



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 190012331000200201142-01 (37066)
Actor: Consorcio Galeras
Demandado: Empresa Licorera de Nariño
Acción: Contractual

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia de 28 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declarar la nulidad absoluta del contrato C-095 de dos de diciembre de 1999, suscrito entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras conformado por las sociedades Industrias de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda.

2.- Declarar la nulidad absoluta del acta de concertación de 25 de octubre de 2000.

3.- Niéganse las restantes súplicas de la demanda de reconvención, así como de las principales y subsidiarias de la demanda inicial.

4.- Sin costas".

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 29 de enero de 2001, las sociedades Industria de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda., integrantes del consorcio Galeras presentaron demanda en ejercicio de la acción contractual, en contra de la Empresa Licorera de Nariño –LICONAR-, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con el objeto de que se declare el incumplimiento del contrato de comercialización n.º C-095 de 2 de diciembre de 1999 y se ordene el pago de los perjuicios causados.

La parte actora sostiene que la demandada incumplió las obligaciones contractuales relativas a la entrega oportuna de los productos a los que se había comprometido, la cantidad, calidad y especificaciones técnicas pactadas y el pago de la bonificación acordada en beneficio del comercializador, equivalente al 17% de las unidades compradas en cada facturación, previa la cancelación del IVA, tal y como fue previsto en el pliego de condiciones del proceso de selección y en el contrato. Alega que *“(...) desde el inicio del contrato la Empresa Licorera de Nariño empezó a incumplir con sus obligaciones contractuales, pues cambió el empaque de medias en cristal por envase en plástico, que no encontró aceptación en el mercado”*. Señala que la misma accionada certificó que i) *“(...) no se puede atender el pedido de compraventa realizador por el consorcio Galeras en vista de que no disponemos de medias botellas de aguardiente Galeras y Anisado Nariño, por no contar con envase”* y ii) estaba pendiente de entregar al consorcio varias unidades de productos, entre el 31 de diciembre de 1999 y el 24 de febrero de 2000.

Las demandantes aducen que los reiterados incumplimientos de la demandada dieron lugar a que el consorcio Galeras no pudiera cumplir con las cuotas asignadas en el contrato, así como la causación de perjuicios e intereses moratorios. Ponen de presente, además, la retención ilegal de la Empresa Licorera de Nariño respecto de la bonificación acordada del 17%.

Las sociedades demandantes afirman que todas las irregularidades presentadas en la ejecución del contrato fueron puestas en conocimiento de la entidad contratante, especialmente la falta de entrega oportuna de los licores, lo cual incidía en la comercialización del producto, *“ya que no se puede surtir los pedidos a*

los clientes de la forma como el mercado los necesita". Dan cuenta de que, luego de adelantar diversas reuniones, el 25 de octubre de 2000, las partes contratantes suscribieron un acta de concertación, con el objeto de modificar las cláusulas del contrato y reconocer los perjuicios causados al consorcio contratista. Sostienen, además, que *"(...) los pagos generados en desarrollo del contrato C-95-99 fueron embargados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en cuantía de mil millones de pesos"* y que la Fiscalía General de la Nación ordenó que cesaran los efectos relacionados con la cláusula que contemplaba la bonificación del 17%.

Por último, la parte actora pone de presente la acción popular que pretendía la terminación del contrato de comercialización y en la que se decretó la medida cautelar de *"cesación inmediata del contrato suscrito en el mes de diciembre de 1999, por la empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras"*. En su sentir, dicha medida, si bien suspendió la relación contractual, no afectaba su esencia y, por tanto, no impedía que la demandada cumpliera con sus obligaciones, en tanto la entidad, so pretexto de la medida y en claro desconocimiento de los derechos que le asistían al contratista, *"abrió la venta de los licores al público en general"* (fls. 3-50 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

Con base en lo expuesto, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.- Declarar que la Empresa de Licores de Nariño (LICONAR) incumplió las obligaciones que para ella surgieron del contrato de comercialización No. C-095 de 2 de diciembre de 1999, suscrito con el Consorcio Galeras, conformado por las sociedades Industria de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda. y que por lo mismo deberá pagar los perjuicios ya causados al Consorcio Galeras, por las prestaciones no efectuadas o pagadas y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados al citado consorcio con el incumplimiento futuro, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, durante todo el término que hizo falta para agotar el plazo contractual.

Segunda.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Empresa Licorera de Nariño (LICONAR), a pagar a las empresas Industria de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda. que

integran el Consorcio Galeras, los perjuicios sufridos, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, lo mismo que los perjuicios morales y como mínimo por los siguientes montos:

- a.- Por estudio de factibilidad y elaboración de propuesta, \$60.000.000.oo.*
- b.- Por la legalización del contrato (estampillas, timbre, pólizas y publicación en el Diario Oficial, \$169.327.276.oo.*
- c.- Por el montaje y puesta en marcha del Consorcio Galeras, \$25.000.000.oo.*
- d.- Por la contratación de locales y bodegas, \$54.912.000.oo.*
- e.- Por gastos hechos en publicidad, \$701.454.409.oo.*
- f.- Por costos de funcionamiento del Consorcio (gastos personales, gastos generales y financieros), la suma de \$604.240.571.oo.*
- g.- Por el monto de los dineros pagados anticipadamente por el Consorcio Galeras y retenidos sin causa, motivo o razón, por la Empresa Licorera de Nariño, la suma de \$345.254.869.oo.*
- h.- Por el monto del IVA pagado por el Consorcio Galeras a la Empresa Licorera de Nariño, por la bonificación del 17% no entregada, \$142.608.139.oo.*
- i).- Por concepto de bonificación del 17% pactada en el contrato C-095 de 1999 y no pagada hasta el momento de esta demanda, equivalente a 147.135 unidades de 750 C.C., cuyo valor asciende a \$883.388.751.oo.*
- j.- Se deberá reconocer igualmente el valor de la bonificación del 17% correspondiente a los cuatro años futuros indispensables para terminar el plazo contractual, de conformidad con lo que dictaminen los peritos al respecto y teniendo en cuenta los incrementos anuales en las compras, suma estimada en más de \$10.000.000.000.oo.*
- k.- Por concepto de la utilidad proyectada hasta el año 2004, esto es durante los cuatro años que hicieron falta para cumplir el plazo contractual, la suma de \$3.146.323.310.oo.*
- l).- Por concepto de perjuicios morales, la cantidad de cinco mil gramos de oro para cada una de las sociedades que integran el consorcio y por ende para el consorcio, el cual deberá ser liquidado con el precio del metal al momento de hacerse el pago.*
- m.- Las condenas que se hagan por los rubros relacionados en los literales a) al k) deberán ser actualizadas por el periodo comprendido entre el momento en que se causó el daño y el momento en que se pague y sobre ellas se deberán liquidar intereses corrientes sobre su valor histórico. Una vez ejecutoriada la sentencia, se devengarán los intereses previstos en el artículo 177 del C.C.A.*
- n.- Condenar a la entidad demandada a pagar a las sociedades demandantes las agencias en derecho y las costas que se ocasionen para el consorcio con motivo del presente proceso.*

Tercera.- Subsidiariamente impetro que se declare que la Empresa Licorera de Nariño incumplió las obligaciones que para ella surgieron de la celebración del contrato de comercialización No. C-095 de 2 de diciembre de 1999, suscrito con el Consorcio Galeras.

Cuarta.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, se declare resuelto el contrato No. C-095 de 2 de diciembre de 1999.

Quinta.- Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se condene a la Empresa Licorera de Nariño a pagar a las sociedades antes indicadas las sumas de dinero que como mínimo se enlistaron en la pretensión principal y por los rubros allí relacionados.

Las condenas que se hagan al despachar favorablemente la pretensión principal o la subsidiaria, deberán ser actualizadas (...). Impetro igualmente que se condene al pago de los intereses corrientes que se causen también (fls. 50-53 cuaderno 1).

1.2 La defensa del demandado

1.2.1 Contestación y excepciones

La Empresa Licorera de Nariño se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se atuvo a lo que se demostrara en el curso de la actuación. Dio cuenta del incumplimiento del contratista, pues omitía hacer los pedidos a tiempo; además, no realizó los pagos convenidos, comoquiera que varios cheques fueron rechazados por insuficiencia de fondos. Señaló:

“Debe manifestarse que el consorcio incumplió el contrato al cancelar sus pedidos con cheques de otras plazas que implicaban que LICONAR asumiera la comisión o con cheques que fueron devueltos por la entidad financiera o por pagar directamente a proveedores, lo que no estaba permitido por el contrato y lo que a la luz del artículo 1634 del Código Civil implica la no realización de pago alguno y, por tanto, en los términos de la cláusula séptima del contrato C-095-99 no estaba LICONAR obligada a entregar el licor el licor por la no efectividad del pago”.

La demandada alegó, además, que el consorcio no cumplía con los requerimientos mensuales, en los términos convenidos, pues los pedidos se fraccionaban durante el periodo, haciendo pagos parciales, en la mayoría de los casos sin que pudiese hacerse efectivos. Puso de presente que el cambio de empaques se realizó por solicitud expresa del Consorcio Galeras y que la forma en la que se contrató afectaba los intereses de la empresa. Al respecto sostuvo:

“(..) debe destacarse que los términos de la contratación fueron tan en extremo desfavorables a la Empresa Licorera de Nariño que no era de extrañar la precaria situación financiera que por entonces tenía y que seguramente no le permitió adquirir, en ocasiones, la materia prima para la producción de unidades. Es que no debe perderse de vista que con el contrato C-095-99 no solo se afectó financieramente a la empresa sino que se generó una dependencia económica absoluta con el consorcio, quien se convirtió en la única fuente de ingresos, claro está en niveles tan absurdos por lo irrisorios que no alcanzaba para la mínima supervivencia de la Licorera, lo que se probará en este proceso con la demanda de reconvención”.

En cuanto al no pago de la bonificación, la accionada señaló que i) mediante acta de concertación de 25 de octubre de 2000, las partes la sustituyeron por un descuento; ii) mediante oficio de 10 de noviembre de 2000, la Fiscalía General de la Nación ordenó la cesación de los efectos de la cláusula contractual que la contenía, al encontrar acreditada la cesión indebida de tributos y iii) desde agosto de 2000, LICONAR solicitó al consorcio el no pago del IVA por concepto de bonificación.

Aunado a lo anterior, la Empresa de Licores de Nariño sostuvo que el Consorcio Galeras no contaba con una estrategia de mercadeo y contrario a lo pactado, *“únicamente vendió el producto en la ciudad de Pasto y no en otros sitios en donde debía haber despachos a través de su red de distribución”.*

La demandada propuso las excepciones que denominó i) *“imposibilidad de reconocimiento o pago por estar viciado el contrato de nulidad absoluta por causa y objeto ilícitos a sabiendas”*, comoquiera que *“el contrato ha sido fruto de maquinaciones que han violado principios elementales de contratación pública, en beneficio y con participación directa del particular en cuyo provecho se ha celebrado”*; ii) *“contrato no cumplido”*, pues *“(..) el consorcio desde el inicio incumplió el contrato, ello sin perjuicio de los incumplimientos de la empresa que se generaron por culpa del contratista, al diseñar a instancia suya, claro está que con la colaboración vital de funcionarios de la licorera, un negocio inviable para la entidad y de enorme utilidad para el contratista, es decir por los alcances pecuniarios de la demanda”* e iii) *“inexistencia de los perjuicios reclamados en la demanda”*, pues, en su sentir, *“la única parte perjudicada es LICONAR”* (fls. 394 cuaderno 5 a 415 cuaderno 4).

1.2.2 Demanda de reconvención

La Empresa Licorera de Nariño presentó demanda de reconvención, en contra del Consorcio Galeras, integrado por las sociedades Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda. e Industria de Gaseosas La Cigarra Ltda., con el objeto de que se accedan a las siguientes pretensiones:

“Primera.- Que se declare la nulidad absoluta del contrato de comercialización n.º C-095-99, suscrito entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras.

Segunda.- Que se declare la nulidad absoluta del acta de concertación suscrita por la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras el 25 de octubre de 2000.

Tercera.- Que se declare la nulidad de la resolución n.º 2207 de 30 de noviembre de 1999, por medio de la cual la Empresa Licorera de Nariño adjudica al Consorcio Galeras el contrato de comercialización exclusiva de los productos de Aguardiente Galeras y Anisado Nariño para el departamento de Nariño.

Cuarta.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a pagar a favor de la Empresa Licorera de Nariño los perjuicios que se llegaren a probar producidos con ocasión de la celebración del contrato n.º C-095-99.

Quinta.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a entregar a la Empresa Licorera de Nariño las utilidades que el contrato n.º C-095-99 le hubiera reportado a las demandadas por el tiempo en que se ejecutó.

Sexta.- Que las cifras resultantes de las anteriores condenas se actualicen y se cancelen los intereses moratorios a que haya lugar, según la normatividad vigente sobre la materia.

Séptima.- Que se condene en costas” (fls. 419-420 cuaderno 4).

Como hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, la Empresa Licorera de Nariño alegó que desde el año 1998 contaba con un plan estratégico de acciones y estrategias gerenciales para acometer su futuro y superar la crisis notoria por la que atravesaba. Para el efecto, se incluían proyecciones de ventas futuras hasta el año 2003 y no se contemplaba la exclusividad de la comercialización de los productos fabricados por la Licorera como alternativa para su fortalecimiento. Puso de presente que la entidad abrió una convocatoria para la contratación directa del contratista que comercializara los licores de forma exclusiva en los departamentos de Nariño, Caldas y Cundinamarca, la cual fue declarada desierta por no haberse presentado ningún oferente. Luego

se abrió nueva convocatoria a la que solo se presentó el Consorcio Galeras, quien desde antes de su apertura conocía las reglas del proceso, al punto que modificó el objeto social para poder participar. Posteriormente resultó beneficiado con la adjudicación.

La entidad demandante afirmó que la elaboración de los pliegos de condiciones estuvo a cargo de las empresas que integran el Consorcio Galeras, desconociendo de esta forma el principio de selección objetiva que debe reinar en todo proceso de selección. Señaló, además, que la bonificación pactada en el contrato iba en contravía de los intereses de la licorera, pues en lugar de mejorar empeoraría su situación financiera, lo que dio lugar a que la Fiscalía General de la Nación adelantara investigación y ordenara la cesación de los efectos de la cláusula que contemplaba dicha bonificación. Las estipulaciones contractuales también fueron objeto de demanda en acción popular, en la que se ordenó la suspensión del contrato.

La actora en reconvención alegó que el acto de adjudicación y el contrato estaban viciados de nulidad absoluta, por abuso y desviación de poder y por objeto y causa ilícitos. Puso de presente que personas con vínculos con las sociedades contratistas ocuparon cargos directivos en la Empresa Licorera de Nariño, las cuales direccionaron la contratación en beneficio del Consorcio Galeras, en total desmedro de los intereses de la entidad, al punto que los pliegos de condiciones fueron elaborados a la medida de los integrantes del consorcio -se destaca-:

“(..) desde el mismo instante en que surgió la idea del contrato, casi paralelamente con la designación de la Gerente Chamorro, ex apoderada del grupo familiar a la que pertenecen las dos sociedades que integran el consorcio contratista, se patentiza la intención manifiesta de obtener a como dé lugar un contrato que ante todo beneficie al contratista, así sea, como en efecto ocurrió, en desmedro de los intereses de la Empresa Licorera de Nariño.

(..)

Explica el supuesto immaculado cumplimiento del consorcio en relación con sus obligaciones, la presencia en la gerencia de la doctora Chamorro y de otros funcionarios con claros vínculos con el Consorcio, como es el caso del señor Jairo Nel Martínez, quien ocupó varios cargos directivos en LICONAR y quien es sobrino de la accionista de las sociedades que integran el Consorcio y esposa del señor Hernando Suárez Burgos. Lo anterior se desprende de una simple verificación de los documentos aportados en la demanda por el consorcio de

donde se infiere que un alto porcentaje (más del 75%) de los oficios del consorcio reclamándole a LICONAR se presenten después de la salida de la doctora Chamorro y que un alto porcentaje de los certificados y oficios expedidos por LICONAR, que favorecen al consorcio, son producidos en la Gerencia de la doctora Chamorro”.

Acto seguido, la entidad sostuvo que con la celebración del contrato se transgredieron los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, en cuanto el contrato se suscribió en claro menoscabo de los intereses públicos y en contra de los fines que persigue la Licorera. Esto, en la medida en que los términos pactados respecto del precio, las unidades mínimas mensuales a que se obligó comprar el contratista y la bonificación convenida no sugieren la idea de favorecer a la empresa, pues todo estaba encaminado a que el contratista obtuviera cuantiosas utilidades, términos contractuales que llevaron a la quiebra de la contratante.

Por último, la Empresa Licorera de Nariño adujo que el contrato era nulo, en la medida en que omitió adelantar el proceso de selección que correspondía, como era la licitación pública y, por el contrario, contrató directamente a un único proponente, previamente escogido. En tratándose de una Empresa Industrial y Comercial del Estado estaba obligada a cumplir con las previsiones de la Ley 80 de 1993. Además, según su versión, el objeto contractual daba lugar necesariamente a un contrato de concesión, en la medida en que se estaba entregando la comercialización exclusiva de licores, como actividad monopolística. Si bien se adelantó una convocatoria pública, se pretermitieron etapas propias de la licitación, como lo es el traslado del informe de evaluación. Alegó que la declaratoria de desierta que dio lugar a la contratación directa, carece de fundamento, en la medida en que el día señalado para la compra final de los pliegos no hubo atención al público, lo que debió dar lugar a la prórroga del plazo, lo que no aconteció (fls. 418-467 cuaderno 4).

La demanda de reconvención fue admitida mediante auto de 11 de mayo de 2001 (fls. 474-475 cuaderno 4).

1.4 Contestación a la demanda de reconvención

Las sociedades Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda. e Industria Gaseosas La Cigarra Ltda., integrantes del Consorcio Galeras, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención y se atuvieron a lo demostrado en el curso de la actuación. Negaron haber intervenido en la estructuración del proceso de selección adelantado por Liconar, quien tuvo la iniciativa sobre la comercialización exclusiva. Sostuvieron que si los pliegos de condiciones o los términos del contrato no consultaron los intereses de la Empresa Licorera de Nariño, ello no le es imputable, en la medida en que la transparencia requerida obligaba a la entidad. Dieron cuenta de la legalidad de la resolución de adjudicación y del contrato, actuaciones ajustadas en un todo a los requisitos de ley y que las irregularidades presentadas durante su ejecución son atribuibles a la empresa, quien debe asumir las consecuencias de sus propios actos. Por último, señalaron que la crisis financiera por la que atravesaba la entidad venía de años atrás, situación que subsistía cuando se suscribió el contrato del *sub lite*.

La parte actora de la demanda inicial insistió en sus pretensiones y en la causación de los perjuicios por los que solicita reparación. Propuso las excepciones que denominó *“culpa exclusiva de la Empresa Licorera de Nariño”*, *“inexistencia de las causales que a la luz de la ley y el derecho generan nulidad absoluta de los contratos”*, *“la Empresa Licorera de Nariño no puede ir contra sus actos propios”* e *“inexistencia de la obligación de pagar suma alguna a LICONAR en el evento de que el Tribunal declarara la nulidad absoluta del contrato”* (fls. 484-493 cuaderno 4).

1.5 Alegatos de conclusión

1.5.1 El Consorcio Galeras insistió en el incumplimiento de la Empresa Licorera de Nariño, en la calidad de los licores, el cambio de especificaciones y la falta de suministro oportuno de los productos para su comercialización. Negó, de nuevo, haber intervenido en la elaboración de los pliegos de condiciones, tampoco *“(..)* en los distintos actos administrativos que profirió la Junta Directiva de LICONAR, orientados todos ellos a contratar la comercialización y venta de los productos de la empresa”. Reiteró que en el presente asunto operó la teoría de los actos propios,

pues “(..) si LICONAR preparó un pliego de condiciones con añagazas, para pescar proponentes, como la famosa bonificación del 17%; si en él se fijaron condiciones atractivas para los proponentes y muy onerosas para la Empresa Licorera de Nariño; si la administración de esta, incluyendo a su Junta Directiva, actuaron por fuera de los marcos de la prudencia y la diligencia, las empresas que represento, que integraron el Consorcio Galeras, no tienen porqué cargar sobre sus hombros con el peso del daño y de los perjuicios que esa conducta de la administración le ha causado a los centros de imputación que represento” (fls. 813-834 cuaderno 3)¹.

1.6 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 28 de abril de 2008, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad absoluta del contrato de comercialización n.º C-095 de 2 de diciembre de 1999 y del acta de concertación de 25 de octubre de 2000, al tiempo que negó las pretensiones.

El *a quo*, en esencia, hizo suyas las consideraciones de la Corporación al resolver la acción popular interpuesta por el señor Jesús Orlando Mejía Yopez, en sentencia de 31 de octubre de 2002², mediante la cual se suspendió la ejecución del contrato de comercialización n.º C-095 de 1999, “*hasta tanto se defina por la jurisdicción de lo contencioso administrativa la demanda de nulidad absoluta del contrato que en ejercicio de la acción contractual presentó LICONAR*”. Esto, comoquiera que en dicha providencia se encontró acreditada la afectación del principio de transparencia y el ejercicio desviado del poder de contratación de la entidad, dando lugar a la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público, circunstancia que, en su sentir, compromete la legalidad del contrato. Puso de presente que en dicha oportunidad, se estableció que “(..) *tanto el texto del contrato suscrito como la elaboración del pliego de condiciones que lo antecedió y todos los pasos que la empresa dio para llegar a ello, fueron ideados y desarrollados por la propia empresa, incluido el aspecto de la bonificación que se introdujo a manera de añagaza, razón por la que mal podría, ahora, llamarse extraño y deducir la ilegalidad de sus propios actos*”. Decisión que se encuentra ejecutoriada y en firme y que ha

¹ Mediante auto de 19 de septiembre de 2006, el *a quo* ordenó tener como embargados los derechos litigiosos que le pueda corresponder a la sociedad Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda. en el presente proceso (fls. 938-940 cuaderno 3).

² M.P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 2000-1059.

hecho tránsito a cosa juzgada y que, por lo mismo *“impone al despacho tener como establecida esa circunstancia que, por sí misma es causal de nulidad absoluta del contrato, por configurar desviación de poder”*.

El Tribunal también encontró demostrado que para la determinación de las condiciones desfavorables para la empresa contratante y *“(..) sorprendentemente favorables para las sociedades contratistas, incidieron de forma determinante las señaladas empresas por intermedio de su mentor (padre y esposo de sus socios mayoritarios)”*. Por tanto, declaró la nulidad absoluta del contrato y del acta de concertación.

En lo atinente al reconocimiento de las prestaciones mutuas, el *a quo* negó la pretensión que en tal sentido elevaron las partes, justamente, por la ilicitud de sus conductas, a sabiendas, evidenciada desde antes de la celebración del contrato (fls. 1006-1039 cuaderno ppal.).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación³

El Consorcio Galeras apeló la decisión. Alegó que i) el fallo es ilegal, en la medida en que el *a quo* aplicó los efectos de la sentencia proferida dentro de la acción popular al caso *sub exámine*, sin reparar en que se trata de dos procesos con naturaleza distinta, por lo que no puede hablarse de cosa juzgada; ii) no se tuvo en cuenta el marco de la causal de nulidad de desviación de poder y lo considerado sobre la misma por el juez popular y que *“el sentenciador de instancia olvidó que la desviación de poder solo puede realizarla una autoridad administrativa, no en particular contratante”* y iii) los señores Lucía Chamorro y Hernando Suárez Burgos no son socios de ninguna de las sociedades demandantes, tal y como se observa en el certificado de existencia y representación y que la conclusión del Tribunal sobre el punto, fue *“caprichosa arbitraria y errónea”*.

³ La apelación se presentó el 5 de mayo de 2009.

El recurrente solicita se reconozcan los perjuicios causados, pues tiene derecho a que se le paguen las prestaciones ejecutadas, en la medida en que actuó de buena fe y no participó en la elaboración de los pliegos de condiciones. Solicita, por tanto, se le reconozca la suma de \$345 254 869, “cuyo pago se impetra en la pretensión segunda, literal g) del petitum”⁴ y se le reintegre lo pagado por concepto de IVA, lo cual asciende a la suma de \$142 608 139, en la medida en que tal cantidad no ha sido entregada a la DIAN ni reintegrada a las empresas demandantes⁵ (fls. 1042-1050-1059 cuaderno ppal.).

2.2 Alegaciones finales

De esta oportunidad hicieron uso las partes, reiterando los argumentos esgrimidos en el curso de la actuación (fls. 1064-1102 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora –Consorcio Galeras integrado por las sociedades Industria de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda.-, en contra de la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvención, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988⁶, para que ésta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

⁴ “g.- Por el monto de los dineros pagados anticipadamente por el Consorcio Galeras y retenidos sin causa, motivo o razón, por la Empresa Licorera de Nariño, la suma de \$345.254.869.00.”

⁵ Esta pretensión fue formulada en el literal h) de la demanda.

⁶ El 29 de enero de 2001, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$26 390 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por la parte actora en la suma de \$3 146 323 310.00, por concepto de la utilidad dejada de percibir.

Debe la Sala considerar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, con miras a resolver los argumentos de la apelación, encaminados, en esencia, a que se reconozcan las prestaciones ejecutadas y se le reintegre lo pagado por concepto de IVA.

En lo atinente a las excepciones propuestas, la Sala mantendrá lo resuelto por el *a quo*, comoquiera que no hace parte del objeto de la alzada. Además, los argumentos esgrimidos tienen que ver con el análisis de fondo del asunto, por lo que no procede realizar un pronunciamiento previo.

Debe, en consecuencia la Sala estudiar los hechos probados y, de esta forma, resolver lo que corresponde.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. Mediante el acuerdo n.º 047 de 17 de septiembre de 1999, la Empresa Licorera de Nariño fijó nuevos precios de venta al comercializador exclusivo, que resulte escogido en la convocatoria abierta, así:

“Aguardiente Galeras y Anisado Nariño

Botella 750 cc: 7.100

Media botella 375 c.c.: 3.800

Media botella plástica 375 cc: 3.850

Garrafa 1.500 c.c.: 13.800” (fl. 126 cuaderno 1).

2. En razón de la crisis financiera por la que atravesaba la Empresa Licorera de Nariño, mediante acuerdo n.º 043 de 30 del mismo mes y año, se autorizó al gerente de la entidad para implementar nuevos mecanismos de comercialización y venta de los productos, aún por fuera del departamento, para lo cual bien podía determinar la conveniencia de la comercialización exclusiva de los productos en los lugares que se determinarían con posterioridad (fl. 124 cuaderno 1).

Y, por acuerdo n.º 052 de 20 de octubre siguiente, la Junta Directiva de la empresa aprobó los términos de solicitud de oferta para la contratación de la comercialización exclusiva de los productos y autorizó al gerente para *“proceder a la apertura de convocatoria pública y ordenar la publicación de los avisos para contratación directa, en diarios de amplia circulación nacional y regional”*.

3. En uso de las facultades conferidas, el gerente de la entidad, mediante resolución n.º 1489 de 21 de octubre de 1999, abrió convocatoria pública para la comercialización de los productos de la licorera, con vigencia a partir de esa fecha, en la cual podían participar *“(..) las personas jurídicas o naturales nacionales o consorcios o uniones temporales, que tengan domicilio en este país y que acepten el pliego de condiciones que se presentará a disposición de los interesados”*. LICONAR ordenó abrir la invitación por contratación directa, para la comercialización de Aguardiente Galeras y Anisado Nariño, dentro de los departamentos de Nariño, Caldas y Cundinamarca. Fijó el valor de los pliegos en la suma de \$4 000 000.00. Fijó el inicio de la convocatoria para el 21 de octubre de 1999 y estableció el siguiente cronograma:

“Publicaciones: 26, 27 y 28 de octubre/99

Venta de pliegos: 29 de octubre al 5 de noviembre/99

Cierre convocatoria: 10 noviembre/99

Evaluación: del 11 al 15 de noviembre/99

Observaciones: 16 y 17 noviembre/99

Adjudicación: 19 noviembre/99

Firma y legalización: del 19 al 23 noviembre/99” (fls. 130-131 cuaderno 1).

4. El 9 de noviembre de 1999, mediante la resolución n.º 2101, la Empresa Licorera de Nariño declaró desierta la convocatoria, por cuanto “no se presentó personal alguna a comprar los pliegos de condiciones”, dentro del término establecido (fl. 133 cuaderno 1).

5. El 12 del mismo mes y año, a través de la resolución n.º 2118, la Empresa Licorera de Nariño –LICONAR- realizó nueva invitación pública, a través del Diario del Sur, para contratar directamente la comercialización de sus productos, fijando el siguiente cronograma:

*“Suministro de término: desde el 16 noviembre/99
Fecha final para recibir propuestas: hasta el 23 noviembre/99 -16 horas-
Evaluación: 24 y 25 noviembre/99
Firma y legalización: 29, 30 noviembre/99 y 1º diciembre/99”* (fl. 134 vto. cuaderno 1).

El objeto de la invitación consistió en la “contratación directa a industriales y comerciantes o quienes estén interesados en comercializar, de manera exclusiva, los productos que en el momento produce la Factoría y los cuales son Aguardiente Galeras y Anisado Nariño, comercialización que se hará en el departamento de Nariño, Caldas y Cundinamarca”.

Los términos convocaban “a presentar propuestas a personas naturales o jurídicas que no estén inhabilitadas, ni tengan incompatibilidad para contratar con la EMPRESA LICORERA DE NARIÑO” y se fijaron los siguientes factores de calificación y los porcentajes asignados a cada uno de ellos así:

*“Experiencia 20%
Capacidad financiera 20%
Oferta comercial 30%
Capacidad logística y publicidad 30%”*

Nota. La adjudicación podrá ser parcial entendiéndose un comercializador para el departamento de Nariño, otro para el departamento de Caldas y otro para el departamento de Cundinamarca” –numeral 1.12-.

La experiencia mínima exigida para participar fue de tres años en la comercialización de licores y/o productos de venta masiva en el mercado así:

DE (EN AÑOS)	HASTA (EN AÑOS)	PUNTAJE
3	5	10

5	7	20
7	9	30
9	11	40
11	EN ADELANTE	50

(..)

Nota 2. Debe entenderse como productos de venta masiva en el mercado a aquellos productos de consumo masivo popular que entran dentro de la calificación de bienes duraderos y no duraderos y que tienen como característica especial en productos de cobertura amplia dentro del mercado. Además se evaluará los volúmenes de comercialización (compras o ventas) realizadas por el proponente a los respectivos productores y/o distribuidores de licores, de productos de consumo popular de venta masiva en el mercado durante el año de 1998 (..)."

En lo atinente a los precios, el pliego estableció –numeral 2.01-:

"El adjudicatario aceptará los precios fijados por la Empresa Licorera de Nariño. Se entiende que los precios fijados son en planta de producción (..).

Nota: el incremento del ipoconsumo sobre la base gravable que fija el DANE del precio del licor a partir de enero de 2000 la asumirá el comercializador a excepción del ipoconsumo sobre el 17% de bonificación que lo asumirá la Empresa.

2.02 Compras

a).- Compras anuales. El proponente deberá ofrecer las unidades de botella y/o su equivalente para el primer año de ejecución del contrato, como se establece a continuación.

Las ofertas de compras en botella y/o su equivalente para el primer año no pueden ser inferiores a las siguientes cantidades para el departamento de Nariño:

Departamento de Nariño 1.860 en botellas de 750 c.c.

MES	UNIDADES EN BOTELLAS O SU EQUIVALENTE
Diciembre 1999	330.000
Enero 2000	40.000
Febrero	60.000
Marzo	130.000
Abril	160.000
Mayo	180.000
Junio	180.000
Julio	130.000
Agosto	150.000
Septiembre	130.000
Octubre	120.000
Noviembre	250.000

Nota. Para Cundinamarca y Caldas la cuota anual la fijará el comercializador y su distribución mensual o semestral, el pago de impuestos será conforme a la ley. El precio será sin incluir el ipoconsumo que se cancelará en sus respectivos departamentos.

(..)
BONIFICACIÓN: Al comercializador la Empresa le reconocerá a manera de bonificación una cantidad de producto en presentación de 750 c.c. o su equivalente igual al 17% de las unidades compradas en cada facturación, previa la cancelación del IVA por parte del contratista correspondiente a las unidades a bonificar. El impuesto al consumo o a la participación porcentual y el costo de producción, así como cualquier otro elemento que forme parte del precio, excepto el IVA, de las unidades a entregar como bonificación al comercializador serán asumidas de manera directa por la Empresa.

El incremento anual en las compras en unidades para el comercializador será del 5%, establecido por la Empresa”.

En cuanto a la forma de pago se previó:

“(..) será de contado por anticipado mediante cheque girado por la Empresa una vez hecho efectivo se entregará el licor. Para el segundo mes y subsiguientes, el pago será de contado por anticipado de acuerdo a las cantidades solicitadas en la oferta o según se establece en el numeral 2.02, igualmente una vez hecho efectivo se entregará el licor” numeral 2.03-.

La duración del contrato se estableció en cinco (5) años, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato y la aprobación de las garantías – numeral 3.04-.

Así mismo, se dispuso que el proponente favorecido con la adjudicación no podría vender ni distribuir en el departamento de Nariño, directa o indirectamente, licores nacionales distintos a los previstos en la invitación. LICONAR exigió exclusividad en la venta de los productos en dicha circunscripción territorial, quedando exentos de tal exigencia los departamentos de Caldas y Cundinamarca –numeral 3.06- (fls. 86-116 cuaderno 1).

6. Se cursó invitación por escrito para que presentaran sus ofertas a Almacenes La Sorpresa, Colombia Chingal-Ana María Benavides, Julián Serna, Almacén La Esquina, Inversiones Salazar Ambra, Casa de Los Licores, Triángulo Supermercado, Jhon Restrepo y Cía. Ltda., Isidoro Medina, Almacén Amorel Ltda., Licores Turín, Comercializadora Distrilar, Distribuidora Comercial Abraham

Delgado, Depósito San Martín, Puyo y Cía. Ltda., Comfamiliar de Nariño y Distribuidora de Licores y se resolvieron las inquietudes formuladas por escrito por gaseosas La Cigarra, Julián González y Colombia Chingal (cuaderno 13).

7. El 30 de noviembre de 1999, mediante la resolución n.º 2207, la Empresa Licorera de Nariño adjudicó la comercialización exclusiva al único proponente que se presentó a la convocatoria, esto es el Consorcio Galeras⁷, de los productos Aguardiente Galeras y Anisado Nariño, para el departamento de Nariño, quien obtuvo un puntaje del 95%. Así mismo, el acto da cuenta de que por solicitud del comité evaluador, avalada por la Junta Directiva de la entidad, se presentaría una contraoferta al consorcio respecto de la comercialización para los departamentos de Caldas y Cundinamarca (fls. 158-159 cuaderno 1).

El acta de evaluación dio cuenta de que la propuesta presentada por el Consorcio Galeras estaba ajustada a las exigencias de la invitación (cuaderno 13).

El acto administrativo se notificó personalmente al representante del Consorcio Galeras el mismo día.

8. El 2 de diciembre siguiente, las partes suscribieron el contrato de comercialización n.º C-095, con el objeto de que el contratista asumiera en forma independiente y exclusiva *“la promoción y venta de los productos Aguardiente Galeras y Anisado Nariño, en el departamento de Nariño, en sus presentaciones de botella (750 c.c.), media (375 c.c.)”*, por un plazo de cinco (5) años y por valor de \$6 073 334 400.00, para el primer año de acuerdo con las compras mínimas estipuladas en la cláusula cuarta sin incluir IVA (cláusulas primera, segunda y tercera).

En los términos de la cláusula cuarta, el contratista se obligaba a comprar en el primer año de ejecución del contrato una cantidad mínima de un millón novecientos sesenta mil unidades de botellas de 750 c.c. o su equivalente de Aguardiente Galeras o Anisado Nariño, discriminado como aparece en el numeral 2.02 del pliego de condiciones. Para cada uno de los años subsiguientes, la Empresa Licorera de Nariño incrementaría las compras de

⁷ La propuesta del Consorcio Galeras obra en los cuadernos 10, 11 y 12.

unidades en un 5%, teniendo como base la compra realizada en el año inmediatamente anterior.

En el párrafo segundo de esta cláusula, las partes acordaron el pago a favor del contratista de una bonificación equivalente al 17% de las unidades compradas en cada facturación, previa la cancelación del IVA, beneficio que fue ofrecido en el pliego de condiciones.

El precio de venta para el contratista como distribuidor exclusivo se fijó en \$7.100 la botella de 750 c.c, el cual se incrementaría para los años siguientes, de acuerdo con el porcentaje de incremento promedio nacional fijado por el DANE. Dicho precio sería pagado por el contratista por anticipado, mediante cheques girados a la empresa. Una vez éstos se hicieran efectivos, se entregaba el licor. Para las demás presentaciones se convino en el precio fijado en el acuerdo n.º 047 de 17 de septiembre de 1999 –cláusula quinta-.

La cláusula novena da cuenta, en síntesis, de las siguientes obligaciones a cargo del contratista: i) comercializar en el departamento de Nariño los productos de la Empresa Licorera de Nariño; ii) establecer una organización suficiente y óptima que permita mantener abastecido el mercado; iii) instalar oficinas y bodegas; iv) informar a LICONAR y denunciar hechos fraudulentos o cualquier anomalía; v) llevar debidamente autenticados y registrados los libros de contabilidad; vi) proporcionar a la empresa informes completos y por escrito; vii) efectuar los pedidos por escrito con una antelación de cinco días; viii) invertir el 0.5% del valor anual del contrato en la lucha contra el contrabando y adulteración y ix) realizar los controles de calidad del producto como mínimo una vez al mes, por intermedio de un ingeniero (fls. 162-168 cuaderno 1).

9. El 22 de febrero de 2000, mediante resolución n.º 0200, la Empresa Licorera de Nariño autorizó la conversión de envase plástico a presentación de vidrio. Ello, teniendo en cuenta que *“(.) en los periodos del mes de diciembre/99 LICONAR no pudo cumplir con la totalidad de los pedidos de Aguardiente Galeras en envase plástico debiendo a la presente fecha entregar al consorcio 10.824 unidades en las mismas características”*. Además, en el acto se puso de presente que el

contratista asumiría “(..) el valor de \$50 del valor de costos del envase PET, en orden a que le sean envasadas las cantidades adeudadas en presentación de vidrio al mismo precio” (fl. 237 cuaderno 5).

Sobre el comportamiento contractual de las partes, en la actuación reposan sendas comunicaciones suscritas por el representante del Consorcio Galeras y dirigidas a la Empresa Licorera de Nariño. El contratista solicitaba el cambio de envases, porque el elegido no tenía salida en el mercado; devolvió productos por contener agua y cuerpos extraños y las botellas por carecer de etiquetas; requirió colocar el sello de seguridad; solicitó reposición de licores e implementación de controles adecuados; pidió el reconocimiento de intereses moratorios por la demora en la entrega de los productos que fueron objeto de pedidos cancelados por anticipado; solicitó agilizar la entrega de varias unidades de aguardiente en botellas de vidrio, en reemplazo de las medias plásticas e informar la disponibilidad de existencias en bodegas, poniendo de presente la necesidad de comprar; elevó sendas peticiones insistiendo en la entrega de productos; relacionó lo que estaba pendiente y evidenció que la demora en la entrega obstaculizaba el normal desarrollo de las ventas, causando perjuicios al consorcio; solicitó no retener de manera ilegal el pago de la bonificación y, en término generales, requirió a la entidad el cumplimiento de las obligaciones contractuales (fls. 187-200 cuaderno 1).

El contratista, además, informó a la contratante de un embargo por mil millones de pesos por parte de la DIAN, por concepto de “*las obligaciones tributarias de IVA/97-04, 05, 06, IVA/98-02, 03 y 04*”. Al tiempo que en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la entidad la devolución del IVA pagado por anticipado, por concepto de bonificación (fls. 211 y 222-224 cuaderno 5).

La Empresa Licorera de Nariño, por su parte, allegó a la actuación sendas comunicaciones enviadas al Consorcio Galeras, en las que i) reclamaba la realización de pedidos, según lo acordado en el contrato, so pena de aplicar sanciones o proceder a la terminación unilateral; ii) advertía sobre la necesidad de adquirir materia prima, previo pago de los anticipos, con el objeto de cumplir con las entregas; iii) ponía de presente el rechazo de cheques recibidos por los

proveedores, por no contar con los fondos suficientes, afectando los pedidos y iv) exigía el pago oportuno y la toma de correctivos.

También La Industria Licorera se negó a continuar con el pago de la bonificación del 17%, comoquiera que, por razón de dicho concepto, la gerente Dora Lucía Chamorro estaba siendo investigada por la Fiscalía General de la Nación, por el delito de peculado a favor de terceros, por lo que *“mal podría la Junta Directiva seguir repitiendo la conducta que originó la medida de aseguramiento”* (fls. 2-4, 19-24, 61-62 cuaderno 8).

La entidad contratante también puso de presente al contratista el atraso en el cumplimiento de las cuotas pactadas y el consecuente detrimento patrimonial, en la medida en que no contaba con los recursos necesarios para su normal funcionamiento, pues, según su versión, *“los únicos ingresos que tiene la empresa son los que se genera con la ejecución del contrato”* (fl. 18 cuaderno 8).

El gerente de la Empresa Licorera de Nariño informó al Consorcio Galeras que a partir del mes de junio del año 2000 procedería a despachar las cantidades de licor pendientes de entrega. Señaló que *“(..) el motivo de la demora de estas entregas se debió al retraso en el suministro de algunos insumos involucrados en la producción; además, por trámites legales que cursan en la fiscalía con respecto al contrato y de acuerdo a lo analizado por la Junta Directiva, las unidades de botella correspondientes a la bonificación quedarán pendientes de entrega hasta tanto se aclare la situación de revisión del contrato”* (fl. 243 cuaderno 5).

10. La Fiscalía 16 Seccional de Pasto, Sub-Unidad Especializada de Administración Pública, con fundamento en el informe presentado por el grupo administración del cuerpo técnico de investigación judicial, abrió investigación penal contra la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro, gerente de la Licorera de Nariño.

Según ese informe, a pesar de que la gerente atendió lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, *“(..) en la etapa precontractual y concretamente en los estudios de factibilidad se observan graves errores, puesto que*

para la concesión de descuentos sobre el precio de ventas y las unidades a vender no se consideró que los ingresos por ventas a obtener no son proporcionales con la proyección de gastos para la presente vigencia fiscal. Teniendo en cuenta la magnitud de la desproporción establecida, es cuestionable la imparcialidad con que fueron elaborados y aprobados los estudios de conveniencia para la celebración del contrato de comercialización y la ejecución del contrato en sí bajo condiciones desfavorables para la entidad estatal” (fls. 18-29 cuaderno 7, cita en sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 2010-1059).

11. El 24 de mayo de 2000, la Fiscalía Dieciséis Seccional resolvió la situación jurídica de los señores Dora Lucía Chamorro Unigarro y Hernando Suárez Burgos, gerente de la Empresa Licorera de Nariño, conocido empresario de la región y ex senador nariñense. Dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, en contra de la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro, como presunta responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por considerar que la decisión de la exfuncionaria de beneficiar al contratista, además de la rebaja en el precio del producto con una bonificación del 17%, significaba no sólo dejar de percibir el valor de los bienes, sino, además, asumir en su totalidad los costos de producción de los mismos, así como del impuesto al consumo o participación departamental. Configurando un fraude económico a la entidad y un beneficio ilegal para el contratista, pues este obtendría el valor del impuesto del consumidor, sumándolo al valor final del producto, a pesar de no haber realizado el pago del tributo.

El ente acusador encontró acreditado el peculado imputable a la señora Chamorro, comoquiera que realizó en favor de terceros donaciones o entrega de las rentas del Estado, lo que constituye una manifestación de apropiación funcional y no solo material, utilizando como mecanismo una cláusula contractual como la bonificación estipulada a favor del contratista. Puso de presente que *“(.) de la reconocida militancia política y profesional de la doctora Dora Lucía y de su nombramiento como gerente de la Empresa de Licores de Nariño, varios testigos deducen que por sus antecedentes y por los nexos de amistad con Hernando Suárez Burgos, aquella tenía un interés marcado en favorecer a las empresas de los familiares de su mentor en el pasado”*. Estableció que la Junta Directiva de la

empresa *“propició la contratación de la comercialización del aguardiente que no el de concesión”*.

En este orden, concluyó que resultaba *“claro el interés ilícito o la desviación de poder”*. Se destaca:

“(..) en su ampliación de indagatoria la doctora Dora Lucía Chamorro reconoce expresamente que llamó a su amigo Hernando Suárez Burgos para pedirle ayuda, préstamos en dinero para solventar las necesidades de la empresa, luego opiniones sobre la comercialización, hasta el punto que llevó los pliegos de condiciones para mostrarle las supuestas bondades del mismo. En otros términos, ante el fracaso de los proponentes en la licitación, derivada de la imposibilidad de obtenerlos por la huelga que había iniciado el sindicato de trabajadores, Dora Lucía asumió que la única forma de salir avante con su gestión era contratando con las expresas de su ex jefe político y con las compañías de propiedad de su familia, que antes ella misma había asesorado”.

El ente acusador evidenció que la motivación de la resolución n.º 2101 de 1999, por medio de la cual se declaró desierta la convocatoria, en el sentido de establecer que la decisión se fundaba en la ausencia de compradores de los pliegos, no consultaba la verdad, pues lo cierto tenía que ver con que los trabajadores de la empresa fueron quienes impidieron la venta de los pliegos. Sobre el particular, consideró que *“(..) al pasar por alto esta situación se evadía la licitación pública como presupuesto de la contratación que se había iniciado y sin premura alguna abrió espacio a otros procesos más cerrados y con severas limitaciones temporales para la presentación de propuestas”*.

En cuanto a la cláusula que consagra la bonificación del 17%, a favor del Consorcio Galeras, la Fiscalía señaló:

“La cláusula de bonificación –sin que esto constituya un doble juicio sobre el tema-, sobre la que se sabe ni siquiera en el llamado Comité Técnico hubo consenso, refleja un claro propósito de buscar la mayor de las conveniencias para las empresas de las cuales fue asesora, hasta el punto que tomó la decisión de incrementar su porcentaje en un momento en el cual esa clase de recursos resultaban cruciales para la empresa cuya dirección se le confió. Así pues, ese interés traduce la finalidad axiológica de permitir la apropiación de recursos del Estado a favor de un tercero, como manifestación de una conducta que expresa el síntoma del interés que esa operación demuestra”.

Por lo anterior, profirió en su contra medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva.

En lo atinente al señor Suárez Burgos, la Fiscalía estableció que conoció de algunos pormenores de la negociación y tenía “(..) *un particular interés en el contrato, pues al fin y al cabo los beneficiados serían sus propios familiares como propietarios del Consorcio Galeras*”; empero, precisó que la legislación penal no sancionaba al particular sino al funcionario. Por tanto, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento (fls. 591 cuaderno 4 a 606 cuaderno 2).

12. El 14 de agosto de 2000, la Empresa Licorera de Nariño solicitó al Consorcio Galeras que “(..) *hasta tanto no se define claramente lo relacionado con la bonificación por parte de los organismos competentes, **que los dineros por concepto de IVA de la bonificación no se consignen a esta empresa, ni se relacione en facturas de compra del producto***” (negritas fuera de texto, fl. 60 cuaderno 8).

13. El 28 del mismo mes y año, el señor Jesús Orlando Mejía Yépez presentó acción popular contra el departamento de Nariño, la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, con el objeto de obtener la protección de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa. Para tales efectos, solicitó:

a.- Que se busque la terminación del contrato de comercialización exclusiva del Aguardiente Galeras y el Anisado Nariño, entregado al Consorcio Galeras.

b.- Que el Consorcio Galeras reintegre a la Empresa Licorera de Nariño el valor total de las unidades de licor que ilegalmente se le han entregado a título de donación (bonificación), en desarrollo del contrato de comercialización exclusiva.

c.- Que se ordene la reestructuración de la Empresa Licorera de Nariño para convertirla en una verdadera empresa competitiva utilizando únicamente el personal requerido para su funcionamiento y con salarios razonables dentro de los márgenes legales.

d.- Que la Empresa Licorera de Nariño recupere la comercialización de sus productos o la contrate en condiciones que no atenten contra el patrimonio de la empresa y que signifiquen su expansión, apertura de mercado y verdadera competencia en el ámbito nacional.

e.- Que se evite en lo posible la entrada de licores foráneos al departamento de Nariño, considerando que éste es el único mercado efectivo que tienen los productos de la licorera.

f.- Que se conceda a mi favor el incentivo de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998”.

Las pretensiones estuvieron fundadas en que en el contrato las partes pactaron una bonificación del 17% a favor del contratista que representó pérdidas millonarias para la entidad contratante, al tiempo que del contenido obligacional se vislumbra el favorecimiento al Consorcio Galeras a costa de la Empresa Licorera de Nariño. Negociación que impuso al contratista una obligación de compra mínima de licores, teniendo como contraprestación cuantiosas utilidades sin ningún esfuerzo (fls. 836-900 cuaderno 3).

14. El 11 de septiembre de 2000, la Fiscalía Dieciséis Seccional profirió resolución de acusación en contra de la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro, como presunta responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros y ordenó a la gerencia de la empresa licorera *“tomar las medidas necesarias tendientes a que cesen los efectos derivados de la cesión de tributos contemplados en la cláusula de bonificación del contrato”*, como una medida preventiva tendiente a suspender los efectos derivados de la presumible comisión de un delito, en los términos de los artículos 250 de la Constitución y 14 del Código de Procedimiento Penal.

Se consideró en esa providencia que la cláusula sobre bonificación estipulada en el contrato, suponía la cesión de tributos a un particular y por tanto, una apropiación indebida de los bienes del Estado:

“Desde el punto de vista de la Fiscalía no puede aceptar que la bonificación sea considerada como un simple efecto de la costumbre mercantil y de la invasión propia de conceptos del derecho privado y del derecho comercial en concreto en la esfera de la administración, pues ello sería tanto como admitir que la autonomía de la voluntad se impone sobre los mismos cimientos del Estado, desquiciando sus fines y sus objetivos y con mayor razón cuando de por medio está la cesión de tributos hacia un particular. Nótese al respecto que el simple cambio de términos, de impuesto al consumo o participación porcentual departamental, no excluye la naturaleza tributaria que está inmersa en la cláusula de bonificación y sobre todo si se trata de rentas destinadas a cubrir un amplio y vasto sector de la salud y educación.

(..)

El disponer de esos bienes, aún dentro de cláusulas contractuales, se constituye en suficiente argumento para predicar no solo que allí se condensa el objeto material de una conducta punible sino que ello traduce una conducta de peculado por apropiación, a favor de terceros...

(..)

(..) no se pueden aceptar los argumentos de la defensa encaminados a señalar que la doctora DORA LUCIA cumplió con la ley y con todas y cada una de las disposiciones tributarias, pues según se dice ella no cedió a título gratuito esos bienes sino que asumió el pago de los mismos, generados con el solo hecho de la facturación, pues tal y como se dijo en su oportunidad, aceptar esas razones es tanto como patrocinar una doble tributación: la que queda en manos del contratista y otra que asume la empresa. Y es que tanto se perfilan los efectos funestos de esa decisión que incluso la empresa pretendió cancelar esas erogaciones, indebidamente asumidas, con recursos de crédito, los cuales COOMDESARROLLO no desembolsó ante los problemas contractuales surgidos” (fls. 638-666 cuaderno 2).

15. El 25 de octubre de 2000, los gerentes del Consorcio Galeras y de la Empresa Licorera de Nariño suscribieron un acta de concertación, “con el propósito de acordar las conclusiones del análisis y estudio del contrato de distribución y comercialización”, i) modificaron la cláusula cuarta del contrato, relativa a los pagos y reconocimiento de la bonificación del 17%, cambiando el concepto por descuento del 11%; ii) eliminaron de la redacción lo referente a la bonificación del 17% y iii) redujeron la inversión publicitaria al 4,5% y del control del contrabando al 0.2%. Acordaron:

“(..) cambiar el concepto de bonificación del 17%, al concepto de descuento al 11.00% (sic) al valor de \$7.195 que se tiene pactado es decir el precio neto por botella sería de \$6.403; eliminar de esta cláusula la literatura total relacionada con el 17% de la bonificación. En \$6.403 está incluido el costo de licorera, ipoconsumo y el IVA. (...)

Es importante aclarar que el descuento que se otorga por parte de la Empresa Licorera de Nariño al Consorcio Galeras para la comercialización de sus productos está basado en los gastos que el contratista tiene que realizar para el perfeccionamiento del contrato que son: estampillas prodesarrollo, pólizas de seriedad y cumplimiento, garantías, convenios, gastos contractuales, inversión publicitaria convenida entre las partes, control al contrabando, e impuestos inherentes al contrato, inversión en infraestructura comercial, promociones degustaciones, comisiones, viáticos, sueldos, servicios, arrendamientos y todos los demás gastos de una empresa debidamente organizada.

Este descuento también se justifica en el efecto que se realiza de contado y por anticipado, como lo reza la cláusula quinta, aspecto que le da liquidez a la

Empresa Licorera para que pueda operar. Por su parte la licorera no asumirá riesgos ni costos de todas las actividades relacionadas con la comercialización” (fls. 347-349 cuaderno 5).

16. El Ministerio Público, junto con el Defensor del Pueblo solicitaron al Tribunal Administrativo de Nariño las medidas cautelares conducentes, respecto al contrato de comercialización, dada la afectación del interés público, en cuanto se trataba de proteger los fondos para el funcionamiento de la administración departamental.

Mediante auto de 29 de noviembre siguiente, el Tribunal Administrativo de Nariño⁸ ordenó una medida cautelar consistente en la inmediata cesación del contrato de comercialización, atendiendo a las peticiones formuladas en tal sentido por el Defensor del Pueblo Regional Nariño y el Procurador Delegado, por considerar que dicho contrato “(..) *afecta intereses de orden público, como que aquella suministra en mayor proporción los fondos para el funcionamiento de la administración departamental y con el referido contrato se entrega prácticamente tan importante factoría al consorcio contratista, sin ninguna contraprestación válida y sin que la Empresa haya ejercido su derecho liberador ante el órgano administrativo competente*” (fls. 836-900 cuaderno 3).

17. El 14 de diciembre siguiente, la Empresa Licorera de Nariño informó al Consorcio Galeras que no era posible entregar los productos, en razón de la medida cautelar proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. Y, en relación con la petición de que se le reconociera la suma de \$345 254 869, la entidad precisó que la misma sería considerada “(..) *siempre y cuando se legalice el pago de la sanción a la DIAN por un valor de \$158.000.000, documento soporte que hasta la fecha no reposa en la empresa*” (fl. 252 cuaderno 5).

18. El 12 de abril de 2002, el Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones elevadas en la acción popular. Dispuso:

⁸ Mediante proveído de 9 de julio de 2002, la Sala Plena de la Corporación declaró fundado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Nariño respecto de la acción contractual adelantada por el Consorcio Galeras, por haber conocido, tramitado y fallado la acción popular instaurada por el señor Jesús Orlando Mejía Yépez. Por lo que su conocimiento le correspondió al Tribunal Administrativo del Cauca (fls. 924-927 cuaderno 3).

“Primero.- Ordenar que cesen definitivamente los efectos del contrato C-095-99, celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, el 2 de diciembre de 1999.

Segundo.- Ordenar en forma genérica al Consorcio Galeras a reintegrar a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos, las sumas de dinero que la Empresa Licorera de Nariño pagó por concepto de la bonificación pactada en la cláusula cuarta, parágrafo segundo del contrato C-095-99, celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, el 2 de diciembre de 1999. La liquidación de la condena se hará teniendo en cuenta estas bases:

Número de unidades de licor = unidades efectivamente compradas entregadas como bonificación por el Consorcio Galeras X 17%.

Total bonificación = (precio unitario de venta X número de unidades entregadas como bonificación) + impuesto al consumo cancelado por unidades entregadas como bonificación.

Esta suma será actualizada según las formuladas (sic) utilizadas por el Consejo de Estado.

Tercero.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cuarto.- Condénase al incentivo a favor del señor Jesús Orlando Mejía Yépez, quien ejerció la acción popular, el cual será igual al 15% del valor que se pague al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos, por parte del Consorcio Galeras y que será descontado y pagado por el Fondo de Defensa”.

Consideró el *a quo* que en el caso concreto se vulneró la moralidad administrativa, porque la administración pública realiza sus funciones a través de varios instrumentos, entre estos, los contratos estatales que *“(.) en su celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación deben acatarse los principios de transparencia, economía y responsabilidad que consagra la ley 80 de 1993 y los principios que inspiran y permean la función pública, cuales son, estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...Luego, un contrato estatal en el que prevalezca el interés particular no sólo se aleja de los principios que integran la moralidad administrativa sino que los contradice y vulnera. Es exactamente lo que ocurrió con el contrato de comercialización de licores ya mencionado. En vez de buscar la protección del interés general, se estipularon unos privilegios para el consorcio Galeras y por este medio, fueron desviados los objetivos del Estado, perjudicando concretamente los servicios de salud y educación”.*

Además, consideró que con el contrato se vulneró el patrimonio público porque *“(.) los productos de las operaciones que realizaba Liconar forman parte del patrimonio*

público y estaban destinados a la prestación de los servicios públicos de educación y salud en el departamento de Nariño...En el contrato de comercialización de licores en cambio, si bien se incluyeron las cláusulas exorbitantes en provecho de Liconar por imperativo legal, el consorcio Galeras obtuvo unos privilegios no usuales en la contratación estatal. El reconocimiento de la bonificación y el pago del impuesto al consumo contradicen el equilibrio contractual y el resultado fue el perjuicio al patrimonio de la empresa, elemento integrante...del patrimonio público. Luego, a través del contrato se produjo una disminución del patrimonio público el cual está destinado a la prestación de los servicios públicos, en beneficio de la comunidad”.

El Consorcio Galeras impugnó la decisión.

El 31 de octubre de 2002⁹, esta Corporación resolvió el recurso de apelación. Señaló que los cargos relativos a la insolvencia y a la falta de experiencia de las firmas integrantes del consorcio no estaban demostrados, pues la documentación obrante en el proceso probaba lo contrario.

En cuanto a la vulneración del patrimonio público, la Sala encontró acreditado que el contrato de comercialización constituía una amenaza al derecho colectivo –se transcriben algunos apartes-:

“(..) antes de que la empresa licorera entregara al consorcio Galeras la comercialización de sus productos tenía como precio de venta al detallista para la botella de 750 c.c. \$7.470, en compras superiores a 7.000 cajas (583.333 botellas), según se desprende del acuerdo No. 029 de 1999 de la junta directiva (fl. 278). Como este precio era el que más se acercaba a las compras mínimas que por volumen realizaría el distribuidor de acuerdo con las condiciones de la invitación (1.860.000 botellas), se tomó como base para la definición del precio al distribuidor exclusivo, el cual se fijó en \$7.100. Sobre la rebaja de \$370 que se produjo en el precio del distribuidor, no existe en el expediente justificación distinta a la allí consignada: “este precio obedece a un análisis de los gastos y costos que soporta la Empresa” (fl. 105 anexo 5).

La bonificación, en cambio, se justificó en el desmonte del departamento de ventas y mercadeo, “con todas las situaciones anexas”: publicidad, degustaciones, promociones, gastos de personal, viáticos, etc.

Significa lo anterior que tanto la rebaja del precio como la bonificación, representaban la manera de establecer la utilidad y los incentivos que la empresa licorera otorgaría al contratista; ésta última implicaba la cesión a su

⁹ M.P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 2000-1059.

favor del costo de los insumos utilizados, dejar de recibir la utilidad por la venta del licor y hacerse cargo del impuesto al consumo.

Un simple cálculo matemático de lo que representaba la rebaja en el precio del licor y la cláusula de bonificación para las finanzas de la empresa licorera, en el primer año de ejecución del contrato, es el siguiente:

De acuerdo con la cláusula cuarta del contrato de comercialización, el distribuidor exclusivo se comprometió a adquirir en el primero año de ejecución, que inició el 2 de diciembre de 1999, un millón novecientas sesenta mil (1.960.000) botellas de 750 c.c., en pedidos mensuales que se discriminaron en la referida cláusula.

Si el precio que pagaba el distribuidor (\$7.100) ya tenía una rebaja de \$370, con respecto al precio que tenía la empresa licorera antes de la celebración del contrato de comercialización (\$7.470), ya de entrada la empresa dejaba de percibir en el primer año de ejecución del contrato la suma de \$725.200.000, que resultan de multiplicar lo que representaba la rebaja (\$370) por el número de botellas que debía retirar de la fábrica el distribuidor (1.960.000).

Esa rebaja en el precio tendría incidencia en lo sucesivo, toda vez que el precio inicialmente fijado en el contrato para la botella de 750 c.c.(\$7.100), se incrementaría en los años subsiguientes de duración del contrato, en el porcentaje de incremento promedio nacional fijado por el Dane, según la cláusula quinta del contrato.

La bonificación a que tenía derecho el contratista en la forma convenida en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato era del 17% de las unidades compradas en cada facturación, que para el primer año ascendía a 333.200 unidades (1.960.000 unidades x 17%).

El acuerdo 047 del 17 de septiembre de 1999 de la junta directiva de la empresa licorera que rigió hasta el 31 de diciembre de ese año (fl. 165 anexo 2), estableció que de los \$7.100 del precio de la botella de 750 c.c., la participación por el ipoconsumo era de \$2.858,38 y para la licorera \$3.048,30; lo cual significa que por el mes de diciembre de 1999, en el cual el contratista debía facturar como mínimo 430.000 botellas según el contrato, para una bonificación de 73.000 botellas (430.000 x 17%), la empresa dejó de percibir \$431.778.308, de los cuales \$222.830.730 correspondían al precio base fijado por la licorera (\$3.048,30 x 73.100) y \$208.947.578 por la participación departamental (\$2.858,38 x 73.100).

La directora del departamento de contabilidad de la Empresa Licorera de Nariño, certificó que la empresa pagó por concepto de impuesto al consumo por bonificación la suma de \$252.250.270 en el mes de diciembre de 1999 y quedó pendiente de pago por ese mismo concepto la suma de \$177.969.119 (fl. 1 cuaderno 6).

Advierte la sala que si estos valores no coinciden con el cálculo que se efectuó con base en los pedidos mínimos que se estipularon en el contrato, ello se debió a que el contratista realizó compras por un monto diferente al que se comprometió según lo pactado en la cláusula cuarta del contrato, tal como lo constató la directora de contabilidad de la empresa licorera en la certificación a la que se hace alusión.

Para los meses siguientes el precio continuó siendo de \$7.100 la botella de 750 c.c., pero las participaciones cambiaron por el acuerdo de la junta directiva 057 del 28 de diciembre de 1999, así: Departamento de Nariño (impuesto de consumo) \$2.938,36; IVA: \$1.175,43; licorera: \$2.936,30 y Fonsejud. \$50 (fl. 16 anexo 1).

La empresa cedía por consiguiente, entre los meses de enero a noviembre de 2000¹⁰, la suma de \$1.527'999.066, de los cuales \$763.731.630. correspondían a los costos de la licorera (260.100 unidades x \$2.936,30) y \$764.267.436 al valor del impuesto (260.100 x 2.938,36).

En resumen, la empresa dejaba de percibir por el primer año de ejecución del contrato la suma de \$1.959.777.374 millones (sumado al valor anterior la suma correspondiente al mes de diciembre de 1999), de los cuales \$986.562.360, correspondían al precio de producción de la licorera y \$973.215.014 por el impuesto al consumo, que debía de todos modos pagar al departamento de Nariño.

En los cuatro años subsiguientes, teniendo en cuenta que la vigencia del contrato de comercialización se pactó en 5 años y que las compras mínimas se incrementaban en un 5%, el valor de la bonificación superaría los diez mil millones de pesos, haciendo un cálculo a precios y facturación del año 2000, en el cual la bonificación sería de 349.860 unidades y el precio del licor el establecido en el acuerdo 057 del 28 de diciembre de 1999 de la junta directiva de la empresa (349.860 unidades x 4 años = 1.399.440 x \$2.938,36 y x \$2.936,30).

Como quiera que esta situación no se alcanzó a presentar debido que la bonificación se suspendió en el mes de mayo de 2000 y al hecho de que las partes modificaron el contrato en el acta de concertación que suscribieron el 25 de octubre del mismo año, en valores reales, de acuerdo con la certificación expedida por la directora de contabilidad de la empresa licorera (fl. 1 anexo 6), para el mes de mayo de 2000 la empresa había vendido al distribuidor 911.396 unidades, de las cuales 519.116 correspondían al mes de diciembre de 1999 y 392.280 de enero a mayo de 2000, lo cual significa que por concepto de bonificación dejó de percibir \$913.022.053, que resultan de deducir al valor de las ventas el 17% para obtener la bonificación y de multiplicar esta suma por el valor fijado por la junta directiva como precio base del licor, adicionado al porcentaje de participación al Departamento de Nariño que se obligó a asumir la empresa.

4. Por las razones anteriores, la sala considera que el contrato de comercialización cuestionado constituye una amenaza para el patrimonio público y que a través de esta acción deben tomarse las medidas adecuadas para protegerlo”.

Seguidamente, el Tribunal concluyó:

¹⁰ [Descontando la facturación del mes de diciembre de 1999 (430.000 botellas), la facturación por los meses restantes del primer año de ejecución del contrato correspondía a 1.530.000 botellas, sobre las cuales el porcentaje de la bonificación equivalía 260.100 unidades].

“El estado de resultados de Liconar a 31 de diciembre de 1999, presentaba “una pérdida bastante significativa por 4.457.2 millones, con un margen de ventas de 1.895.121 botellas”, lo que indicaba que de no lograrse en el año 2000 unas ventas superiores a las de 1999 los resultados financieros implicarían unas pérdidas económicas de gran magnitud.

Con relación a la capacidad instalada que tenía la empresa de 600.000 botellas de 750 cm³/mes, la compra por el contratista de 1.960.000 botellas entre diciembre de 1999 y noviembre de 2000 y las ventas proyectadas en lo sucesivo del contrato, representaban “un bajo margen de utilización de la capacidad instalada durante los 4 años de la vigencia del contrato”, por lo cual podía concluirse que con ese bajo margen de utilización de la capacidad instalada “la tendencia de las ventas contempladas en el contrato y el sostenimiento de la misma estructura de gastos, la crisis de la factoría se agudizaría cada día más”. Dijo el funcionario en esa oportunidad que si la empresa quería seguir con la misma estructura de costos y gastos, debía operar su capacidad instalada por encima del 88%, “pero como las cuotas incluidas en el contrato la obligaban a trabajar con un 28% de la capacidad instalada “su deterioro patrimonial y financiero sería inmediato y por ende su liquidación forzosa”.

De otra parte, señala que como el consorcio no venía haciendo los pedidos de conformidad con las cantidades pactadas en el primer año del contrato, “pues de una cantidad pactada de 1.180.000 botellas en el periodo dic/99- junio/00, únicamente solicitó 995.396, presentando una diferencia de 184.604 botellas, solicitando mensualmente cantidades inferiores a las pactadas en el contrato...este hecho impide la planificación de la producción de la factoría pues depende de los pedidos del consorcio y su anticipo”; además, en el contrato se pactó que “las compras en licor realizadas por el comercializador superiores a la cuota mínima se imputarán par el mes siguiente, lo que significa que el consorcio no va a comprar ni una botella más de lo pactado en el contrato”.

En relación con la bonificación reconocida a favor del contratista, así como el traslado del ipoconsumo de esa bonificación a la licorera, conceptuó que ésta “disminuye considerablemente el margen de utilidad ya que considerando que el precio de venta por botella se mantenga en \$7.100, precio de 1999, el costo de bonificación por las 333.200 botellas que representan el 17% de las cantidades pactadas para el primer año (1.960.000 botellas), significa una disminución para Liconar de \$589.4 millones por costo de producción y \$978.9 millones por ipoconsumo, lo cual sumado equivale a \$1.568.3 millones”.

(..)

El demandante cuestiona la bonificación pactada y el bajo precio fijado en el contrato. Sin embargo, no son éstos los únicos factores que cabe considerar, ya que de acuerdo con el informe de planeación departamental a que se aludió antes, fueron las condiciones que fijó la administración para celebrar el contrato: la cantidad mínima que debía adquirir el contratista y la capacidad instalada de la fábrica que dejaba de utilizarse, sumado a las condiciones económicas: precio y bonificación, las que causarán un detrimento patrimonial a la empresa de permitirse que continúe su ejecución.

Si al momento de celebrar el contrato la empresa desconoció las finalidades que buscaba, cuales eran sanear sus finanzas y recuperarse económicamente, ya que las condiciones del contrato no conducían a resultados adecuados frente a la crisis económica que aquella enfrentaba y sí, adicionalmente, el incentivo

acordado a favor del contratista tampoco resultaba razonable, es evidente que un contrato celebrado en esas condiciones es una amenaza para el patrimonio público que es de todos y debe, por consiguiente, el juez de la acción popular impedir que siga produciendo sus efectos.

Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso”.

Con fundamento en lo anterior, el *a quo* i) modificó la sentencia para, en su lugar suspender la ejecución del contrato de comercialización n.º C-095-99 suscrito entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, el 2 de diciembre de 1999, hasta tanto se defina por la jurisdicción contencioso administrativa la demanda de nulidad absoluta del contrato que en ejercicio de la acción contractual presentó la primera; ii) negó las demás súplicas de la demanda y iii) concedió al actor popular un incentivo equivalente a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagado por la Empresa Licorera de Nariño (fls. 836-900 cuaderno 3).

19. En la actuación reposa el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora, con el objeto de que se determinen los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento; las prestaciones ejecutadas en el marco del contrato a favor de la Empresa Licorera de Nariño; los beneficios que la entidad obtuvo durante la ejecución contractual y la utilidad que recibió el contratista durante el periodo comprendido entre los años 1999 a 2000.

Para resolver el objeto de la pericia, los peritos dieron cuenta de que no era posible determinar la existencia y cuantía de los gastos generados con ocasión del estudio de factibilidad y elaboración de la propuesta, *“por cuanto en el expediente no se aporta ninguna prueba que permita calcularlo”*, por tanto pusieron de presente la necesidad de practicar *“una revisión de la contabilidad del consorcio a fin de establecer los gastos en que incurrió el demandante”*; igual consideración respecto de los gastos reclamados por concepto de montaje y puesta en marcha del Consorcio Galeras, contratación de locales y bodegas, publicidad,

funcionamiento, pagos anticipados y dineros retenidos, pagos de IVA, bonificación del 17%.

En cuanto a los gastos efectuados por concepto de legalización del contrato, si bien se causaron, *“(..) no se incorpora como perjuicio, habida cuenta de que el contrato se ejecutó en forma efectiva durante el primer año estipulado, pese a los inconvenientes y según normas de contratación estos gastos no son objeto de reembolso”*.

Por último, los expertos dictaminaron que *“(..) no es posible determinar lo referente a las prestaciones ejecutadas por el Consorcio a favor de LICONAR y los beneficios que esta obtuvo con base en la ejecución del contrato, ni tampoco las utilidades que percibió el Consorcio en el periodo 1999 a 2000, por cuanto esta información debe ser suministrada a partir de la contabilidad que llevaba el Consorcio Galeras en el mencionado periodo con respaldo de los soportes contables”* (fls. 700-706 cuaderno 2).

20. En el plenario también obra las declaraciones de los señores Nairo Ermes Riaño Carreño, Amanda Lucía Díaz Portilla, Miguel Ángel Bedoya Enríquez, Jairo González, Alba Oliva Bravo Ortiz y Álvaro Germán Martínez, quienes depusieron en forma genérica sobre la forma cómo se adelantó el proceso de selección y la ejecución de las obligaciones contractuales a cargo de las partes (fls. 708-737 cuaderno 2).

2.2 Análisis del caso

Tal y como fue considerado por el *a quo*, el análisis de la controversia debe partir de la validez del contrato, por lo que las pretensiones de incumplimiento están condicionadas a la realización de dicho estudio; para lo cual la Sala procederá a resolver los argumentos de la alzada, relativos a la inconformidad frente a los fundamentos que tuvo en cuenta el *a quo* para declarar la nulidad absoluta del contrato de comercialización n.º C-095-99 y el acta de concertación de 25 de octubre de 1999 y la negativa a reconocer los perjuicios causados.

2.2.1 Nulidad del contrato. Obligación de adelantar licitación pública

Un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. Las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas por el Legislador.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales consagradas en el derecho civil, señala de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato:

“Artículo 44. 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 incursas 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”.

En relación con la causal 3ª la jurisprudencia ha establecido de manera reiterada que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, incurren en **abuso o desviación de poder** al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual, configura la causal de nulidad absoluta del contrato¹¹.

Significa entonces que las modalidades de selección de contratistas no pueden ser utilizadas por la administración a su arbitrio, puesto que la ley le impone el

¹¹ Sentencias de 22 de marzo de 2007, M.P. Alier Hernández, exp. 28010; de 25 de febrero de 2009, M.P. Miriam Guerrero, exp. 15797.

deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para quienes participen en el proceso, con miras a garantizar que la oferta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.

En vigencia de la Ley 80 de 1993, las modalidades de selección de contratistas se circunscribían a i) licitación pública, ii) concurso público –hoy concurso de méritos y iii) contratación directa. La Ley 1150 de 2007 adiciona la selección abreviada, prevista para aquellos casos en que por las características del objeto contractual, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, pueden adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que la misma ley señala para las modalidades de concurso público y contratación directa, en atención a la cuantía y naturaleza del objeto a contratar.

De esta forma, la licitación pública es la regla general y la contratación directa es la excepción. Así expresamente lo señala el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en cuanto dispone que *“la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos”*, salvo en los casos indicados en la misma norma para contratar directamente.

La contratación directa es una modalidad de selección de carácter excepcional, en virtud de la cual las entidades públicas, en los casos expresamente señalados en la ley, pueden celebrar contratos sin necesidad de adelantar licitación o concurso, para la adquisición de bienes o servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los

formalismos y múltiples etapas y términos previstos para los demás procesos, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública¹².

En relación con los eventos permitidos por el legislador para contratar directamente, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹³, contentivo del principio de transparencia, disponía que la escogencia del contratista se efectuaba siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos:

“a) Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales.

b) Empréstitos

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

¹² Sentencia de 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, expedientes 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 (acumulados).

¹³ Norma posteriormente derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”.

El contenido de la norma transcrita permite concluir que la comercialización de licores producidos por la Empresa Licorera de Nariño no se encuentra dentro de las causales previstas por el legislador para contratar directamente, pues las excepciones consagradas en la norma hacen referencia a prestaciones que nada tienen que ver con la comercialización, en relación con las cuales la ley permite que la administración, en cumplimiento del principio de selección objetiva, escoja de forma directa al contratista que reúna las condiciones técnicas y económicas acordes con la necesidad del servicio y según las previsiones legales que regulan la materia¹⁴. La naturaleza del contrato del *sub lite* era de concesión¹⁵, pues la

¹⁴ Al respecto se puede consultar la sentencia de 30 de junio de 2011, exp. 19782, con ponencia de quien elabora la presente providencia.

¹⁵ La ley 80 de 1993 unificó las diferentes clases de concesiones en un solo tipo contractual, definido así en el artículo 32, numeral 4º:

“Artículo 32. De los contratos estatales. (...)

4º. Contrato de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (...)”

producción y comercialización de licores constituye monopolio rentístico de los departamentos, destinados preferentemente a los servicios de salud y educación, de conformidad con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución¹⁶.

Sumado a lo anterior, analizado el material probatorio allegado al proceso, la Sala encuentra que, teniendo en cuenta el presupuesto de ingresos y gastos la entidad, el cual asciende a la suma de \$24 928 987 525¹⁷ y el valor pactado en el contrato por la suma de \$6 073 334 400, están lejos de los rangos de la menor cuantía consagrados en la norma como excepción a la regla general de contratación de licitación pública.

En conclusión, la naturaleza y cuantía del acuerdo obligaba a la entidad estatal adelantar licitación pública, pues no estaba autorizada por la ley para adquirir directamente –como lo hizo- el objeto contratado. La Empresa Licorera de Nariño tenía que cumplir con los principios que rigen la contratación estatal y el deber de selección objetiva de los contratistas, razón por la cual se hallaba en la obligación de acatar los procedimientos y exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico.

Al tenor del ordinal 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 “(..) *Las autoridades no actuarán con desviación de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los*

¹⁶ “Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores”.

¹⁷ Acuerdo n.º 045 de diciembre 31 de 1998 (fls. 49-53 cuaderno 13).

procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto” (negritas fuera de texto).

De ahí que el contrato esté viciado de nulidad absoluta por desviación de poder.

2.2.2 Nulidad del contrato. Favorecimiento a los intereses del contratista

Un análisis integral del acervo probatorio permite establecer el favorecimiento a las sociedades Industria de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda., integrantes del Consorcio Galeras, para resultar beneficiado con la adjudicación del contrato de comercialización del *sub lite*. Esto, en la medida en que la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro, gerente para entonces de la Empresa Licorera de Nariño, entidad pública contratante, tuvo relación profesional con las empresas señaladas, como asesora, al tiempo que el señor Hernando Suárez Burgos, padre y esposo de los socios mayoritarios, era su mentor político. En diligencia de indagatoria expuso:

“Cuando inicié mi ejercicio profesional como abogado presté mis servicios a las empresas como asesor jurídico y como abogado ejecutor de cartera a Credicentro Ltda., en ese entonces Gaseosas La Cigarra, Electrodomésticos Metálicas Modernas, Almacenes Luber, eso inició en el año 1994 (sic), durante ese tiempo también estuve afiliada al Seguro Social, aclaro eso fue en 1984 a 1989, después pasé a trabajar como asistente administrativo de la Alcaldía de Pasto, estuve afiliada a los seguros sociales en Electrodomésticos Metálicas Modernas, luego trabajé como asistente administrativo de la Secretaría de Gobierno de Pasto, renuncié y nuevamente regresé como abogada de Credicentro Ltda. Eso se acabó porque se fusionó con Glotman Ltda., luego pasé a la Jefatura de Personal de Cdnar (sic), luego renuncié porque fui Gerente de la Empresa Licorera de Nariño en el año 1990 y 1991, en la época en que se hicieron las mayores ventas de la Licorera de Nariño, luego volví a las Empresas de la Organización Suárez Ceballos, luego fui Auditor Nacional del INTRA, luego Directora Seccional de la Contraloría General de la República, allí volví nuevamente a las empresas de Suárez Ceballos, vinculada directamente con J. Glotman Ltda., me cambié del Seguro Social y me afilié a Porvenir por cuenta de la misma empresa y posteriormente nuevamente me nombraron en la Licorera de Nariño, en todos los cargos que he ocupado he renunciado, no me han declarado insubsistente ni me han destituido a excepción de la Dirección Seccional de la Contraloría que por cambio de Contralor nos agradecieron los servicios (..). Yo fui coordinadora de la página femenina y de la asesoría jurídica, durante el año 1984 a 1989 y luego quiero explicar que la vinculación era con todas las empresa que conforman la organización Suárez Ceballos” (fls. 670-671 cuaderno 4).

Así mismo, en el curso de la diligencia, la indagada afirmó ser “cuota burocrática” del señor Suárez Burgos. Al respecto señaló:

“(..) teníamos una relación de amistad con él porque como patrono era muy exigente y la comunicación era constante ya que supervisaba la totalidad de las actividades a nivel de todos sus directivos de la empresa privada, lo importante era cumplir a cabalidad con el trabajo asignado para luego tener la posibilidad de participar de sus cuotas burocráticas, ya que él era en ese entonces un hombre público, políticos. Cuando me nombraron la primera vez en la Empresa Licorera fui cuota burocrática o cuota política de él, ya que a más de trabajar en la empresa privada siempre participé en su proyecto político con el cual compartía” (fls. 671-672 cuaderno 4).

Con las pocas piezas que se tienen del proceso penal, la Sala evidencia serios indicios del favorecimiento a los intereses del Consorcio Galeras, beneficiado con la adjudicación, único proponente, en el curso de una invitación pública para contratar directamente la comercialización de un monopolio rentístico. Además, la forma como se contrató y los beneficios pactados a su favor dieron lugar a que se agravara la crisis financiera por la que atravesaba la Empresa Licorera de Nariño. Nada de lo acordado en el contrato de comercialización evidenciaba una *“buena administración”*, como lo concluyó el *a quo* y la Corporación al resolver la acción popular a la que se ha hecho referencia, tampoco reflejaba el mejoramiento de las condiciones económicas de la empresa.

Como se evidenció en la sentencia de 31 de octubre de 2002, antes de que la Empresa Licorera de Nariño entregara al consorcio Galeras la comercialización de sus productos, tenía como precio de venta al detallista para la botella de 750 c.c. \$7 470, en compras superiores a 7 000 cajas (583 333 botellas), según se desprende del acuerdo n.º 029 de 1999 de la junta directiva. Como este precio era el que más se acercaba a las compras mínimas que por volumen realizaría el distribuidor de acuerdo con las condiciones de la invitación (1 860 000 botellas), se tomó como base para la definición del precio al distribuidor exclusivo, el cual se fijó en \$7 100, lo que significó una rebaja de \$370. La bonificación, en cambio, se justificó en el desmonte del departamento de ventas y mercadeo, *“con todas las situaciones anexas”*: publicidad, degustaciones, promociones, gastos de personal, viáticos, etc.

En este orden, la rebaja del precio y la bonificación representaban la manera de establecer la utilidad y los incentivos que la empresa licorera otorgaría al

contratista; ésta última implicaba la cesión a su favor del costo de los insumos utilizados, dejar de recibir la utilidad por la venta del licor y hacerse cargo del impuesto al consumo.

Como se concluyó en la providencia a la que se hace mención, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el plenario, el cálculo matemático de lo que representaba la rebaja en el precio del licor y la cláusula de bonificación para las finanzas de la empresa licorera, en el primer año de ejecución del contrato, era indicador del favorecimiento al contratista, quien se había comprometido a adquirir en el primero año de ejecución, que inició el 2 de diciembre de 1999, un millón novecientas sesenta mil (1 960 000) botellas de 750 c.c., en pedidos mensuales que se discriminaron en la referida cláusula. Por tanto, si el precio que pagaba el distribuidor (\$7 100) ya tenía una rebaja de \$370, con respecto al precio que tenía la empresa licorera antes de la celebración del contrato de comercialización (\$7 470), ya de entrada la empresa dejaba de percibir en el primer año de ejecución del contrato la suma de \$725 200 000, que resultan de multiplicar lo que representaba la rebaja (\$370) por el número de botellas que debía retirar de la fábrica el distribuidor (1 960 000).

Esa rebaja en el precio tendría incidencia en lo sucesivo, toda vez que el precio inicialmente fijado en el contrato para la botella de 750 c.c. (\$7100), se incrementaría en los años subsiguientes de duración del contrato, en el porcentaje de incremento promedio nacional fijado por el Dane, según la cláusula quinta del contrato.

Y, en lo atinente a la bonificación convenida en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato del 17% de las unidades compradas en cada facturación, lo que de suyo dio lugar a que la Fiscalía General de la Nación adelantara investigación penal, que para el primer año ascendía a 333 200 unidades (1 960 000 unidades x 17%), que para el mes de diciembre de 1999, la empresa había pagado la suma de \$252 250 270 y quedó pendiente de pago por ese mismo concepto la suma de \$177 969 119.

La forma como se estipuló dicho beneficio disminuía considerablemente el margen de utilidad de la empresa, pues el precio de venta por botella en \$7 100

para el año 1999, el costo de bonificación por las 333 200 botellas que representan el 17% de las cantidades pactadas para el primer año (1 960 000 botellas), significaba una disminución representativa para entidad contratante de \$589 4 millones por costo de producción y \$978.9 millones por ipoconsumo, lo cual sumado equivale a \$1 568.3 millones.

Si bien la bonificación se suspendió en el mes de mayo de 2000, debido a las medidas tomadas por la Fiscalía y al hecho de que las partes modificaron el contrato en el acta de concertación que suscribieron el 25 de octubre del mismo año, los efectos nocivos de la cláusula contractual incidieron en el detrimento patrimonial de la entidad.

Es de anotar que, en orden a celebrar el contrato para la comercialización exclusiva de los licores en el departamento de Nariño, las partes debieron tener presente la finalidad del contrato cual era de la mejorar los ingresos de la empresa y, por tanto, de las rentas destinadas a los servicios públicos referidos. Como ello no aconteció y, por el contrario, se benefició los intereses del contratista, en desmedro de los de la contratante, cabe concluir la desviación de poder atribuida.

De conformidad con lo expuesto, la Sala mantendrá la decisión del *a quo*. Esto como se encuentra acreditada la causal de nulidad absoluta del contrato de comercialización n.º C-095-99, consistente en desviación de poder, porque i) se echa de menos el proceso de selección que correspondía y ii) es claro el favorecimiento de los intereses del contratista, en contra de los intereses de la administración, lo que desconoce, además, el principio de transparencia. Igual suerte debe correr el acta de concertación de 25 de octubre de 2000, modificatoria del contrato.

Vicio que, de suyo, afecta por igual la validez de la resolución de adjudicación n.º 2207 de 30 de noviembre de 1999, no obstante haberse demandado su legalidad por fuera del término de caducidad de la acción¹⁸.

¹⁸ Esto en la medida en que la decisión se notificó personalmente al representante del Consorcio Galeras el 30 de noviembre de 1999 y el libelo se presentó el 29 de enero de 2001.

2.3 Restituciones mutuas

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 anterior.

Al revisar el expediente, la Sala encuentra que el acervo probatorio no permite establecer que el Consorcio Galeras cumplió con las obligaciones a su cargo. Tampoco están demostradas las prestaciones ejecutadas por el contratista y el beneficio obtenido por la entidad contratante.

En efecto, en el dictamen pericial que reposa en el plenario, los expertos determinaron que *“(..) no es posible determinar lo referente a las prestaciones ejecutadas por el Consorcio a favor de LICONAR y los beneficios que esta obtuvo con base en la ejecución del contrato, ni tampoco las utilidades que percibió el Consorcio en el periodo 1999 a 2000, por cuanto esta información debe ser suministrada a partir de la contabilidad que llevaba el Consorcio Galeras en el mencionado periodo con respaldo de los soportes contables”* (fls. 700-706 cuaderno 2).

En lo que tiene que ver con la devolución del IVA, la Sala encuentra que no está probado que la Empresa Licorera de Nariño haya incumplido su deber de agente retenedor y entregado a la DIAN los dineros retenidos por tal concepto, antes del mes de enero de 2000. A partir de esta fecha, el incremento del impuesto sobre la base gravable que fija el DANE del precio del licor, sería asumido por el contratista, en los términos de la cláusula quinta del contrato. Además, mediante comunicación de 14 de agosto de 2000, la Empresa Licorera de Nariño había solicitado al Consorcio Galeras que “(..) *hasta tanto no se define claramente lo relacionado con la bonificación por parte de los organismos competentes, **que los dineros por concepto de IVA de la bonificación no se consignen a esta empresa, ni se relacione en facturas de compra del producto***” (negritas fuera de texto, fl. 60 cuaderno 8).

Aunado a lo anterior, según el párrafo primero de la cláusula cuarta, referida a las compras, “(..) *el impuesto al consumo o a la participación porcentual y el costo de producción, así como cualquier elemento que forme parte del precio, excepto el IVA, de las unidades a entregar como bonificación del comercializador, serán asumidas de manera directa por la Empresa*” (negritas y subrayas fuera de texto). Ello significa que el IVA debía ser asumido por el contratista.

Es de anotar que no basta con afirmar la causación de perjuicios. Deben demostrarse todos y cada uno de ellos, toda vez que las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen las herramientas que le permiten al juzgador adquirir certeza sobre la verdad de lo acontecido –art. 177 C.P.C.-.

De ahí que la Sala habrá de modificar la sentencia, en el entendido de mantener la decisión sobre la nulidad absoluta del contrato y el acta de concertación y negar las súplicas; pero, además, se declarará la nulidad de la resolución de adjudicación n.º 2207 de 30 de noviembre de 1999.

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”

F A L L A

MODIFICAR la sentencia de 28 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca para, en su lugar, disponer:

PRIMERO.- Declarar la nulidad absoluta del contrato de comercialización n.º C-095 de 2 de diciembre de 1999, suscrito entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, conformado por las sociedades Industrias de Gaseosas La Cigarra Ltda. y Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad absoluta del acta de concertación de 25 de octubre de 2000.

TERCERO.- Declarar la nulidad de la resolución de adjudicación n.º 2207 de 30 de noviembre de 1999.

CUARTO.- Negar las restantes súplicas de la demanda de reconvención, así como de las principales y subsidiarias de la demanda inicial.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO

48
Exp. 37066
Actor: Consorcio Galeras

Magistrado