163.351, el valor de la mercancía que recibió el comerciante y que quedó pendiente de pago porque los cheques no fueron consignados, ascendió a \$5.637.997.579.

6. CANTIDAD DE MERCANCÍA A PAGAR CON LOS CHEQUES NO CONSIGNADOS

Mediante la información procesada de las órdenes de salida y su cotejamiento con el listado de los cheques no consignados, se logró identificar la mercancía a pagar con los cheques no consignados. En el ANEXO No. 3 se detalla por Factura de Venta:...Del anexo citado se concluye que la cantidad de mercancía a pagar con los cheques no consignados fue la equivalente a 870.016...

7. CANTIDAD DE MERCANCÍA QUE RECIBIO EL COMERCIANTE Y QUE QUEDÓ PENDIENTE POR CANCELAR PORQUE LOS CHEQUES NO FUERON CONSIGNADOS

Restando de la mercancía total (870.016) para cuyo pago se giraron los cheques no consignados, la que no se despachó o recibió, se tiene que el número de unidades retiradas por el comerciante y no hecho efectivo su pago, correspondió a 604.416 unidades...” (Dictamen pericial – c. 4.2 – se resalta).

En este sentido, para la Sala el contratista también debe restituir al departamento de Antioquia debidamente actualizada la suma de \$5.637.997.579, correspondiente a 604.416 unidades que fueron retiradas y cuyos cheques no fueron consignados, debido a que la totalidad del pedido no fue retirado de las instalaciones de la fábrica.

Eso sí, dado que la condena como se motivará a continuación se proferirá en abstracto, de llegarse a establecer en el marco del incidente que en realidad el contratista retiró una cantidad menor o hizo devolución total o parcial de la mercancía, dichos valores no le podrán ser cobrados y por el contrario serán tenidos en cuenta a su favor en la liquidación final.

5.3 Ahora, si bien la Sala podría proceder a la liquidación en concreto de las restituciones mutuas debido a que conoce sus valores, procederá como se enunció a su condena en abstracto, toda vez que las partes en sus intervenciones han puesto de presente que para el cobro de los cheques que respaldaban las obligaciones insolutas, el departamento promovió una acción ejecutiva ante la Jurisdicción Ordinaria y un proceso de responsabilidad fiscal contra Licoantioquia S.A.

Así las cosas, cualquiera de las partes promoverá incidente de liquidación de perjuicios. Escenario en que con apoyo en las pruebas aportadas a este proceso, en especial la prueba técnica, y las pruebas que se consideren necesarias y pertinentes deberán demostrar si las obligaciones están insolutas, están satisfechas o cuales son los saldos pendientes.

En caso de que efectuadas las operaciones existan saldos a favor, dichas suma debidamente actualizada a la fecha del auto que decide el incidente serán las que se deberán restituir a órdenes del departamento de Antioquia y de Licoantioquia S.A.

6. Costas

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B"

FALLA

REVOCAR la sentencia del 21 de abril de 2010 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en su lugar, disponer:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta del contrato de comercialización de 15 de noviembre de 2000 celebrado entre el departamento de Antioquia y Licoantioquia S.A.

SEGUNDO: CONDENAR EN ABSTRACTO las restituciones establecidas en la parte motiva de esta providencia. Para el efecto, cualquiera de las partes podrá promover el incidente de que trata el artículo 172 del Decreto 01 de 1984 – modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998-²⁸.

TERCERO: NEGAR las súplicas de la demanda de reconvención, acumulada así como las principales y subsidiarias de la demanda principal.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

²⁸ "Artículo 172. Condenas en abstracto. <Subrogado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> 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. // 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".

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado