

COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / COPIA DE DOCUMENTO / VALOR PROBATORIO DE LA COPIA DE DOCUMENTO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En la medida en que los documentos allegados en copia simple al proceso no fueron tachados de falsos, se les otorgará el valor probatorio de conformidad con el criterio de unificación establecido en la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 28 de agosto de 2013.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, de 28 de agosto de 2013, exp. 25022. C. P. Enrique Gil Botero

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE COMPRAVENTA Y DISTRIBUCIÓN DE LICORES / FACULTAD DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARARA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA COMPROMISORIA DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

Por tratarse de un contrato estatal, la entidad contratante contaba con la competencia temporal y material para declarar la caducidad del contrato, al margen de que a través de la cláusula décima sexta las partes convinieron en ella. Y, en el caso concreto está probado que: i) se trató de un incumplimiento grave imputable al contratista; ii) el incumplimiento condujo a la paralización del contrato, pues no se logró el propósito buscado, que era posicionar y distribuir los licores en el departamento del Putumayo y obtener las rentas por su comercialización; iii) la decisión se tomó durante el plazo de ejecución y iv) no se trató de un hecho imputable a la entidad demandada, sino que es exclusivo del contratista, como quiera que en el año 2004 no hizo pedidos según las estipulaciones contractuales, por lo que no procede declarar la nulidad de la resolución (...), en cuanto declaró la caducidad del contrato (...)

CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE COMPRAVENTA Y DISTRIBUCIÓN DE LICORES / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / CONTROVERSIA SOBRE EL ACTO QUE IMPONE MULTA

[L]a Sala no encuentra demostrada la ilegalidad manifiesta de la multa impuesta porque: i) en el contrato, que fue suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993, estaba pactada la multa y la facultad de imponerla a favor de la Contratante; ii) en el momento en que dicha multa se impuso la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado consistía en considerar que las entidades públicas sí contaban con competencia para expedir este tipo de actos administrativos; iii) aunque esa posición fue modificada posteriormente, lo cierto es que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, estableció que en los contratos en los que esta facultad estuviera pactada era legítimo ejercerla; y dicha disposición tenía efectos en relación con los contratos celebrados antes de la expedición de la citada ley.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 18 de marzo 2004, exp. 73001-23-31-000-1997-05495-

01(15936) C.P. Ricardo Hoyos Duque y 20 de octubre de 2005, exp. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579) C.P. Germán Rodríguez

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01047-01(44695)

Actor: HENRY ALBERTO CHÁVEZ CADENA

Demandado: INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Contrato de distribución de licores/Declaratoria de caducidad del contrato/Multa impuesta al tiempo de la caducidad-nulidad por falta de competencia material en vigencia Ley 80/93/ Nulidad del pacto de multas.

SENTENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 8 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

A. Demanda contractual

1.- El 27 de septiembre de 2006, el señor HENRY ALBERTO CHÁVEZ CADENA, en ejercicio de la acción contractual, solicitó declarar la nulidad de las resoluciones

No 01044 de 17 de noviembre de 2004 y No 0255 de 15 de marzo de 2005, proferidas por la Industria Licorera del Cauca. En la primera, se declaró la caducidad del contrato de distribución y comercialización de licores No 039 de 2 de septiembre de 2003, se multó al contratista y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. En la segunda se liquidó unilateralmente el contrato.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones -folio 1 del cuaderno principal-.

<<PRIMERA - *Se declare la nulidad de acto administrativo resolución n.º 01044 de 17 de noviembre de 2004, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato No. 039 de 2 de septiembre de 2003 proferido por el Gerente de la Industria Licorera del Cauca.*

SEGUNDA - *Se declare la nulidad del acto administrativo Resolución n.º 0255 de 15 de marzo de 2005, proferido por el Gerente de la Industria Licorera del Cauca, por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato n.º 039 de 2003, de Distribución y comercialización de licores producidos por la Industria Licorera del Cauca en el Departamento del Putumayo, suscrito entre la Industria Licorera del Cauca y el señor HENRY ALBERTO CHAVEZ CADENA.*

TERCERA - *Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución n.º 0416 de 2 de mayo de 2005, emanado del despacho de la Gerencia de la Industria Licorera del Cauca, por medio del cual se resolvió un recurso de reposición en contra de la resolución n.º 0255 de 15 de marzo de 2005.*

CUARTA - *Como efecto de la nulidad de los actos administrativos citados, se declare el incumplimiento por parte de la Industria Licorera del Cauca del contrato n.º 039 de 2003 denominado "compraventa y distribución de licores" cuyo objeto es "La Industria Licorera del Cauca se obliga a vender y el comprador distribuidor se obliga a comprar para la distribución y comercialización los licores producidos por la Industria Licorera del Cauca en el Departamento del Putumayo en sus diferentes presentaciones convertidas a unidades de 750 cc.", suscrito entre la Industria Licorera del Cauca y el señor Henry Chávez Cadena.*

QUINTA - *Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la Industria Licorera del Cauca a pagar a mi poderdante los perjuicios materiales y morales que señalo a continuación:*

PERJUICIOS MORALES - Trescientos salarios mínimos legales mensuales por el dolor que produce la pérdida del buen nombre comercial de mi poderdante al ver arruinado su negocio construido durante muchos años de trabajo y que constituía el sustento de su familia. Igualmente, en este concepto, el daño que produce la declaratoria de caducidad del contrato pues al tiempo que golpea su imagen comercial, lo inhabilita para contratar con entidades del Estado a lo largo de cinco años.

Todo lo anterior causado por la decisión de declarar unilateralmente la caducidad del contrato n.º 039 de septiembre 02 de 2.003 por parte de la Industria Licorera del Cauca en forma injusta y arbitraria.

PERJUICIOS MATERIALES - Por las pérdidas económicas que sufrió el señor HENRY CHÁVEZ CADENA a raíz del incumplimiento del contrato n.º 039 de 2003 por parte de la Industria Licorera del Cauca que se pueden explicar de la siguiente forma:

DAÑO EMERGENTE - Es el dinero gastado por mi poderdante y efectivamente perdido a raíz del incumplimiento por parte de la Industria Licorera del Cauca, del contrato n.º 039 de 2003, el cual se lo estima en la suma de: \$20'000.000,00 en honorarios de abogado, gastos de viaje, papelería y otros insumos.

LUCRO CESANTE - Se constituye en el dinero dejado de percibir a título de utilidad neta por mi mandante a causa del incumplimiento del contrato n.º 039 de 2003 por parte de la Industria Licorera del Cauca por los siguientes valores:

Para el año 2.004, la suma de \$211'298.000.

Para el año 2.005, la suma de \$253'273.000.

Para el año 2.006, la suma de \$292'246.000.

Para el año 2.007, la suma de \$327'547.000.

Para el año 2.008, la suma de \$343'228.000.

Para un gran total de \$1.427'592.000.

SEXTA – INTERESES: Condénese a la Industria Licorera del Cauca, a pagar al demandante o a quien o quienes lo representen al momento del fallo, los intereses comerciales aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor (indexación), desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento. Con fundamento en el artículo 1653 del Código Civil, todo pago se imputará primero a intereses.

SÉPTIMA - Como efecto de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, se ordene a la Industria Licorera del Cauca abstenerse de imponer y ejecutar la sanción consistente en multa que por valor de \$373'328.319,44 dispuso asignar la entidad demandada a mi poderdante en la Resolución 255 de marzo 15 de 2.005

OCTAVA - CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA: La demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con la Ley 446 de 1998.>>

Los hechos que fundamentan las pretensiones son los siguientes:

3.- El 27 de mayo de 2003, los departamentos del Cauca y Putumayo suscribieron un convenio interadministrativo para la introducción y distribución de licores.

4.- El 2 de septiembre de 2003, el señor HENRY CHÁVEZ CADENA y la Industria Licorera del Cauca suscribieron el contrato N° 039 de 2003, para la distribución y comercialización de los licores producidos por la Industria Licorera del Cauca, en el Departamento del Putumayo.

5.- Las partes convinieron en la cláusula octava que *“EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR se obliga a comprar como mínimo 500 cajas mensuales del producto mencionado en la cláusula primera de este contrato (...)”*.

6.- El contratista afirmó que, en el año 2004, no pudo cumplir con el tope mínimo de compra, porque los pedidos remitidos por la Industria Licorera del Cauca contenían licor adulterado y las tapas de las botellas se recibieron dañadas, situación que puso en conocimiento de la empresa, lo que le generó perjuicios de distinta índole que tenían que ver con las pérdidas patrimoniales, la afectación al buen nombre comercial y ser objeto de demandas civiles y penales en su contra.

7.- Sostuvo que la Industria Licorera del Cauca no hizo un adecuado control de calidad de su producto. Envasó un licor no apto para el consumo humano, poniendo en riesgo la salud de los habitantes del Departamento del Putumayo, al menos en lo que tienen que ver con las cajas de aguardiente que le fueron entregadas, de modo que la gravedad de los hechos le hizo imposible al contratista seguir realizando pedidos, pues no tenía garantías sobre la calidad del producto.

8.- Lo anterior tiene sustento, a juicio del demandante, en el informe técnico del 8 de julio de 2006, proferido por el Departamento Administrativo de Salud del Putumayo, que dio cuenta de la destrucción de bebidas no aptas para el consumo que sumaron 807 cajas de aguardiente caucano el 4 de enero de 2006, por parte de la Oficina de Salud Departamental del Putumayo, así como en el informe pericial realizado por el INVIMA.

9.- Indicó que la demandada expidió la Resolución N° 01044 de 17 de noviembre de 2004, mediante la cual declaró la caducidad del contrato, por no facturar el número de cajas a que se comprometió. En el mismo acto sancionó con multa al contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

10.- Mediante escrito 19 de abril de 2005, el actor solicitó la revocatoria directa del acto administrativo de caducidad, que fue negada mediante oficio de 17 de mayo de 2005. En esta oportunidad el contratista reiteró que el licor suministrado se encontraba adulterado.

11.- Señaló que según Resolución N° 0255 de 15 de marzo de 2005 se liquidó unilateralmente el contrato N° 039 de 2003, decisión que fue recurrida por el demandante con base en que: i) no se intentó agotar la liquidación de común acuerdo; ii) la multa impuesta era ilegal, pues, en su criterio, no podía la administración declarar la caducidad y multarlo al mismo tiempo. Añade que la contratante carecía de competencia para hacerlo, pues le correspondía al juez del contrato resolver sobre este aspecto y iii) para el contratista, resultaba imposible establecer que, al momento de recibir el producto, este se encontraba en óptimas condiciones para el consumo humano.

B. Postura de la demandada

12.- La Industria Licorera del Cauca se opuso a las pretensiones de la demanda. A su juicio i) la resolución n.º 01044 del 17 de noviembre de 2004 fue expedida consultando las normas legales; ii) el producto fue despachado en debida forma, entregado y revisado por el contratista en las instalaciones de la Industria Licorera del Cauca, sin que fuera rechazado; iii) la Industria Licorera del Cauca se encontraba certificada con la norma ISO 9001 versión 2000; iv) es un hecho imputable al contratista que los productos llegaron al sitio de destino con las tapas

dañadas, en cuanto responsable de cargar y trasladar el producto y v) se desconoce lo relativo al licor adulterado.

13.- En resumen, sostuvo que las empresas estatales no tienen interés en adulterar el licor, más bien es una conducta atribuida a los particulares, hecho que en todo caso debe ser investigado por la Fiscalía General de la Nación. Además, indicó que no puede pasarse por alto que el contratista nunca manifestó algún reparo sobre el producto recibido y que el licor había tenido buena aceptación en el departamento del Putumayo. En cambio, advirtió que la entidad le manifestó su preocupación al Contratista, como quiera que desde el mes de enero del año 2004 no facturaba el tope mínimo de cajas exigido en el contrato 039 de 2003; lo que requirió para que cumpliera, al punto que, en las reuniones llevadas a cabo, éste se comprometió a comprar las cuotas de aguardiente atrasadas y la contratante a entregar el material publicitario.

14.- En relación con el informe técnico de 8 de julio de 2006 elaborado por el Departamento Administrativo del Putumayo, que estableció que las muestras daban cuenta que el producto no era apto para el consumo humano, sostuvo que dicha prueba se hizo sin la intervención de los funcionarios de la Industria Licorera del Cauca, y que la entidad demandada contaba con la respectiva licencia sanitaria. Insistió en cuanto a que sus productos son elaborados con materias primas de la más alta calidad, como lo prueba la certificación ISO 9001 versión 2000 de ICONTEC, lo que permite inferir que la toma de muestras se hizo irregularmente y se le negó a la Industria Licorera del Cauca la posibilidad de acudir con un experto para que se realizara el comparativo entre las muestras fraudulentas y los productos originales.

C. Sentencia recurrida

15.- El 8 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo del Cauca negó las súplicas de la demanda -folio 555 del cuaderno principal-. A su juicio i) el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos que declararon la caducidad y liquidaron unilateralmente el contrato; ii) precisó que: *“la inspección judicial anticipada realizada el 1 de diciembre de 2005, no puede ser valorada por la Sala, en atención a que no fue citada ni participó en ella la entidad demandada”*, luego no se dio cumplimiento del principio de contradicción; iii) el transporte y aseguramiento del licor hasta su destino final corrían por cuenta y riesgo del

contratista; iv) el demandante debió informar inmediatamente sobre las irregularidades presentadas o la mala calidad del producto, sin embargo no ocurrió así y, en cambio, solo puso en conocimiento este hecho con posterioridad a la declaratoria de caducidad y iv) cuando fue requerido por la contratante, en el mes de abril del año 2004, para que cumpliera con las cuotas mínimas mensuales, guardó silencio. Para el *a-quo*, el actor expresó su inconformidad respecto de la adulteración del licor solo cuando la entidad procedió con la liquidación unilateral del contrato. Además, advirtió que tampoco obraba elemento de juicio que permitiera afirmar que el licor encontrado en las bodegas del demandante no cumpliera con las condiciones de calidad exigidas para su producción y consumo.

D. Recurso de apelación

i) Parte demandante

16.- Oportunamente, el demandante interpuso recurso de apelación –folio 576 del cuaderno principal-, para que se revocara la decisión y se accediera a las súplicas de la demanda fundado en que: i) las muestras del licor fueron remitidas a los laboratorios del INVIMA y DASALUD, entidades encargadas de vigilar y controlar la calidad y seguridad de los productos, quienes dieron cuenta del mal resultado y en ese orden deberán valorarse sus conclusiones; ii) la Industria Licorera del Cauca se aprovechó de la buena fe del contratista, pues los productos fueron recibidos confiando en la idoneidad de los mismos y iii) no continuó comprando los topes mínimos pactados, pues el incumplimiento de la contratante lo puso en imposibilidad del cumplir.

ii) Concepto del Ministerio Público

17.- El Procurador Quinto Delegado solicitó confirmar la decisión del tribunal -folio 593 del cuaderno principal-, fundado en que las resoluciones demandadas consultaron las disposiciones contractuales. Aunque el demandante alega que su conducta obedeció a que la Industria Licorera del Cauca le suministró licor en condiciones no aptas para el consumo humano, lo cierto es que no está probado que ese licor fue suministrado por la contratante y mucho menos que correspondía al despachado en los años 2003 y 2004, pues la intervención de las autoridades sanitarias ocurrió en el año 2006.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

18.- La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia de la Ley 446 de 1998 para que esta Corporación conozca del mismo en segunda instancia¹.

19.- En la medida en que los documentos allegados en copia simple al proceso no fueron tachados de falsos, se les otorgará el valor probatorio de conformidad con el criterio de unificación establecido en la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 28 de agosto de 2013.²

20.- Hecha la anterior aclaración, la Sala confirmará la decisión de primera instancia. Para el efecto se referirá a los reparos expuestos en el recurso de apelación, en los cuales el recurrente se limitó a insistir en que estaba probada la ilegalidad de la caducidad decretada por la Contratante, en la medida en que fue ella misma la que determinó el incumplimiento del contrato.

21.- Está probado que la Industria Licorera del Cauca y el señor Henry Alberto Chávez Cadena suscribieron el contrato de distribución de licores n.º 039 el 2 de septiembre de 2003, por valor de \$284.100.000,00 –monto fijado para efectos fiscales- y plazo de vigencia de cinco años a partir de su perfeccionamiento –folio 30 del cuaderno de pruebas No. 1-. El comprador se obligó a distribuir y comercializar los licores producidos por la Industria Licorera del Cauca en el departamento del Putumayo –folio 40 del cuaderno de pruebas n.º 1-.

22.- La contratante, mediante resolución No. 01044 de 27 de noviembre de 2004, declaró la caducidad del contrato, puesto que en lo corrido del año 2004, el contratista solamente hizo un pedido de 700 cajas de aguardiente a pesar de que

¹ El artículo 129 del C.C.A. modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M. El monto de las pretensiones de la demanda para el 27 de septiembre de 2006 corresponde a \$1.427.592.000.

² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, expediente N.º 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

se comprometió a facturar 500 cajas mensuales. En el mismo acto multó al contratista por la suma de \$548'093.719,44 de pesos, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y dispuso la liquidación del contrato –folio 41 del cuaderno de pruebas n.º 1- Se lee en esta resolución:

<<ARTÍCULO PRIMERO: **Declárase conforme artículo 18 de la ley 80 de 1993** y demás normas concordantes, la CADUCIDAD ADMINISTRATIVA del Contrato número 039 de 02 de septiembre de 2003 suscrito entre la INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA Y HENRY ALBERTO CHAVEZ CADENA en razón del incumplimiento de los compromisos y obligaciones contractuales por parte del contratista, descritos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Dar por terminado el contrato número 039 de 02 de septiembre de 2003, suscrito entre las partes antes anotadas.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar la liquidación del contrato, una vez ejecutoriada la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Hágase efectiva La póliza Única de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales número 7761778 expedida por la Compañía de Seguros Generales CÓNDOR S.A., el día 03 de septiembre de 2003 en lo referente a garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas para la ejecución del Contrato de Distribución y Comercialización de los Licores producidos por la Industria Licorera del Cauca por valor de: VEINTIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$28'410.000) M/.CTE

ARTÍCULO QUINTO: Imponer al contratista el pago de la multa pactada en la cláusula SÉPTIMA del contrato por incumplimiento parcial equivalente a QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$548'093.719,44) y el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula OCTAVA equivalente al 5% del valor del contrato, es decir CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL PESOS MCTE (\$14'205.000) MONEDA CORRIENTE.>>

23.- La Sala encuentra que aunque el contratista alega que le resultó imposible cumplir el contrato debido a que el licor entregado por la entidad se encontraba adulterado y el producto recibido no era apto para el consumo humano, lo que le impidió continuar realizando los pedidos, pues no contaba con las garantías

suficientes sobre la calidad del producto, lo cierto es que: i) las imputaciones hechas sobre el suministro del licor adulterado, no cuentan con un respaldo probatorio serio; ii) el contratista no puso en conocimiento de la entidad las irregularidades encontradas relativas a los defectos del producto tan pronto las advirtió. Solo hasta finales del mes de diciembre del año 2005, luego de liquidado el contrato en el mes de marzo de 2005, puso en conocimiento de las autoridades sanitarias las fallas encontradas en el producto; y iii) la entidad dio cuenta que el contratista cumplió el contrato hasta el mes de diciembre de 2003, pero que a partir del año 2004 solo hizo un pedido de 700 cajas.

24.- El 14 de abril de 2004, el gerente de la Industria Licorera del Cauca requirió al contratista para que cumpliera con las cuotas pactadas en el contrato. Además, en tres oportunidades se reunieron para lograr fórmulas de arreglo -14 de abril, 29 de junio y 29 de septiembre- y aunque el contratista se comprometió a adquirir 700 cajas mensuales en lo que restaba del año, ello no ocurrió, de modo que su conducta no consultó lo convenido en la cláusula octava relacionada con el tope mínimo de compra.

<CLÁUSULA OCTAVA: TOPE MÍNIMO DE COMPRA.- EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR se obliga a comprar como mínimo 500 Cajas mensuales del producto mencionado en la cláusula primera de este contrato y a aumentar sus pedidos de acuerdo como se presente la demanda en el departamento del Putumayo PARÁGRAFO PRIMERO: El volumen de compra de licores fijados en esta cláusula podrá incrementarse de acuerdo al comportamiento de la demanda en el departamento del Putumayo cada vez que se prorrogue este contrato o cuando las partes de común acuerdo así lo convengan.>>

25.- En lo que tiene que ver con el informe técnico del 8 de julio de 2006 de la oficina de salud ambiental de Putumayo - DASALUD-PUTUMAYO - mediante el cual se dio cuenta de la destrucción de 873 cajas de aguardiente caucano, decomisadas por esta entidad el día 4 de enero de 2006, por encontrar que se trataba de “*alimentos y bebidas no aptas para el consumo humano*” –folio 9|1 del cuaderno de pruebas n.º 1- y el análisis de laboratorio realizado el 16 de diciembre de 2005 por el INVIMA –folio 97 del cuaderno de pruebas n.º 1-, no hay certeza de que dichas inspecciones se hubieran realizado sobre el producto entregado por la Industria Licorera del Cauca para distribución del contratista. Lo anterior, si se considera que el último pedido correspondió al primer semestre del año 2004 y las

pruebas elaboradas por las autoridades sanitarias se practicaron en el mes de diciembre del año 2005 y enero de 2006, de manera que transcurrió más de año y medio entre la entrega del producto y la intervención de DASALUD-PUTUMAYO; a lo que se suma que durante el plazo en que estuvo vigente el contrato, el señor CHÁVEZ CADENA no informó a la Industria Licorera del Cauca lo relativo a la adulteración del licor ni de los daños encontrados en las tapas de los envases, por el contrario guardó silencio.

26.- Además, las partes convinieron en el contrato que, luego de acreditado el pago, el contratista se obligaba a cargar y transportar bajo su responsabilidad el producto y que, una vez entregado, la contratante no respondía por la rotura de cajas y envases, pérdida o deterioro, pues el transporte y aseguramiento hasta su destino final corría por cuenta y riesgo del comprador.

<<CLAUSULA DECIMA QUINTA: ENTREGA Y TRANSPORTE.- Acreditado el pago de los productos objeto del presente contrato, de la tarifa de participación porcentual, pago del Impuesto de Timbre y previa presentación de la factura de venta de la Industria Licorera del Cauca, se entregará el producto a EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR o a la persona que este haya autorizado listos para ser revisados, cargados y transportados a costa y bajo la responsabilidad del COMPRADOR DISTRIBUIDOR. La INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA una vez entregados los productos los cuales serán revisados por EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR o su delegado en el momento del cargue, no responde por rotura de cajas, envase, pérdida o deterioro y en consecuencia el transporte y aseguramiento de los productos hasta su destino final corren por cuenta y riesgo de EL COMPRADOR DISTRIBUIDOR. LA INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA, solamente .aceptará los reclamos que se hagan en el momento del cargue. Únicamente habrá lugar a solicitar cambio de productos en el caso de presentarse una falla grave o sustancial en su calidad, que no sea imputable a culpa o responsabilidad del comprador, caso en el cual el cambio se hará previa certificación y dictamen escrito de Control y Calidad de la Industria Licorera del Cauca.>>

27.- Finalmente, en oficios de 4 de abril y 13 de mayo de 2004, la contratante le solicitó al contratista ponerse al día en las cuotas pactadas o de lo contrario se procedería a declarar la caducidad del contrato –fls 485 y 487 del cuaderno principal-, pero el contratista no se allanó a cumplir lo pactado, tanto que para el año 2004 se había comprometido a facturar 500 cajas mensuales y solo hizo un pedido de 700 cajas.

28.- Por tratarse de un contrato estatal, la entidad contratante contaba con la competencia temporal y material para declarar la caducidad del contrato, al margen de que a través de la cláusula décima sexta las partes convinieron en ella. Y, en el caso concreto está probado que: i) se trató de un incumplimiento grave imputable al contratista; ii) el incumplimiento condujo a la paralización del contrato, pues no se logró el propósito buscado, que era posicionar y distribuir los licores en el departamento del Putumayo y obtener las rentas por su comercialización; iii) la decisión se tomó durante el plazo de ejecución y iv) no se trató de un hecho imputable a la entidad demandada, sino que es exclusivo del contratista, como quiera que en el año 2004 no hizo pedidos según las estipulaciones contractuales, por lo que no procede declarar la nulidad de la resolución No. 01044 de 17 de noviembre de 2004, en cuanto declaró la caducidad del contrato n.º 039 de 2 de septiembre de 2003.

29.- En relación con la falta de competencia de la entidad contratante para multar al Contratista a la cual se hizo referencia en la demanda y con base en la cual se solicitó imponerle la orden a la Contratante de abstenerse de realizar el cobro de dicha suma, la Sala reitera que no es procedente pronunciarse sobre este punto porque la parte actora no se refirió al mismo en su recurso de apelación. Y estima que no procede declarar de oficio la nulidad de dicho acto y disponer el restablecimiento consecuencial que tal declaración conlleva, como lo ha dispuesto la Sala en otras ocasiones.

30.- Lo anterior, como quiera que la Sala no encuentra demostrada la ilegalidad manifiesta de la multa impuesta porque: i) en el contrato, que fue suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993, estaba pactada la multa y la facultad de imponerla a favor de la Contratante; ii) en el momento en que dicha multa se impuso la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado consistía en considerar que las entidades públicas sí contaban con competencia para expedir este tipo de acto administrativos³; iii) aunque esa posición fue modificada posteriormente⁴, lo cierto es que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, estableció que en los contratos en los que esta facultad estuviera pactada era legítimo ejercerla; y dicha disposición

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de dieciocho (18) de marzo de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05495-01(15936) C.P. Ricardo Hoyos Duque

⁴ Entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579) C.P. Germán Rodríguez

tenía efectos en relación con los contratos celebrados *antes* de la expedición de la citada ley.⁵

31.- Finalmente, en consideración de la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 8 de marzo de 2012, por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ
Magistrado

⁵ Ley 1150 de 2007, artículo 17 “**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.**

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

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

