



Radicación: 25-000-23-41-000-2013-01700-01
Demandante: Luis Humberto Castrillón Rodríguez



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C. veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25-000-23-41-000-2013-01700-01
Actor: LUÍS HUMBERTO CASTRILLÓN RODRÍGUEZ
Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Tesis: No es nulo por infringir las normas en las que debería fundarse el fallo que declaró fiscalmente responsable al demandante por actuar con negligencia en calidad de miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle al aprobar unos planes promocionales y otrosíes al contrato de comercialización que dieron lugar a un detrimento patrimonial.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor LUÍS HUMBERTO CASTRILLÓN RODRÍGUEZ en contra de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El actor, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011¹, presentó demanda² en contra de la Contraloría General de la República, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

"[...]

1ª. Que se declare la **nulidad** parcial del siguiente Acto Administrativo respecto del señor LUIS HUMBERTO CASTRILLÓN RODRÍGUEZ:

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL N° 6-007-11, expedido por la Contraloría General de la República³.

2ª. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se impartan las siguientes órdenes y condenas:

- Se disponga que el sr. LUIS HUMBERTO CASTRILLÓN RODRÍGUEZ no está obligado a reconocer suma alguna al Tesoro Público, en virtud del Fallo con Responsabilidad Fiscal solidaria que siguió en su contra la Contraloría General de la República.
- Se ordene el reintegro de las sumas que llegase a pagar en virtud de dicho Fallo con Responsabilidad Fiscal Solidaria.
- Se ordene a la Subdirección Ejecutiva de Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República, para que se cese el cobro de la condena impuesta en los fallos demandados. Igualmente, para que se levanten las medidas cautelares que se hayan decretado en virtud del correspondiente Acto Administrativo.
- Se ordene a la Contraloría General de la República excluir del Boletín de Responsables Fiscales al señor LUIS HUMBERTO CASTRILLÓN RODRÍGUEZ.

¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Folios 2 a 3 del cuaderno de primera instancia nro. 1.

³ Esta pretensión fue adicionada mediante memorial radicado el 8 de agosto de 2003, en el siguiente sentido: "Modificado por el auto N° 0193 del 4 de diciembre de 2012, proferido por la Contraloría General de República dentro del cual se modificó la suma del detrimento patrimonial objeto del fallo a TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$39.643.607.486), auto notificado el día 7 de Diciembre de 2012 (folios 268 a 269).



3ª. La Entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts. 176 y 177 del C.C.A.

4ª. Que se condene a CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, al pago de las costas del juicio, expensas y agencias en derecho, en la cantidad que determine esa corporación, siguiendo los lineamientos del art. 171 del C.C.A., en concordancia con el Código de Procedimiento Civil.

[...]”

1.2. Normas invocadas como infringidas y concepto de violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se vulneraron los siguientes artículos:

Constitución Política: 6, 29, 90 y 121.

Ley 610 de 2000⁴: 1, 2, 4, 5, 6, 23 y 53.

Ley 99 de 1993: 111.

Ley 388 de 1997: 56 literal j y 61.

Decreto 1420 de 1998: 1, 3 y 12.

Como cargo único de violación alegó la infracción de las normas en las que debería fundarse el acto administrativo y la violación de norma superior, lo que sustentó así⁵:

Después de hacer un análisis del principio de legalidad a la luz de los artículos 2, 6 y 29 de la Constitución Política, señaló que la causal de nulidad invocada se configuró por la inobservancia deliberada de los elementos de la responsabilidad fiscal, “*la aplicación indebida del artículo 107 de Ley 99 de 1993*”, el desconocimiento del principio de la buena fe y por la violación del derecho al debido proceso.

Aludió: “de la misma forma, con este acto administrativo se lesionan los intereses o derechos del sr. LUIS HUMBERTO CASTRILLÓN RODRÍGUEZ, teniendo en cuenta que en [é]estos se le condena a pagar solidariamente la suma de SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL DOCE PESOS

⁴ “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

⁵ Folios 18 a 26 del cuaderno de primera instancia nro.1.



(\$6.473.618.012). Por lo tanto, es clarísimo el perjuicio económico que se le causa a mi representado con los actos demandados”.

En cuanto a la culpa grave que se le endilgó al actor en el proceso de responsabilidad fiscal, indicó que no incurrió en la misma, toda vez que no obró movido por ninguna intención que pudiera enmarcarse de dicha manera sino con base en los conceptos técnicos presentados a la junta directiva por la gerencia de la Licorera.

Arguyó que en la diligencia de versión libre rendida por el gerente de la Industria Licorera, éste explicó que en todas las asambleas se presentaron los conceptos científicos y estudios técnicos para llevar a cabo las modificaciones del contrato de comercialización, situación que no fue tomada en cuenta por el órgano de control.

Acerca del desconocimiento al principio de la buena fe, estimó que el proceso adelantado en su contra debió estar revestido en todo momento de su acatamiento y se le violó esa garantía constitucional, de manera que pretender derivar responsabilidades subjetivas y tan gravosas de una conducta exenta de culpa es desproporcionada e inconstitucional.

Frente a la violación del derecho al debido proceso, arguyó que no se observa que en los fallos que acá se cuestionan la Contraloría haya refutado los argumentos jurídicos y fácticos expuestos por los investigados ni se le dio ninguna validez a las apreciaciones de los representantes judiciales de los demás miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle.

II. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

2.1. La demanda⁶ correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera – Subsección B, magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio, quien por auto del 29 de julio de 2013 la

⁶ La demanda fue radicada el 8 de julio de 2013 como se observa del sello de radicación visible a folio 28 del cuaderno de primera instancia nro.1.

inadmitió⁷, para que se precisaran los actos administrativos demandados, se adecuaran las pretensiones, fuera estimada razonadamente la cuantía y se aportara copia de la demanda y anexos.

2.2. Por auto del 20 de agosto de 2013 se admitió la demanda y se ordenó la notificación a la Contraloría General de la República, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público⁸.

2.3. La **Contraloría General de la República**, a través de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 7 de octubre de 2013, esto es, en oportunidad, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, para lo cual expuso en concreto⁹:

Que no es cierto que el demandante haya cumplido sus funciones como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, por cuanto en la actuación administrativa que se adelantó en su contra se demostró que fue negligente y omitió ejercer los controles y la supervisión para preservar el patrimonio público.

Arguyó que tampoco es cierto que los planes promocionales fueran usuales en el giro de los negocios de las licoreras del país, ni que obedecieran a las necesidades y requerimientos de la empresa.

Afirmó que es falso que las decisiones adoptadas por la junta directiva en relación con los planes promocionales se hayan justificado en estudios técnicos, dado que los soportes que refiere el actor corresponden a otros asuntos y por ello es desacertado indicar que actuaron amparados por el principio de confianza legítima.

Refirió que las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal, se profirieron con base en Ley 222 de 1995, la Ley 489 de 1998, el Decreto Departamental 1041 de 1982 y el estatuto orgánico de la Industria de Licores del Valle, normas aplicables a las Empresas

⁷ Folios 266 del cuaderno de primera instancia nro.1.

⁸ Folios 273 y 274 del cuaderno de primera instancia nro. 1.

⁹ Folios 285 a 298 del cuaderno de primera instancia nro.1.

Industriales y Comerciales del Estado en relación con los deberes y responsabilidades del gerente general y los miembros de la junta directiva dada su naturaleza jurídica; además, que de conformidad con lo establecido por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, es posible aplicarles normas de derecho privado.

En consecuencia, dado que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se rigen por el derecho privado no resulta extraño que para determinar la responsabilidad de los administradores se pueda acudir a las normas del Código de Comercio, modificado en su libro II por la Ley 222 de 1985.

Acotó que en el proceso fiscal se probó que durante el período 2008 - 2010 se adoptó un plan promocional de unidades de producto que superó el porcentaje razonable del 6.4% del plan de ventas lo cual generó un detrimento patrimonial de \$17.022.231.176 y además un detrimento por concepto de tributos dejados de percibir por el departamento del Valle que ascendió a la suma de \$19.507.365.504, lo que arrojó una suma total de \$39.643.607.486 pesos.

Advirtió que el detrimento patrimonial cuyo resarcimiento ordenó el acto acusado no proviene de la cesión que se hizo del contrato de comercialización ni de su prórroga sino de los planes promocionales adoptados por la empresa durante el período 2008-2010 y de los otrosíes que se hicieron que no estuvieron sustentados en estudios técnicos o financieros ni obedecieron a criterios objetivos, tal como se advierte con claridad de lo expuesto en el capítulo de cuantificación del daño contenido en el acto acusado.

Aseveró que la existencia de los estudios para la adopción de los referidos planes promocionales no podía acreditarse con una declaración e insistió en que los estudios invocados por el actor en su defensa se adelantaron por temas como la cesión y prórroga del contrato, aspectos de los que no se derivó ningún tipo de responsabilidad fiscal.

Aludió que el demandante no puede alegar que se haya desconocido el principio de la buena fe dado que incurrió en conductas negligentes y basó su defensa en la existencia de unos estudios que no están acreditados dentro del proceso ni tampoco determinó sobre qué aspectos dejó de pronunciarse la entidad demandada.

Hizo referencia a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-512 de 2013 al declarar la exequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, con el objeto de destacar que el artículo 118 de la citada norma no desconoce la presunción de inocencia, el principio de la buena fe ni la regla sobre antecedentes penales y contravencionales prevista en el artículo 248 de la Constitución.

Propuso como excepción la de inepta demanda por considerar que las causales de nulidad invocadas en la demanda carecían de fundamentación.

2.4. El 27 de enero de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la cual se negó la solicitud de acumulación del proceso formulada por el apoderado de la parte demandante; se declaró no probada la excepción de inepta demanda; se fijó el litigio; fue abierto el proceso a pruebas; se consideró innecesario realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera el concepto, respectivamente¹⁰, los cuales fueron presentados en oportunidad; el Ministerio Público guardó silencio.

2.5. El apoderado de la parte actora presentó el 11 de febrero de 2014, solicitud de suspensión provisional del acto acusado¹¹, la cual fue denegada mediante proveído del 24 de abril del mismo año¹².

¹⁰ Folios 339 a 342 obra el acta de la audiencia y a folio 343 el CD de la misma, del cuaderno de primera instancia nro.1.

¹¹ Folios 390 a 401 del cuaderno de primera instancia nro. 1.

¹² Folios 434 a 442 del cuaderno de primera instancia nro. 1.



III. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 29 de mayo de 2014, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora, con fundamento en lo siguiente¹³:

Afirmó que de la lectura del acto acusado se podía extraer que la Contraloría General de la República sí tuvo en cuenta todos los elementos de la responsabilidad fiscal para atribuir al demandante la conducta que se le endilgó.

Señaló que el ente demandado encontró probada la existencia de un daño al patrimonio público, representado en los ingresos dejados de percibir por el Departamento del Valle del Cauca y la Industria de Licores del Valle por concepto de las degustaciones aprobadas por la junta directiva de esta última; mismas que significaron una disminución en los tributos que se debían percibir por la distribución de un producto elaborado por dicha industria.

Agregó que, de igual forma, se acreditó el nexo de causalidad entre la conducta asumida por el actor en calidad de miembro de la junta directiva de la Industria Licorera y el daño patrimonial cuestionado, toda vez que éste se originó en la implementación del plan promocional.

Manifestó que el demandante aceptó que dentro de las funciones que le correspondían como miembro de la junta directiva, acorde con lo establecido por el artículo 17 del Acuerdo número 026 del 3 octubre de 1994, estaban las de controlar el funcionamiento de la empresa; aprobar las inversiones y operaciones que debía realizar la empresa; aprobar los acuerdos, traslados, adiciones que se originaran con cargo a los recursos propios de la industria, de conformidad con las disposiciones legales emitidas por la Secretaría de Hacienda.

¹³ Folios 444 a 471 del cuaderno de primera instancia nro.1.

Indicó que por lo anterior el señor Castrillón Rodríguez debió emplear toda la diligencia y cuidado en la aprobación de los planes y programas adoptados por la Industria de Licores del Valle, verificar que los mismos se ajustaran a sus políticas y fines, y ejercer el control respectivo, gestión que no se cumplió, dado que el órgano de control verificó que se aprobó un plan promocional nocivo para los intereses del ente territorial y de la licorera.

Sobre los soportes técnicos del referido plan promocional sostuvo que la parte actora no los discriminó ni los aportó al expediente, motivo por el cual no logró desvirtuar lo consignado en los actos demandados y, pese a que en las actas de reunión de la junta directiva se hizo referencia a unos conceptos técnicos, no se pudo establecer con certeza que correspondieran a la implementación del programa publicitario objeto del proceso de responsabilidad fiscal.

Además, afirmó que todos los miembros de la junta directiva tenían la responsabilidad de analizar el contenido de tales estudios y no podían excusarse en el actuar del gerente del órgano directivo.

Aseveró que lo dicho por la parte demandante en cuanto a que su actuación nunca estuvo motivada por un interés oscuro o arbitrario no tiene la fuerza suficiente para desvirtuar que incurrió en el incumplimiento de sus funciones; hizo un análisis sobre la definición doctrinal del dolo, la culpa levísima y la culpa grave, para concluir que, en concepto de la Contraloría General de la República, se acreditaron los presupuestos de la responsabilidad.

Explicó que se aplicó a los investigados la Ley 222 de 1995, en su calidad de miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, entidad que, dada su naturaleza jurídica y atendiendo lo establecido por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, le resultaban aplicables las normas de derecho privado.



Coligió con fundamento en lo anotado, que la parte demandante no logró desvirtuar los elementos de la responsabilidad fiscal o que se haya incurrido en irregularidad alguna en la investigación adelantada en su contra.

Sobre la vulneración del principio de buena fe advirtió que la parte actora no expresó en forma concreta las razones por las cuales ello ocurrió y por ende no había lugar a hacer ningún pronunciamiento al respecto; no obstante, así el actor hubiese actuado de buena fe, no estaba exento de la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus funciones.

Agregó que el señor Castrillón Rodríguez no podía justificarse en indicar que confió en los informes presentados por el gerente de la Industria de Licores del Valle para obtener la aprobación del plan promocional cuestionado, dado que tenía el deber de examinar, indagar y confrontar los informes y conceptos, sin que pudiese trasladar de forma exclusiva la responsabilidad al gerente.

Frente a la violación al derecho al debido proceso, anotó que de la lectura de los actos acusados se podía establecer que fue precisamente con base en los argumentos traídos por el hoy demandante que se calificó su conducta y se adoptó la decisión debatida, sin que le asista razón al afirmar que tales argumentos no fueron considerados al resolver en segunda instancia del proceso de responsabilidad fiscal.

En razón a lo expuesto concluyó que no se le daría prosperidad al único cargo formulado en contra del acto demandado y denegó las pretensiones de la demanda.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido por el *a quo*, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación y para sustentarlo manifestó lo siguiente¹⁴:

En cuanto a las funciones de la junta directiva y el incumplimiento de las mismas:

Afirmó que en la sentencia de primera instancia se hace referencia a la falta de observancia de las funciones legalmente atribuidas al señor Castrillón Rodríguez por haber aprobado un plan promocional, cuando éste fue informado durante los años 2008, 2009 y 2010 que el contrato de comercialización estaba cumpliendo su objeto, que las ventas estaban por encima del límite acordado, los ingresos eran óptimos y se atendían a cabalidad las funciones de la empresa y los logros planteados.

Destacó que dentro las funciones propias de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no estaba la de efectuar la interventoría y control del contrato de comercialización, ni verificar la parte operativa de la empresa, actividades que correspondían al subgerente comercial y de mercadeo y al comité de mercadeo, por lo que es un absurdo que se haya cuestionado al demandante por obligaciones ajenas a sus competencias y lo que interesaba a la junta era que el contrato estuviera dando los resultados esperados.

Transcribió el contenido de la declaración rendida en el proceso fiscal por la señora Paula Andrea Martínez Vélez, quien para el momento de los hechos se desempeñaba como subgerente comercial de la empresa, para señalar que dicha prueba no fue analizada de forma integral; acotó que esta persona fue la encargada de desarrollar y explicar los planes promocionales que se cuestionan y que los mismos sí se fundamentaron en estudios previos presentados ante la junta directiva.

¹⁴ Folios 475 a 544 del cuaderno de primera instancia nro. 2, también allegó el 4 de diciembre de 2014 folios 60 a 65 del cuaderno principal de segunda instancia nro. 1, un memorial de "*ampliación del recurso de apelación*", que se radicó de forma extemporánea, razón por la que no se tendrá en cuenta para abordar este estudio.

Afirmó que ni en el auto de imputación ni en el fallo de responsabilidad fiscal se estableció cuál fue la acción u omisión atribuida a la junta directiva y que la Contraloría General de la República no logró demostrar que el demandante hubiese tenido conocimiento de irregularidades frente a la cuales haya guardado silencio; aseguró que el ente demandado se limitó a afirmar que no actuó con el debido cuidado y diligencia, bajo apreciaciones subjetivas carentes de soporte normativo y jurisprudencial.

Consideró que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle atendió las funciones que le fueron asignadas en los estatutos y en ese punto llamó la atención que el fallo de responsabilidad fiscal refiriéndose al nexo causal dispuso que la norma que establece las funciones de la junta es el Decreto 1041 de 1982, el cual no rige desde hace muchos años y dentro de las funciones que estaban enmarcadas en el estatuto de la Industria de Licores del Valle adoptado mediante el Acuerdo nro. 26 de 2003, se indicaron cuáles eran las de la junta directiva, dentro de las cuales no estaba la de aprobar planes promocionales ni hacerles seguimiento y control.

Estimó que debieron separarse las responsabilidades empresariales tanto de la junta directiva como del gerente de la empresa y el recurrente en su calidad de secretario de planeación departamental ocupó un puesto en la junta directiva de la Industria de Licores del Valle atendiendo el mandato de los estatutos adoptado mediante el Acuerdo nro. 26 del 3 de octubre de 1994 cuya funciones son coherentes con las definidas en la Ley 489 de 1998 en su artículo 90, las cuales cumplió a cabalidad, así como lo estatuido en el artículo 11 del Decreto 1041 de 1982, modificado por el artículo 17 del Acuerdo nro. 26 del 3 de octubre de 1994.

Violación de la garantía de favorabilidad del imputado de responsabilidad fiscal:

Ante la comprobación de la ausencia de dolo en la conducta desplegada por su poderdante como gestor fiscal, lo procedente en la segunda instancia del proceso administrativo era proferir un fallo sin responsabilidad fiscal, por lo que cuestionó que se haya mantenido la existencia de culpabilidad para cambiar de forma inconsulta la imputación a culpa, lo que en su criterio desconoce el precedente judicial sentado en la sentencia SU- 620 de 1996 de la Corte Constitucional.

Estimó que en el ámbito exclusivo de la culpa fiscal, la culpa grave es la única capaz de comprometer la responsabilidad del gestor fiscal, agregando que cualquier otra consideración descarta la posibilidad de graduarla como si sucede en otros escenarios e impacta de manera negativa el núcleo esencial del debido proceso.

Violación del derecho fundamental al debido proceso:

El recurrente estimó que se infringió este derecho en tanto de forma intencional fueron desconocidos los artículos 38, 39 y 85 de la Ley 489 de 1998 aplicables a las EICE del nivel territorial *“al preferir, erróneamente, hacer efectivas normas de derecho privado sobre responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles a un empleado de una EICE que se rige por normas especiales, con el fin de precipitar una responsabilidad fiscal solidaria de mi cliente respecto de los demás imputados, que es inexistente”*.

Agregó que los fallos de responsabilidad fiscal de primera y segunda instancia incurrieron en una ostensible violación de la ley al subsumir en la situación de su poderdante el régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles, contenido en los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 222 de 1995, pese a que éste no tiene conexidad material alguna con el supuesto bajo el cual debe responder “el gerente” (sic) general de la Industria de Licores del Valle, cuando las EICE se rigen por normas de derecho público.

Aplicación errónea del Estatuto General de Contratación:

Aseguró el apoderado del recurrente que se utilizaron de manera errónea normas especiales propias del Estatuto General de Contratación Administrativa para reprochar la celebración de la cesión y prórroga del contrato de distribución objeto de reproche cuando el régimen de contratación de la Industria de Licores del Valle es de derecho privado.

Aplicación de una responsabilidad solidaria:

En el recurso se indicó: *“las decisiones demandadas violan el artículo 90 de la Constitución Política, pues imputan una responsabilidad fiscal solidaria a mi poderdante, para luego responsabilizarlo en primera instancia con base en una decisión “salomónica” de división prorrateada de la obligación de resarcir al erario, y finalmente, confirmarle la responsabilidad otra vez, pero bajo la premisa de la solidaridad, con base en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, cuando la entidad accionada debía aplicar la excepción de inconstitucionalidad”*.

Añadió que se desconoció el artículo 90 constitucional porque tanto en primera como en segunda instancia aplicaron una responsabilidad fiscal solidaria al señor Luís Humberto Castrillón y a los demás responsables fiscales lo que considera abiertamente inconstitucional.

Alegó que la obligación que se deriva de resarcir al erario cuando en la responsabilidad fiscal concurren varios autores no es solidaria ni divisible en partes iguales sino conjunta.

Explicó que en Colombia la solidaridad de la responsabilidad civil extracontractual consagrada en el artículo 2344 del Código Civil responde a la preocupación del legislador de asegurar la reparación total del daño, es decir, la solidaridad de los civilmente responsables pero de

manera contraria en el derecho público ocurre algo diferente y cabe distinguir entre la solidaridad de la responsabilidad patrimonial del Estado para con los terceros y la solidaridad de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos para con el Estado.

Aseveró: “de aceptarse la responsabilidad fiscal solidaria de los varios servidores públicos implicados en el proceso de responsabilidad fiscal Rad. No. 6-007-11, tanto el despacho de la doctora MARTÍNEZ BRAVO como el de la doctora MORELLI RICO se exonerarían, sin ninguna justificación razonable, de tener que acreditar, en las distintas etapas en que así la reconocieron, mediante pruebas que permitan arribar a la certeza sobre su existencia, uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal: el nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal y el daño patrimonial al Estado”.

En consecuencia, atendiendo lo previsto por los artículos 53 y 54 de la Ley 610 de 2000, cuando no haya prueba que conduzca a la certeza de uno de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal en concreto de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario lo que procedía en lugar de decretar la responsabilidad solidaria era un fallo sin responsabilidad fiscal.

Por otra parte el recurrente intituló como “cuestiones varias” las siguientes:

- Consideró necesario para cuantificar el detrimento patrimonial traer a colación un derecho de petición interpuesto por el señor Doney Ospina, el cual permitía concluir que el fallo de segunda instancia presentaba errores aritméticos en lo referente al volumen tanto de ventas como del volumen real del producto promocional del período 2008, 2009 y 2010, coligiendo que los planes promocionales no causaron detrimento alguno.



- Que el 17 de diciembre de 2010 se hizo una solicitud irregular de control excepcional sobre la Industria de Licores del Valle por parte del gobernador del departamento del Valle del Cauca cuando no se trata de un ente territorial; además de que la contraloría departamental había proferido previa revisión de la cuenta de la Industria de Licores del Valle los fenecimientos correspondientes a las vigencias 2008, 2009 y 2010.
- Falta de competencia de la Contraloría General de la República para admitir el control excepcional sobre la Industria de Licores del Valle, por cuanto no se trata de una entidad territorial sino de una empresa industrial y comercial del Estado.
- Declaratoria de impacto nacional del proceso nro. 6-007-11 por parte de la Contraloría General de la República: advirtió que la Contraloría General de la República declaró esta investigación como de impacto nacional y dispuso su traslado a la Unidad Anticorrupción, lo que consideró comprometió el concepto del superior jerárquico e incurrió en violación manifiesta del principio de imparcialidad.

Por las anteriores razones solicitó fuera revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a lo solicitado en las pretensiones de la demanda.

El recurso fue concedido por auto del 26 de junio de 2014¹⁵.

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. El recurso de apelación fue asignado mediante acta individual de reparto del 25 de agosto de 2014¹⁶ al despacho del entonces Consejero de Estado Guillermo Vargas Ayala, quien en proveído del 30 de octubre de 2014, analizó que en el auto admisorio de la demanda se había omitido ordenar la notificación a los terceros interesados, por lo que se configuraba la causal de nulidad establecida en el numeral 8 del artículo

¹⁵ Folio 957 del cuaderno principal de la primera instancia.

¹⁶ Folio 2 del cuaderno principal de segunda instancia.

133 del Código General del Proceso y en los términos previstos por el artículo 137 del mismo ordenamiento, requirió a las partes para que aportaran las direcciones de notificación de aquellos, con el objeto de ponerles en conocimiento tal irregularidad¹⁷.

5.2. Por auto del 25 de junio de 2015 se declaró saneado el proceso, bajo el entendido que los terceros interesados convalidaron la actuación surtida por el *a quo*¹⁸ y no era necesario declarar la nulidad por su falta de vinculación dado que no les asistía un interés directo en el resultado mismo en la medida que las resultas de la decisión solo beneficiarían al actor¹⁹; en el mismo proveído se admitió el recurso de apelación; mientras que por auto del 21 de agosto de 2015 se negó la solicitud de pruebas formulada con la alzada (documentales e inspección judicial)²⁰ y en providencia del 29 de septiembre de 2015 se corrió traslado para alegar de conclusión²¹.

5.3. El recurrente presentó escrito describiendo el traslado en oportunidad, donde además de reiterar algunos de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, trajo a colación la decisión adoptada por esta Sección en el proceso con radicado nro.11001032400020120030300²² que ordenó la suspensión provisional del acto acusado.

Lo anterior, por estimar que la entidad demandada, al emitir el fallo de segunda instancia, impuso una condena solidaria en aplicación del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, cuando dicha norma no se encontraba vigente para el momento en que inició la investigación que

¹⁷ Folios 10 a 13 del cuaderno principal de segunda instancia.

¹⁸ Folios 46 a 57 del cuaderno principal de segunda instancia

¹⁹ Por cuanto la posible prosperidad de las pretensiones de la demanda solo beneficiarían al actor, en razón a lo dispuesto en el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.

²⁰ Folios 97 a 100 del cuaderno principal de segunda instancia.

²¹ Folio 113 del cuaderno principal de segunda instancia, además de la parte demandante y la demandada presentaron alegatos de conclusión el apoderado del señor Juan Carlos Abadía y el señor Doney Ospina Medina, personas a las que en el inicio de la actuación de segunda instancia se les atribuyó la calidad de terceros interesados, tales escritos que no serán tenidos en cuenta en razón a que dichas personas no fueron vinculadas al proceso tal y como quedó establecido en el auto del 25 de junio de 2015.

²² mediante providencia del 30 de septiembre de 2013.

condujo a la mentada decisión; solicitó tomar en cuenta dicho pronunciamiento al momento de abordar el estudio del caso²³.

5.4. El apoderado de la Contraloría General de la República en escrito radicado en tiempo, además de reiterar lo expuesto en sus intervenciones en la primera instancia, señaló²⁴:

Que la parte demandante no pudo demostrar ningún vicio que derivara en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que éstos fueron expedidos dentro del marco de las competencias y atribuciones de la Contraloría General de la República respetando los derechos al debido proceso, defensa y audiencia de los implicados.

Aseguró que en el auto de segunda instancia demandado se hizo un juicioso análisis probatorio, a través del cual se demostró que el plan promocional implementado por la Industria de Licores del Valle no obedecía a una estrategia promocional cuidadosamente diseñada con el fin de alcanzar objetivos concretos, sino que se adoptó un sistema promocional que desbordaba todo criterio razonable.

Adujo que lo dispuesto en el acto administrativo cuestionado sobre el daño y su cuantificación podía resumirse de la siguiente forma:

"[...]

Cuadro 1

	2008	2009	2010
Unidades en promoción	348.295	1.724.083	2.379.714
Unidades vendidas	10.185.451	11.491.007	10.351.785

De acuerdo a lo anterior, entre los años 2008 y 2009, se incrementó la promoción en 1.375.788 unidades de producto, es decir en un 395%, arrojando un incremento en las ventas de 1.305.556, que corresponde a un porcentaje del 13%. (Ver cuadro 2). Entre los años 2009 y 2010, se incrementó la promoción en 655.631 unidades, esto

²³ Folios 124 a 130 del cuaderno principal de segunda instancia.

²⁴ Folios 198 a 212 del cuaderno principal de segunda instancia.



es, el 38%, pero las ventas efectivas disminuyeron con relación al año 2009 en 1.159.222 unidades de producto, es decir un 10%.

Cuadro 2

Unidades de producto	Variación entre 2008 y 2009	Variación entre 2009 y 2010
Incremento promoción	1.375.788	655.631
Incremento porcentual	395%	38%
Variación ventas	1.305.556	-1.159.222
Variación porcentual	13%	-10%

Como se observa, el aumento en las unidades de promoción no lograron generar ventas efectivas superiores a 11.500.000 unidades de producto, como se muestra en el cuadro 1 y el gráfico 1, e incluso el aumento excesivo de unidades de promoción del 395% y 38% que se evidencia en los años 2009 y 2010 respectivamente, como se muestra en el cuadro 2, en el primer año solo generó un 13% de aumento de ventas, mientras que en el año 2010 no generó absolutamente ningún aumento; por el contrario, las ventas efectivas disminuyeron en más de 1.000.000 de unidades. Ver cuadro 2 y gráfico 1.

(...) fenómeno que se agrava en el año 2010 cuando se elevó el porcentaje de promoción hasta el 23% con un resultado contrario a una gestión eficaz, dado que las ventas cayeron a un nivel del 89% del mercado. Ver gráfico 3 [...].”.

Sobre la aplicación de la Ley 1474 de 2011 señaló que la apertura del proceso de responsabilidad fiscal nro. 006 de 2011 se dio el 7 de abril de dicho año y que la citada norma fue promulgada el 12 de julio de la misma anualidad y no el 12 de julio de 2012 como lo indicó el recurrente; por lo tanto, era procedente que el órgano de control diera aplicación al artículo 119 de la citada ley.

Frente a la solidaridad, indicó que en materia de responsabilidad no se trata de una figura existente solo a raíz de la expedición de la Ley 1474 de 2011, sino que se venía aplicando en esta clase de procesos²⁵ por disposición del artículo 2344 del Código Civil, con el fin de asegurar la reparación total del daño.

²⁵ Apoyó su conclusión citando un aparte de la obra Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal de señor Pablo César Díaz Barrera y un pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección primera, sentencia del 27 de marzo de 2003, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, número de radicación 199648501 (7370)



En relación con el pronunciamiento emitido por esta Corporación dentro del radicado 11001032400020120030300, por medio del cual se suspendió provisionalmente el acto atacado, arguyó que la Contraloría General de la República hizo uso de los recursos procedentes y además solicitó la nulidad de toda la actuación por falta de competencia del Consejo de Estado para decidir medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía, nulidad que fue decretada a partir del auto admisorio de la demanda mediante providencia del 30 de septiembre de 2013 y se ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, asignándosele el nuevo número de radicación 25 000 23 41 000 2014 00287 00, proceso en el que se negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados mediante auto de 3 de septiembre de 2014.

Con base en las citadas consideraciones, solicitó denegar las pretensiones de la demanda y confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B.

Por último, el señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia-Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 150 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, y 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019²⁶ expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

²⁶ Que compiló y actualizó el Reglamento del Consejo de Estado.

6.2. Hechos probados

En el proceso se encuentra acreditado lo siguiente:

6.2.1. El señor Luis Humberto Castrillón Rodríguez se desempeñó como Secretario de Planeación del Departamento del Valle de Cauca, en el período comprendido entre el 10 de enero de 2008 y el 29 de diciembre de 2010; en atención a dicha calidad y con fundamento en el Acuerdo nro. 15 del 18 de junio de 1995²⁷, hacía parte de la Junta Directiva de la Industria de Licores del Valle.

6.2.2. La Industria de Licores del Valle adelantó un proceso de invitación abierta para la contratación de la distribución y venta de sus productos en el Departamento del Valle del Cauca, la cual culminó con la adjudicación a la Unión temporal Comercializadora Logística Integral S.A.²⁸.

6.2.3. Como consecuencia de ello, entre la Industria de Licores del Valle y la Unión Temporal Comercializadora Logística Integral S.A., se celebró el 7 de abril de 2008 el contrato nro. 20080035, con el objeto de realizar *"la distribución y comercialización de productos de consumo masivo, que garantice la distribución y venta de los productos que fabrique, comercialice y/o distribuya la Industria Licorera del Valle, referidos en todo caso a la categoría de licores en el Departamento del Valle del Cauca"*²⁹, con un término de duración de tres (3) años, prorrogables.

6.2.4. En la cláusula novena del citado contrato, se estableció lo siguiente en relación con la promoción y publicidad de los productos de la Industria Licorera:

"[...] Corresponde a la INDUSTRIA fijar y desarrollar las políticas de promoción y publicidad, así como la ejecución presupuestal del Plan Estratégico de Promoción y Publicidad de Mercadeo.

²⁷ Folios 74 y 75 del cuaderno principal.

²⁸ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro. 2 "540527 MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 2 (336 - 396)"

²⁹ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro. 2 "540527 MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 2 (336 - 396)".

La ejecución del Plan Estratégico de Promoción y Publicidad de mercadeo, corresponde a las partes en forma conjunta, para lo cual se adelantaran Comités semanales de Mercadeo, previa convocatoria realizada por el Subgerente Comercial y de Mercadeo de la empresa estatal, entre funcionarios y asesores externos de la Subgerencia Comercial y de Mercadeo de LA INDUSTRIA y los Jefes Comerciales y de Mercadeo del CONTRATISTA³⁰[...]”.

6.2.5. Acorde con lo estipulado en la cláusula décima quinta del mismo contrato nro. 20080035, la interventoría, supervisión y control, quedó a cargo del Subgerente Comercial y de Mercado de la Industria; *“Sin perjuicio de las facultades de vigilancia y control que le atribuyen las normas vigentes sobre el tema, a las entidades estatales; LA INDUSTRIA se reserva la facultad de revisar los libros de contabilidad del CONTRATISTA en todo cuanto se relacione con la promoción y venta de los productos a que se refiere el presente documento, e igualmente le asiste el derecho de supervisar tanto la comercialización de sus productos como el servicio a la clientela”³¹.*

6.2.6. La Junta Directiva de la Industria de Licores del Valle expidió los siguientes actos:

(i) El Acuerdo 05 del 27 de marzo de 2008 *“por medio del cual se aprueba un plan promocional con producto, se otorga una herramienta promocional para el impulso de los productos de la industria y se autoriza una delegación para contratar”³².*

(ii) El Acuerdo nro. 10 del 5 de agosto de 2008, *“por medio del cual se modifica el Acuerdo No. 05 de marzo 27 de 2008”³³.*

(iii) El Acuerdo nro. 3 del 5 de marzo de 2009 *“por medio del cual se aprueba un plan promocional para el impulso de los productos de la Industria de Licores del Valle”³⁴.*

³⁰ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro. 2 “540527 MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 2 (336 - 396).

³¹ Ibídem.

³² Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Página 22.

³³ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Página 23.

(iv) Por Acta nro. 003 del 1 de marzo de 2010, aprobó el plan promocional para el impulso de los productos³⁵.

6.2.7. En desarrollo de las anteriores determinaciones la Industria de Licores del Valle y el contratista suscribieron las siguientes actas de acuerdo:

(i) Nro. 1 del 7 de agosto de 2008, por medio de la cual la Industria Licorera reconoce un estímulo en producto equivalente hasta el 4% del total del producto comprado y comercializado por la Unión Temporal Comercializadora Logística Integral S.A. durante la vigencia 2008³⁶.

(ii) Nro. 2 del 5 de mayo de 2009, por medio de la cual se definen las políticas para el plan publicitario comercial 2009-2011, entre otras disposiciones³⁷.

(iii) Nro.3 del 3 marzo de 2010, por medio de la cual se ratifican como políticas del plan publicitario y comercial para el período 2009-2011, las contenidas en el acta del 5 de mayo de 2009, entre otras disposiciones³⁸.

6.2.8. Atendiendo lo aprobado por la misma junta, se suscribieron al contrato 20080035 los otrosíes nro. 01 del 10 de diciembre de 2008 donde se cambió la forma de pago al contratista³⁹; el número 02 del 13 de abril de 2009⁴⁰, allí también se cambió la forma de pago de manera temporal hasta el 31 de diciembre de 2009⁴¹; nro.3 del 6 de marzo de 2009, mediante el cual se modificó la cláusula novena del contrato y se

³⁴ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Páginas 28 y 29.

³⁵ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Página 52.

³⁶ Folios 695 a 696 del cuaderno de pruebas nro. 2

³⁷ Folios 697 a 704 del cuaderno de pruebas nro. 2

³⁸ Folios 705 a 707 del cuaderno de pruebas nro. 2

³⁹ En el sentido que el valor del producto, el impuesto al consumo, el IVA y demás cargos debían ser pagados por el contratista en las cuentas que la Industria designara en efectivo, transferencia electrónica o cheque de gerencia dentro de los 8 días siguientes a la facturación.

⁴⁰ Folios 662 a 663 del cuaderno de pruebas nro. 2

⁴¹ En el sentido que el valor del producto, la participación al departamento, y demás cargos, debían ser cancelados por el contratista en las cuentas que la Industria designara, en efectivo, transferencia electrónica o cheque de gerencia dentro de los 30 días siguientes a la facturación.

adicionó un párrafo⁴²; nro. 4 del 29 de enero de 2010 que amplió el objeto del contrato a la distribución y venta de los productos que fabrique, comercialice y/o distribuya la Industria, referidos a la categoría de licores, toda clase de bebidas destiladas o fermentadas, las no destiladas, las espirituosas, esencias y demás componentes y subproductos de licores; nro. 05 del 8 de marzo de 2010⁴³ y 6 del 23 de julio de 2010⁴⁴, por medio de los cuales nuevamente se modificó la cláusula 9 del contrato 20080035 de 2008.

6.2.9. El 3 de junio de 2009, se aprobó la cesión del contrato nro. 20080035 suscrito entre la Industria de Licores del Valle y la Unión Temporal Comercializadora Logística S.A⁴⁵.

6.2.10. El 22 de noviembre de 2010, el Contralor Auxiliar para el control fiscal remitió a la gerente de la Industria de Licores del Valle el informe de la visita fiscal en el que afirma se verificó la ejecución del plan comercial vigencia 2009- 2010 suscrito entre la Industria de Licores del Valle y la Unión Temporal Comercializadora Integral S.A.S., del mismo se destaca⁴⁶:

"[...] Revisada la información suministrada por la Industria de Licores del Valle se concluye:

- 1. El Plan Promocional es un mecanismo comercial utilizado por la Industria desde vigencias anteriores a la suscripción del contrato de distribución en el año 2008.*

42 Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Folios 32 a 33. La modificación de la cláusula novena consistió en que correspondía a la Industria de Licores del Valle fijar y desarrollar las políticas de promoción y publicidad de mercadeo y que la ejecución del plan estratégico de promoción y publicidad de mercadeo correspondía a las partes en forma conjunta, para lo cual se debían adelantar comités mensuales de mercadeo, previa convocatoria realizada por el Subgerente Comercial y de Mercadeo. Así como un párrafo según el cual el contratista se comprometía a ejecutar el plan comercial y publicitario 2009 entregado por la Industria de Licores del Valle, el cual comprendía las ferias en los diferentes municipios, estímulos a canales de distribución, conciertos, material publicitario y eventos que promocionaran el consumo de licores.

43 Folios 672 a 677 del cuaderno de pruebas nro. 2

44 Folios 678 a 694 del cuaderno de pruebas nro. 2

45 Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Folios 42 a 44.

46 Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro. 3 (fls. 530-600) PDF. Folios 1 a 8.

2. *El Plan Promocional fue autorizado por la Junta Directiva de la Industria para cada vigencia fiscal.*
3. *La Industria determinó las políticas promocionales a aplicar con el citado plan, de - acuerdo con lo definido en el contrato de distribución suscrito entre las partes.*
4. *El contratista ha entregado la información solicitada por la Industria correspondiente al citado plan promocional.*
5. *La Industria ha actuado en materia de impuesto conforme a las disposiciones ordenanzas que regulan el tratamiento del producto promocional de la Industria.*

4. **OBSERVACIONES**

No se evidencia un procedimiento implementado ni documentado para ejecución y seguimiento de entrega del Plan Comercial con los soportes correspondientes, donde se indique de acuerdo a lo pactado a que herramienta va dirigido, no se hace el cierre del Plan comercial en comento por cada vigencia o por mes, donde se justifiquen los saldos adeudados en cuanto a las cantidades aprobadas por la ILV.

Se observa deficiencia en los mecanismos de control o interventoría al Plan comercial que en este tema impide visualizar la gestión o claridad en las entregas del Comercializador a través de cada herramienta, por cuanto no queda evidencia física completa de la ejecución del objeto del plan, impidiendo establecer las obligaciones que de él se derive.

Preocupa a este Organismo de Control, las posibles consecuencias que pueda generar el incumplimiento de los compromisos suscritos entre la IILV y la UT Comercializadora integral S.A.S., con las entregas del Plan Comercial por parte de la Industria de Licores, la cual podría llevar a la Comercializadora a no cumplir las metas de ventas presupuestadas para la vigencia 2010, que se traduce en un alto riesgo financiero para las partes y las transferencias para el Departamento, afectando significativamente la inversión en la salud de los vallecaucanos. [...]"

6.2.11. Por estos hechos se abrió indagación preliminar la cual fue cerrada por auto del 22 de marzo de 2011, en donde se determinó que existía mérito para iniciar proceso de responsabilidad fiscal en contra del gerente general y los miembros de la Junta directiva de la Industria de Licores del Valle⁴⁷.

⁴⁷ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.5. MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 5 (904 - 933). Páginas 1 a 30.

6.2.12. Por auto nro. 00302 del 07 de abril de 2011 se ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal, estableciendo como presuntos responsables entre otros, el señor Luís Humberto Castrillón, en su condición de secretario de planeación del Departamento del Valle del Cauca y miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, para la época de los hechos; la cuantía inicial del daño se estimó en la suma de sesenta mil trescientos cincuenta y seis millones de pesos⁴⁸.

6.2.13. Por auto del 14 de diciembre de 2011, la Contralora Delegada Intersectorial de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la corrupción de la Contraloría General de la República le imputó responsabilidad fiscal, entre otros, al señor Luis Humberto Castrillón Rodríguez, en condición de Secretario de Planeación del Departamento del Valle del Cauca y miembro de la Junta Directiva de la Industria de Licores del Valle, para el momento de los hechos.

6.2.14. A través del Fallo con Responsabilidad Fiscal nro. 0001 del 20 de febrero de 2012, proferido por la Contralora Delegada Intersectorial de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la corrupción de la Contraloría General de la República, se dispuso⁴⁹:

"[...] ONCE: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, conforme lo previene el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 en contra de LUIS HUMBERTO CASTRILLON, identificado con cédula de ciudadanía No 16.661.755 en su calidad de Secretario de Planeación de la Gobernación del Valle del Cauca, para la época de los hechos en cuantía de \$6.879.876.162. [...]"

6.2.15. Mediante fallo del 23 de marzo de 2012, expedido por la Contralora General de la República se desató el recurso de apelación interpuesto contra la precitada decisión; allí se ordenó⁵⁰:

"[...] ARTICULO PRIMERO: De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, modificar parcialmente el fallo

⁴⁸ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.5. MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 5 (936 - 950). Páginas 1 a 30.

⁴⁹ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.25 304633 MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 25 (4690-4754).

⁵⁰ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.25, 942816 MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 25 (4788-4831).



con responsabilidad fiscal emitido el día 20 de febrero de 2012, por la Contralora Delegada Intersectorial de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, en el sentido de fallar con responsabilidad fiscal solidaria y a título de culpa grave y por una cuantía de \$ 40.767.369.586 indexado a febrero de 2012 contra las siguientes personas (...).

(...) CASTRILLON LUÍS HUMBERTO, identificado con cédula de ciudadanía nro. 16.661.755 [...]."

6.2.16. Por auto 0193 del 4 de diciembre de 2012, expedido por la Contralora General de la República, se dispuso⁵¹:

*"[...] **ARTICULO PRIMERO:** Corregir el fallo de segunda instancia proferido el 23 de marzo de 2012 dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 6-007-11, en el sentido de fallar con responsabilidad fiscal solidaria y a título de culpa grave y por una cuantía de \$ 39.643.607.486,00, TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS indexado a febrero de 2012 contra las siguientes personas [...]."*

6.3. Análisis de la Sala

Partiendo de los argumentos planteados en el recurso, la Sala abordará el estudio de los puntos de inconformidad, previo análisis de los elementos que deben estar reunidos para que se configure la responsabilidad fiscal.

Así mismo, se advierte que los asuntos que no fueron esgrimidos en la demanda sino solo en el escrito de apelación no pueden ser analizados en esta instancia por no haber sido objeto de debate procesal y frente a los cuales la parte demandada no tuvo oportunidad de controvertirlos; ellos son: la aplicación errónea de las normas del Estatuto General de la Contratación Administrativa; el control excepcional y la falta de levantamiento del fenecimiento. En tal medida, se recuerda que el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse respecto de los fundamentos de derecho expuestos en el libelo de la demanda.

⁵¹ Folio 1041 cuaderno anexo nro. 2.

En ese orden, la Sala se centrará en el examen de los aspectos que fueron objeto de inconformidad, expuestos en la demanda y reiterados en la alzada:

PRIMERO: Sobre las funciones de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle y el alcance dado en el fallo de responsabilidad fiscal:

La Sala, en aras de determinar si le asiste o no razón al recurrente y teniendo en cuenta los argumentos que ha expresado, en concreto analizará: (i) cuáles eran las funciones de la junta directiva; (ii) la acción u omisión atribuida; (iii) los estudios técnicos en los que afirma el actor se basó para aprobar los planes promocionales, y (iv) si por el hecho de haber aprobado unos planes promocionales podía imputársele responsabilidad fiscal al demandante, cuando dentro de las funciones de la junta no estaba la de supervisar el contrato de comercialización, pues la persona encargada de hacerlo era la señora Paula Andrea Martínez, subgerente comercial y de mercadeo de la Industria de Licores del Valle.

El artículo 1 de la Ley 610 de 2000, define el proceso de responsabilidad fiscal como: *"(...) el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado"*⁵².

Igualmente es importante tener en cuenta que el artículo 267 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo nro. 04 del 18 de septiembre de 2019⁵³, ilustra acerca del propósito que se persigue con el control fiscal⁵⁴:

⁵² Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, "bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal".

⁵³ "por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal",

⁵⁴ Aunque para la fecha de los hechos no estaba vigente la modificación introducida en el Acto Legislativo 04 de 2019, mantuvo incólume el propósito del control fiscal y es

"[...] ARTÍCULO 10. El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia quedará así: Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley. [...]" (se destaca)

En cuanto a los elementos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad fiscal, el artículo 5 de la Ley 610 exige que estén reunidos los siguientes: i) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; ii) un daño patrimonial causado al Estado y iii) el nexo causal entre los dos elementos anteriores; al respecto esta Sección ha dicho⁵⁵:

"[D]e lo anterior se coligen tres elementos de la responsabilidad fiscal: i) **elemento objetivo**, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) **elemento subjetivo**, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) **elemento de relación de causalidad**, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

[...]" (Negrita de la providencia)

Respecto al daño, el artículo 6 *ibídem* precisa que debe tratarse de una lesión al patrimonio público que se representa en el menoscabo, disminución, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna; **este puede provenir de la acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma**

que se trata de una función pública ejercida por la Contraloría General de la República para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicado nro. 17001-23-31-000-2010-00313-01.

dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento.

En tal sentido, la responsabilidad fiscal puede surgir **no solo por la acción sino también por la omisión de los servidores públicos** y los particulares que de manera directa administren o manejen recursos o fondos públicos y que con su conducta dolosa o culposa produzcan o contribuyan al detrimento.

En el caso concreto, en aras de determinar si le asiste o no razón al recurrente, esto es, que los actos acusados están viciados de nulidad y no había lugar a declararlo fiscalmente responsable, se tiene que lo probado es lo siguiente:

En cuanto al detrimento patrimonial

El recurrente considera que no se configuró y para cuestionar las unidades tenidas en cuenta para cuantificar el detrimento patrimonial trajo a colación un derecho de petición formulado por el señor Doney Ospina, en el que adujo, entre otros aspectos: *"que el fallo de 23 de marzo de 2012, corregido en diciembre 4 de 2012, presenta errores aritméticos en lo referente al volumen tanto de ventas, como del volumen real de producto promocional del periodo 2008, 2009 y 2010; incluso, acogiéndonos a las misma regla definida por la CGR para determinar la promoción de referencia del 6,4%, a partir del Otros si No.07"*.

El órgano de control fiscal señaló que, dado que las unidades de promoción en el año 2008 fueron 348.295 y las ventas ascendieron a 10.185.451; que en el 2009 se destinaron 1.724.083 unidades de promoción y se vendieron 11.491.007 y por último, en el año 2010 se destinaron 2.379.714 unidades en promoción mientras que las unidades vendidas fueron 10.351.785, esto equivale a que entre los años 2008 y 2009, la promoción se incrementó en 1.375.788 unidades de producto,

es decir, en un 395%, arrojando un incremento en las ventas de 1.305.556, que corresponde a un porcentaje del 13%, inferior a las unidades destinadas a la promoción; y entre los años 2009 y 2010 la promoción se incrementó en 655.631 unidades, esto es, el 38%, pero las ventas efectivas disminuyeron con relación al año 2009 en 1.159.222 unidades de producto, es decir un 10%.

A su turno, en el proceso de responsabilidad fiscal se estableció que el detrimento patrimonial por el que debían responder, entre otros, el señor Castrillón Rodríguez ascendía a la suma de treinta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres millones seiscientos siete mil cuatrocientos ochenta y seis pesos (\$39.643.607.486) m/l, *“debido a la implementación de un plan promocional desproporcionado, carente de objetividad y sustento jurídico”*⁵⁶.

Frente a este elemento, la Sala advierte que el recurrente se limita a cuestionar el referido detrimento sin presentar los soportes necesarios que permitan desvirtuarlo y así concluir que la cuantificación del daño no corresponde a la suma establecida, carga que tenía para desvirtuar las presunciones de legalidad y veracidad del acto, toda vez que, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*; en ese sentido, partiendo de la presunción de legalidad que revisten los actos acusados, éste no demostró la razón de su dicho.

En cuanto a la conducta negligente

Se cuestiona que el hecho que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, de la que hizo parte el señor Luís Humberto Castrillón Rodríguez, haya aprobado para los años 2008, 2009 y 2010 unos planes promocionales y otros íes al contrato de distribución y comercialización nro. 20080035, se traduzca en una actuación diligente, dado que no

⁵⁶ Fallo de segunda instancia de responsabilidad fiscal. Página 41 de la decisión.

tenían dentro de sus funciones y competencias hacer el seguimiento y la interventoría del respectivo contrato, sino que la misma estaba a cargo de la subgerente de mercadeo y que incluso para su aprobación tuvieron en cuenta unos estudios técnicos.

Al respecto, la Sala observa:

(i) El plan promocional aprobado en marzo de 2008 fue de quinientas mil unidades de botellas de 750 cc; en agosto del mismo año se amplió a un millón de unidades de botellas; en marzo del año 2009 a dos millones quinientas unidades de botellas y en marzo del año 2010 se amplió a tres millones de unidades de botellas; sin embargo, el mayor valor asumido por la Industria de Licores del Valle derivado del plan comercial ejecutado entre los años 2008 y 2010 no se vio reflejado ni en las cifras de ventas ni en los resultados esperados.

(ii) Ahora bien, comprende la Sala que los resultados de los planes promocionales no fueran conocidos de antemano por los miembros de la junta directiva durante el año 2008, pues hay un riesgo implícito en ello; pero sí tenían el deber y la responsabilidad de hacer el correspondiente seguimiento durante los años subsiguientes, es decir, 2009 y 2010, en aras de determinar si era procedente desde el punto de vista del costo beneficio mantenerlos, o cuál era su incidencia en las cifras de la entidad y del departamento. Es decir, si bien no puede atribuirse negligencia por la aprobación de un plan promocional que, en el primer año, tiene un resultado incierto, sí es atribuible tal conducta si se insiste en el mismo plan sin revisar las cifras de lo acontecido, para determinar las bondades o los problemas que él presenta.

(iii) Es incontrovertible que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle aprobó los siguientes acuerdos:

Mediante el Acuerdo 05 del 27 de marzo de 2008⁵⁷, aprobó un plan promocional de 500.000 unidades de botellas de 750 cc con productos de la industria para el período mayo a diciembre de 2008⁵⁸, el cual, según se lee en el mismo, lo expidió la junta *"en uso de sus atribuciones legales, en especial las contenidas en el artículo 17 del Acuerdo nro. 26 de octubre 03 de 1994 "Por el cual se dicta el Estatuto de la Industria de Licores del Valle"*⁵⁹ y tuvo como propósito: *"(...) una recuperación de mercado de sus productos empezando por el Valle del Cauca (...) y (...) crear mecanismos de promoción a través de los diferentes canales utilización de 500.000 unidades de producto en presentación de 750 c.c.(...)"*.

A través del Acuerdo nro. 10 del 5 de agosto de 2008⁶⁰, la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, amplió el plan promocional a un millón (1.000.000) de unidades de botellas de 750 cc⁶¹; allí se lee: *"(...) durante el primer semestre de la vigencia 2008 se ha logrado una importante recuperación del mercado de Aguardiente en el departamento Valle del Cauca. // "dicha recuperación es producto de las estrategias y planes promocionales, como el aprobado mediante Acuerdo No.05 de marzo 27 de 2008. (...)"*.

En el año 2009, expidieron el Acuerdo nro. 3 del 5 de marzo⁶² que aprobó *"(...) el Plan Comercial para entregar en la vigencia 2009 hasta 2.500.000 unidades de 750 cc3, adicionales al saldo de la vigencia del 2008 de 556.267 unidades de 750 cc3 (...)"*⁶³; en igual sentido, dicho acuerdo fijó unos planes promocionales motivado en un supuesto

⁵⁷“Por medio del cual se aprueba un plan promocional con producto, se otorga una herramienta promocional para el impulso de los productos de la industria y se autoriza una delegación para contratar”

⁵⁸ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Página 22.

⁵⁹ Ibídem.

⁶⁰ “por medio del cual se modifica el Acuerdo No. 05 de marzo 27 de 2008”.

⁶¹ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Página 23.

⁶² “por medio del cual se aprueba un plan promocional para el impulso de los productos de la Industria de Licores del Valle”.

⁶³ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Páginas 28 y 29.

incremento de utilidades y posicionamiento en el mercado; ahí se indicó:

"[...] Que durante la vigencia 2008 se recuperó parte del mercado perdido, especialmente en la zona norte del Valle del Cauca e igualmente se logró una mayor cobertura, lo que se tradujo en cifras de variación positiva en ventas con un aumento del 18% en el consolidado, pasando de 9.191.240 unidades en el 2007 a 10.858.344 unidades en el 2007 a 10.858. 344 unidades en el 2008.

Que con las diferentes estrategias promocionales que se realizaron en el durante la vigencia 2008, se logró el liderazgo con la marca Aguardiente Blanco del Valle sin Azúcar, lo cual permitió el crecimiento en ventas a nivel departamental en un 21% en el 2008, frente al 2007.

(...)

Que conforme con lo expresado por la Subgerencia Comercial y de Mercadeo, para la vigencia 2009, se proyectan diferentes actividades tanto a nivel Departamental como Nacional, a fin de obtener las ventas y penetración de mercado esperado.

Que el costo beneficio de esta estrategia está representado en la generación de \$104.364 millones para el departamento y otras entidades en la vigencia 2008, registrándose un incremento del 22% frente a los recursos generados en el 2007, que fueron de 85.676 millones. [...]"

Por último, mediante acta nro. 003 del 1 de marzo de 2010 se aprobó el plan promocional para el impulso de los productos para la vigencia 2010 en tres millones de unidades de botellas de 750 cc.⁶⁴, decisión que igualmente tuvo como fundamento los "resultados" obtenidos en los años anteriores que se indica impactaron las ventas de manera positiva, bajo las siguientes consideraciones:

"[...] Que durante el período 2007- 2009 se ha recuperado parte del mercado perdido, especialmente en la zona norte del Valle del Cauca e igualmente se logró una mayor cobertura, lo que se tradujo en cifras de variación positiva en ventas con un aumento del 18% en el consolidado, pasando de 10.500.0000 unidades en el 2008 a 11.491.006 en el 2009.

Que, con las diferentes estrategias promocionales que se realizaron durante la vigencia 2009, se logró el liderazgo con la marca Aguardiente Blanco del Valle sin Azúcar, lo cual permitió el crecimiento en ventas a nivel departamental en un 9% para el 2009.

⁶⁴ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.2, (fls. 336-396) PDF. Página 52.

Que para la vigencia 2010 la Industria de Licores del Valle, tiene como objetivo mantener el volumen de crecimiento logrado y construir, un mercado a nivel nacional, Inicialmente en los departamentos donde se cuenta con convenios de intercambio y/o introducción de licores.

Que conforme con lo expresado por la Subgerencia Comercial y de Mercadeo, para la vigencia.2010, se proyectan diferentes actividades tanto a nivel Departamental como Nacional, a fin de obtener las ventas y penetración de mercado esperado.

Que para cumplir con las metas proyectadas se justifica 'la necesidad de mantener el Plan Comercial para la vigencia 2010, como parte del plan estratégico planteado para el período 2008,2011 (anexo copia plan comercial). [...]’ (se destaca)

Ahora bien, denota la Sala que los soportes en los que parece haberse basado la junta para ampliar los planes promocionales son los siguientes:

El primero se trata de un documento denominado “*análisis de mercado para la implementación de actividades promocionales por medio de un producto en promoción*” firmado por la subgerente comercial de la Industria de Licores del Valle, Paula Andrea Martínez⁶⁵, del que se extrae lo siguiente:

“[...]
V. ACTIVIDADES PROMOCIONALES PROPUESTAS PARA EL AÑO 2008 PARA EL PRODUCTO

De acuerdo al análisis anterior, se propone para la Industria de Licores del Valle aprovechar el recurso de producto para vincularse de la siguiente forma a los canales de distribución y eventos:

- 1. Bonificación al canal mayorista: (...)*
- 2. Vinculación a supermercados: (...)*
- 3. Acuerdos con puntos de consumo: (...)*
- 4. Vinculación a eventos de gran magnitud: (...)*
- 5. Degustaciones: (...).*

VI. VENTAJAS DE LA ESTRATEGIA PROMOCIONAL

. Llena los inventarios de los clientes obligándolos a comercializar las marcas de la industria.

⁶⁵ Folios 312 a 313 cuaderno principal e igualmente en antecedentes proceso de responsabilidad fiscal. Memoria extendida.

- . Para la Empresa Estatal resulta más económico el pago en producto ya que en el momento de realizar el pago se liquida al precio de canal*
- . Permite dar a conocer los nuevos productos del portafolio de la ILV por medio de los canales de distribución*
- . Fideliza los canales de distribución construyendo relaciones comerciales a largo plazo*
- . Ofrece la oportunidad de dar promoción y publicidad en los diferentes eventos en que se genere consumo y se promuevan las marcas de la Industria.*
- . Apoya la labor comercial del distribuidor. [...]”*

El segundo, de donde se deriva la continuación de los planes promocionales en el año 2009, es el documento en donde se informó⁶⁶:

"[...] PRODUCTO EN PROMOCIÓN COMO ESTRATEGIA COMERCIAL Y DE MERCADEO PARA EL AÑO 2009

Teniendo en cuenta que la Industria de Licores del Valle debe seguir los parámetros establecidos en el Plan Estratégico del Cuatrienio 2008-2011, en donde se estipulan para el área de mercadeo es el aumento de las ventas del 21%.

La Gerencia General y la Subgerencia Comercial y de Mercadeo establecen un plan comercial para el año 2009 con el fin de dar cumplimiento a los objetivos planteados basado en la situación actual del mercado, la competencia y los canales de distribución.

1. Resultados vigencia 2008:

Para el año 2008 la Industria de Licores del Valle aprobó 1.000.000 unidades de 750 cm³ entre aguardiente y ron, obteniendo resultados que impactaron las ventas departamentales y construcción y desarrollo canales de distribución de la siguiente manera:

1.1. Ventas departamentales

Durante el año 2008 la Industria de Licores del Valle recuperó parte del mercado perdido en especial en la zona norte del Valle, igualmente logró una mayor cobertura del mercado lo que se tradujo en cifras en una variación positiva del 21% frente al año 2007.

(...)

1.2. Participación por canal de distribución en ventas Valle 2008:

⁶⁶ Folios 350 a 355 cuaderno principal e igualmente en antecedentes proceso de responsabilidad fiscal. Memoria extendida.

Teniendo en cuenta que la distribución numérica se fortaleció durante el año 2008, es posible decir que la presencia del producto es total a nivel departamental incluyendo el Norte del Valle. (...)

1.7. ESTRATEGIAS PARA EL AÑO 2009

Teniendo en cuenta el panorama anterior, la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE para el año 2009 debe desarrollar diferentes actividades tanto a nivel departamental como nacional a fin de obtener las ventas y penetración del mercado esperadas.

- 1. Vinculación a productos de consumo (...)*
- 2. Bonificaciones al distribuidor (...)*
- 3. Codificación de producto (...)*
- 4. Vinculación a eventos (...)*
- 5. Exclusividad en ferias (...)*
- 6. Degustaciones (...)*

Para el año 2009 la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE debe contar con 2.500.000 unidades de 750 cm³ para cumplir con este fin. Es importante tener en cuenta que se deben adicionar 556.267 unidades de 750 cm³ que se encuentran pendientes del año 2008.

Para dar cumplimiento al plan anteriormente estipulado es de vital importancia el compromiso del Distribuidor Comercializadora Logística Integral como actor estratégico quien debe cumplir con los objetivos de venta y distribución estipulados aprovechando el poder de negociación con los canales de distribución, para lo cual se firma el presente plan con vigencia al 31 de diciembre de 2009. [...]"

Sin embargo, en el concepto técnico financiero elaborado por la Contraloría General de la República⁶⁷, se determinó frente al impacto que tuvieron dichos acuerdos⁶⁸:

"[...] 1. Impacto de Los Acuerdos⁶⁹, Actas de Acuerdo y el Otrosí No. 3⁷⁰, Firmados entre los años 2008 y 2010.

A través de Acuerdos, Actas de Acuerdo y Otrosíes posiblemente se cambiaron las condiciones inicialmente establecidas en el Contrato y en los Pliegos de Condiciones en relación con el Plan Publicitario y

⁶⁷ La Contraloría hizo un control excepcional solicitado por el gobernador del Departamento del Valle, quien una vez se produjo el cambio de administración denunció la existencia de posibles irregularidades en el desarrollo del Contrato de distribución nro. 20080035 frente al plan promocional, según consta a folio 715 del cuaderno de anexos nro. 2.

⁶⁸ Folios 714 a 724 del cuaderno de pruebas nro. 2

⁶⁹ Nro.03 del 5 de marzo de 2008 (sic), nro.10 del 5 de agosto de 2008, nro. 03 del 5 de marzo de 2009, acuerdo nro. 5 del 1 de marzo de 2010.

⁷⁰ Realmente se trata del otrosí nro. 2 del 6 de marzo de 2009.

Comercial, generando el 20% de descuento en términos de unidades de producto con respecto a la meta de ventas para el periodo comprendido entre los años 2008 y 2010.

(...)

En efecto, la incidencia del Otrosí 3 de marzo 6 de 2009 en conjunto con los Acuerdos de la Junta Directiva genera mayores valores de recursos a asumir por dicha Entidad, así⁷¹:

El Acuerdo No. 05 de marzo 27 de 2008 autoriza la aprobación de un plan promocional de 500.000 unidades de botellas de 750 cc, para el período de mayo a diciembre de 2008. Posteriormente con el Acuerdo No. 10 de agosto 5 de 2008, se amplía el plan promocional a 1.000.000 (un millón) de unidades de botellas de 750 cc, del cual, de conformidad con el Considerando del Acuerdo No. 03 de marzo 5 de 2009, sólo se utilizaron 686.779 unidades. En consecuencia el valor adicional para el año 2008, derivado de los Acuerdos 5 y 10 de 2008, sería de \$10.741 millones.

Es importante anotar que la ILV, con comunicación 1400.1020 de noviembre 25 de 2010, reporta 621.191 unidades de producto dentro del plan comercial ejecutado en el año 2008, por lo que el valor adicional ascendería a \$9.715 millones.

El acuerdo No. 003 de marzo 5 de 2009 autoriza la aprobación de un plan comercial para la vigencia del año 2009 3.056.267 unidades de 750 cc., mientras que con el Otrosí No. 3 del 6 de marzo de 2009 se genera un plan de estímulos y herramientas promocionales, que a través del Acta de Ejecución del Plan Comercial y Publicitario de la Vigencia 2009 de mayo 5 de 2009 se acuerda entre las partes del Contrato. La incidencia, como valor adicional para el año 2009, derivado del Otrosí No. 3, del Acuerdo No. 03 y del Acta de Ejecución del Plan Comercial del año 2009, sería de \$47.800 millones.

Es pertinente precisar que La ILV, con comunicación 1400.1020 de noviembre 25 de 2010, reporta 1.903.675 unidades de producto dentro del plan comercial ejecutado en el año 2009, por lo que el valor adicional ascendería a \$29.773 millones.

Mediante el Acuerdo No. 03 de marzo 1 de 2010 se aprobó un plan promocional de tres millones de unidades de botellas de 750 cc para la vigencia del año 2010. Como resultado, el valor adicional para el año 2010, derivado del Otrosí No. 3 de 2009, del Acuerdo No. 03 y del Acta de Acuerdo No. 03 de 2010, sería de \$46.920 millones.

Cabe resaltar que la ILV, con comunicación 1400.1020 de noviembre 25 de 2010, reporta 1.958.289 unidades de producto dentro del plan comercial ejecutado en el año 2010, por lo que el valor adicional ascendería a \$30.628 millones.

Es decir el mayor valor asumido por la ILV derivado del plan comercial ejecutado entre los años 2008 y 2010, ascendería a \$70.117 millones, correspondientes a 4.483.155 unidades de

⁷¹ Memoria extendida, antecedentes, carpeta principal nro.1, 649848 MARIBEL CAVANZO PRF 6-007-11 LICORES DEL VALLE C. PRINCIPAL 1 (26 - 32).

producto de 750 cc, tal como lo reporta la Entidad mediante comunicado 1400.1020 de noviembre 25 2010.

Cabe anotar que para el año 2008 las ventas reales fueron de 10.500.000 unidades, superior en 2.9% a la meta contractual de 10.200.575 unidades es decir, con respecto a la meta contractual se vendieron 299.425 unidades adicionales. Dado que, como se mencionó anteriormente, el plan comercial ejecutado para ese año fue de 621.191 unidades, un análisis costo-beneficio arroja que por cada unidad adicional vendida por encima de la meta contractual se emplearon 2 unidades para promoción comercial.

Para el año 2009 las ventas reales fueron de 11 .491.015 unidades, superior en 2,6% a la meta contractual de 11.200.000 unidades. Es decir, con respecto a la meta contractual se vendieron 291.015 unidades adicionales. Dado que, como se mencionó anteriormente, el plan comercial ejecutado para ese año fue de 1.903.675 unidades, el análisis costo-beneficio da como resultado que por cada unidad adicional vendida por encima de la meta contractual, se utilizaron 7 unidades para promoción comercial.

Es importante recordar la cláusula cuarta del contrato sobre la remuneración del contratista que en el parágrafo establece:

"... La remuneración incorpora el costo total por la ejecución plena y completa del objeto del contrato, incluyendo todos aquellos gastos que se requieran para el desarrollo idóneo y calificado de la labor de intermediación que sea necesario para la venta del volumen de productos y para el nivel de penetración de mercado que establece el presente contrato, durante la vigencia del mismo.

Por lo tanto, LA INDUSTRIA no estará en obligación de pagar al CONTRATISTA ninguna otra suma adicional a la establecida".

Se observa también que, que en el numeral cinco de la cláusula décima tercera del contrato se estipuló que la ILV "... reconocerá al CONTRATISTA, la suma de doscientos pesos (\$200) por cada unidad de 750 cc, vendida por encima de la meta anual.

Por consiguiente, las unidades adicionales vendidas, por encima de la meta de ventas, tiene un reconocimiento dentro del contrato, por lo que los estímulos y herramientas promocionales adicionales, podrían estar por fuera del mismo, y representarían una posible asignación ineficiente de recursos.

En efecto, al valorar económicamente las incidencias de los Acuerdos para los planes de promoción, mercadeo y publicidad, con base en el reporte de noviembre 25 de 2010 de la ILV se encuentra que ascendería a \$70.117 millones entre los años 2008 y 2010, como se anotó anteriormente.

Si se descuenta el valor de promoción de referencia para esta industria, no obstante este aspecto no estar explícito en el contrato inicial, estaría causándose un posible impacto económico neto de \$47.603 millones. [...]"

Conforme con lo anterior, la Sala observa que tales documentos no contenían cifras ni estudios que permitieran determinar cuáles fueron las incidencias económicas de los planes promocionales, ni hay prueba alguna del análisis que realizó el demandante sobre ellas, en especial para aprobar los planes promocionales que siguieron al primero.

Echa de menos el recurrente que se haya tenido en cuenta de manera integral la declaración rendida el 30 de junio de 2011 en el proceso de responsabilidad fiscal por la señora Paula Andrea Martínez Vélez, quien informó que fue subgerente comercial y de mercadeo de la Industria de Licores del Valle desde febrero de 2008 a julio de 2010 y para la fecha en que rindió la declaración era la gerente de mercadeo de la UT Comercializadora Integral S.A.S., [el contratista], quien explicó lo siguiente frente a la aprobación del plan promocional y los beneficios obtenidos⁷²:

"[...] todo empieza con una plan estratégico institucional responde a los requerimientos del gobierno del cuatrienio 2008- 2011, este estratégico tiene diferentes metas y objetivos a nivel de empresa yo me centraré en objetivos y metas referentes al área comercial y de mercadeo, como ustedes saben ventas son la razón de ser de cualquier compañía y las que permiten que esta sostenga en el tiempo, de esta forma el plan estratégico institucional plantea dos objetivos claros, recuperar la participación del mercado del Valle de Cauca, con el fin de alcanzar una meta acumulada del 20% al final de la vigencia 2011, y aumentar el nivel de satisfacción del cliente, con base en estas directrices surge la necesidad de desarrollar un plan estratégico institucional 2008 a 2011, el cual aportó en (25) el plan estratégico de marketing recurre al análisis de unos antecedentes: 1. La ILV es una EICE, esto hace que compita en el mercado real es decir que su competencia está compuesta por otros licores que pertenecen tanto a la empresa privada como a otras empresas estatales (...), 2) la pérdida de participación en el mercado del Valle del Cauca, es importante hacer énfasis que las mayores ventas de la ILV se realizan en el Valle del Cauca (...) 6) la falta de capital de trabajo que poseía la ILV, pues la empresa estaba tratando de superar una crisis muy reciente y la oportunidad que se encontraba con la ordenanza de la exoneración del pago de la participación, esos son los antecedentes, fue así como el plan estratégico de marketing que también lo aportó en (70), se enfoca en la teoría básica del mercadeo conocida como las 4 Ps, la cual hace referencia a estrategias de Producto, Precio, plaza y promoción, quiero destacar que al estudiar el plan estratégico de marketing este recomienda la utilización de producto como una estrategia de precio

⁷² Cuaderno 7. Folios 1249 a 1255.

que permite promocionar el portafolio sin tocar el valor nominal del producto, de esta manera nace el plan comercial y promocional, estipulando 6 herramientas, como prueba de esto hago entrega del acta de acuerdo No. 2 firmada el 5 de mayo de 2009 la cual evidencia primero los resultados obtenidos por la vigencia 2008 al aplicar la estrategia ya mencionada y hace énfasis nuevamente en las 6 herramientas sobre las que se va a aplicar el plan promocional, la aportó en 8 folios, dichas herramienta son: 1) ferias y festivales esta hace referencia a la importancia de vinculación y patrocinio a las ferias de los 42 municipios del departamento del Valle del Cauca las cuales representan una oportunidad para realizar una venta de producto y promocionar la marca, (...).

A la pregunta: "CONFORME AL AUTO 00302 DEL 7 DE ABRIL DE 2011 EN EL ANALISIS COSTO BENEFICIO DEL PLAN PROMOCIONAL EL CUAL PONGO A SU CONOCIMIENTO SE ESTABLECE COMO ANÁLISIS LA UTILIZACIÓN DEL NUMERO DE BOTELLAS USADAS POR PLAN PROMOCIONAL FRENTE AL MAYOR NUMERO DE UNIDADES VENDIDAS POR ENCIMA DE LA META DE CADA VIGENCIA, ESTABLECIENDOSE QUE PARA EL AÑO 2008, FUERON 2 BOTELLAS, 2009 7 BOTELLAS Y PARA EL AÑO 2010 9 BOTELLAS, CUAL ES DESDE EL PUNTO DE VISTA TECNICO DE MERCADEO SU EXPLICACIÓN", la declarante respondió:

"[...] para empezar los resultados de una estrategia promocional en un producto de consumo masivo no puede limitarse a una compra en relación a una meta contractual ya que el crecimiento, desarrollo y posicionamiento de un producto de consumo masivo se mide también teniendo en cuenta elemento como la distribución numérica (número de establecimientos que poseen el producto en un mercado) de la cual hable anteriormente, este elemento determina la recuperación de un mercado la cual se da por medio de estrategias promocionales que se dirigen al consumidor final y a los canales de distribución lo que permite la disponibilidad del producto en el mercado, quien hizo este análisis lo hizo con fundamento en la facturación a un distribuidor y la participación del mercado no se mide de esa manera, ya que esta debe tener en cuenta como dije anteriormente la venta hacia los canales y el consumo real, ACIL solamente registra la facturación al primer distribuidor, Nilsen es una multinacional experta en investigación de mercado y en indicador más importante para ellos es la distribución numérica lo que te indica el éxito o el fracaso y las oportunidades que encuentra una marca en el mercado, al mismo tiempo si nos remitimos al cuadro comparativo que analiza el analista de la CGR no tiene en cuenta la variación en unidades de 750 c.c. que existe entre el año 2007 a 2008 que como dije anteriormente representa el 21% de variación positiva, esto indica que a partir de la vigencia de 2008 la Industria empezó a recuperar su distribución numérica ya que el comercializador haciendo trabajo de distribución requirió de un mayor número de botellas para suplir

la demanda del mercado. Si hacemos una proyección en el tiempo de las ventas a la industria unidades teniendo como punto de partida el año 2007 encontraremos como con crecimiento de esta facturación aumento el valor de la marca blanco del Valle ya que las estrategias implementadas y con una política continua de mercadeo y ventas tendríamos un comportamiento ascendente comparado con la vigencia del 2007, de esta manera no podríamos hablar de una sobre producción ya que una vez que se recupera un mercado en el cual se continua invirtiendo como dije anteriormente el valor de la marca aumenta. [...]"

Así las cosas, la Sala observa que la citada declaración lo que permite colegir es que los miembros de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, basándose solamente en unas estrategias de mercado que no fueron suficientemente analizadas, en particular sobre los resultados que arrojaban año a año, aprobaron unos planes promocionales que afectaron las finanzas públicas, pues la respuesta que da la subgerente de mercadeo a la relación costo – beneficio no explica suficientemente la persistencia en una estrategia que arroja un balance negativo, ni hay observación alguna de la junta sobre el particular.

En cuanto a las funciones de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle, están previstas en el artículo 17 del Acuerdo nro. 26 del 3 de octubre de 1994, aprobado por el gobernador mediante el Decreto 2137 del 8 de noviembre de 1994, de las cuales se destacan las siguientes:

[...] Son funciones de la Junta Directiva:

a) Formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca.

(...)

d) Aprobar el presupuesto anual de la empresa de acuerdo con las normas vigentes establecidas.

e) Controlar el funcionamiento de la empresa y verificar su conformidad con la política adoptada.

f) Aprobar las inversiones y operaciones que deba realizar la empresa

(...)

k) Aprobar los acuerdos, traslados o adiciones que se originen con cargo a los recursos propios de la industria, de conformidad con las disposiciones legales emitidas por la Secretaría de Hacienda. [...]”

De tal manera que tenían a su cargo formular la política general de la empresa y fijar los programas de la misma en armonía con los planes generales del departamento del Valle del Cauca; por consiguiente, para la Sala no era suficiente que, como miembro de la junta directiva de la Industria de Licores del Valle que era el recurrente, se apoyara como parece, “*en un plan estratégico de marketing*” sin hacer análisis alguno a las cifras que se le estaban presentando, pues era necesario que constatará su impacto en aras de determinar, luego de aprobado y ejecutado en el año 2008, si había lugar a ampliar los planes en los años subsiguientes.

Conforme con lo anterior, la Sala deduce que la junta directiva de la Industria de Licores del Valle no solo tenía la competencia para formular la política general de la empresa, así como fijar los planes y programas a desarrollar con miras al rendimiento de sus ingresos y reglamentar la promoción y venta de los productos, sino que era su deber para la aprobación de los acuerdos y los otrosíes al Contrato de Comercialización nro. 20080035 comprobar si éstos beneficiaban a la Industria de Licores del Valle.

En cuanto al nexo causal

En el caso concreto, como se analizó líneas atrás, es incuestionable que la causa eficiente del detrimento patrimonial establecido por la Contraloría General de la República tuvo su origen en los planes promocionales aprobados por la junta directiva de la Industria de Licores del Valle para los años 2008, 2009 y 2010, así como los otrosíes al contrato de comercialización nro. 20080035, los cuales impactaron las finanzas públicas.

Al respecto en la segunda instancia del fallo de responsabilidad fiscal se llegó a las siguientes conclusiones⁷³:

1. *La I.L.V., a su equivocada estrategia denominó Plan Promocional; estrategia que en absoluto constituyó un verdadero Plan Promocional, pues de lo probado en el proceso se tiene que en su diseño no se analizó ni identificó el mercado efectivamente, no fue producto de necesidades verdaderas ni de requerimientos propiamente dichos, lo cual se verifica de la valoración efectuada por este Despacho en cada uno de los documentos como son las Actas de Junta Directiva, Acuerdos comerciales y otrosíes suscritos al Contrato 20080035, pues los mismos no son fundamentados en un informe de mercado.*
2. *La ILV con su proceder en temas promocionales durante los años 2008 a 2010, no aplicó el principio de planeación, se apartó de emplear estrategias eficientes y diseñar cuidadosamente las ofertas promocionales, pues no tuvo unos objetivos previamente definidos y concertados, sino que por el contrario, improvisó y permitió activamente que con las decisiones de la Junta Directiva, los Acuerdos Comerciales y los Otrosíes se configurara el daño patrimonial ocasionado al Estado, pues el tratamiento fue dado a la medida del contratista, fue en función de él y para el que se implementaron las herramientas promocionales.*
3. *Durante la puesta en marcha del Plan Promocional de la ILV, 2008 a 2010, fue constante la falta de control y supervisión por parte de cada uno de los miembros de la Junta Directiva, pues su asistencia a las reuniones ordinarias, aprobación de actas, implicaba su conocimiento y por ende el cumplimiento de deberes y cuidado especial del patrimonio público.*

[...]"

En consecuencia, para la Sala es claro que los elementos de la responsabilidad fiscal se probaron en el caso bajo examen.

SEGUNDO: Sobre la infracción a la garantía de la favorabilidad:

Estima el recurrente que, ante la ausencia de dolo en la conducta desplegada, lo procedente era proferir un fallo sin responsabilidad fiscal y no cambiar la imputación, lo que en su criterio desconoce el

⁷³ Página 32 del fallo de segunda instancia

precedente judicial sentado en la sentencia SU- 620 de 1996 de la Corte Constitucional.

Al respecto, la Sala precisa, como ya lo ha dicho en anteriores oportunidades⁷⁴, que el proceso de responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio sino resarcitorio.

En cuanto a la pretendida aplicación del principio de favorabilidad en esta clase de procesos, ha explicado⁷⁵:

"[...] el mismo no opera en materia de responsabilidad fiscal, sino que lo hace de forma específica en los llamados regímenes sancionatorios, como son el derecho penal y el derecho disciplinario, además de tener cabida en el derecho laboral.

Al efecto, es del caso traer a colación la referida sentencia, proferida el 6 de junio de 2013⁷⁶, por la Sección primera en la que se precisó:

*"[...] No es de recibo el cargo de la demanda relativo a la **supuesta violación del principio de favorabilidad, puesto que la norma constitucional que lo consagra (artículo 29) solo lo hace extensivo a los asuntos penales y no a aquellos que no tienen carácter sancionatorio**, por lo cual, como lo ha sostenido la Sala, "la consagración del tal principio en cualquiera otra materia es de índole legal, y en la Ley 610 de 2000 (como tampoco en la Ley 42 de 1993, añade la Sala) no fue consagrado, es decir, que **en materia de responsabilidad fiscal no tiene operancia**"⁷⁷.*

Ahora bien, lo que dijo la Corte Constitucional en la sentencia SU- 620 de 1996, citada por el recurrente, es que en el proceso de responsabilidad fiscal, "se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 16 de marzo de 2017. C.P. María Elizabeth García González. Expediente radicación nro. 68001-23-31-000-2010-00706-01 y sentencias del 12 de julio de 2001, expediente núm. 1997-9266-01(6733), C.P. Olga Inés Navarrete Barrera; del 5 de julio de 2002, expediente núm. 1999-1253-01, C.P. Camilo Arciniegas; 20 de septiembre de 2007, expediente núm. 2000-00277-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón; 16 de febrero de 2102, expediente núm. 2001-00064-01.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 16 de diciembre de 2019. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Expediente radicación nro. 41001233100020020111101.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 2013. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente radicación nro. 18001233100020020037401.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de junio de 2002. C.P. María Elizabeth García González. Expediente radicación nro. 2004- 00857- 01.

compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal” y que en tal virtud la norma del artículo 29 constitucional es aplicable en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: “legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Quiere lo anterior significar que el principio de favorabilidad en la forma entendida por el recurrente no tiene cabida por el cambio de imputación, sin que pueda pretender que se pase por alto que aunque en sede de apelación se pudo determinar que sus actuaciones no estuvieron dirigidas a causar un detrimento patrimonial, tampoco había lugar a eximirlo de responsabilidad, puesto que las decisiones adoptadas sí originaron un detrimento por su conducta negligente en el manejo de recursos públicos.

TERCERO: Sobre la violación del derecho fundamental al debido proceso:

El recurrente afirma que se infringió este derecho en tanto fueron desconocidos los artículos 38, 39 y 85 de la Ley 489 de 1998, aplicables a las EICE del nivel territorial, al subsumir el régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles contenido en los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 222 de 1995, cuando las EICE se rigen por normas de derecho público.

Al respecto, la Sala observa que, como lo han recalcado las partes a lo largo del proceso, la Industria de Licores del Valle es una empresa Industrial y Comercial del Estado del orden departamental, por lo que es

menester tener en cuenta lo previsto por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998⁷⁸ que establece: las empresas industriales y comerciales del Estado “(...) *son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. (...)*”.

Adicionalmente están sujetas a las siguientes reglas: frente a la dirección y administración, el artículo 88 *ejusdem* dispone que estará a cargo de una junta directiva y de un gerente o presidente; la integración de las juntas directivas de las EICE, calidad y deberes de sus miembros se rigen por las normas aplicables a los establecimientos públicos (artículo 89); dentro de las funciones de la junta directiva están la de formular la política general de la empresa y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales (artículo 90 *ibídem*).

A su turno, la Ley 222 de 1995⁷⁹ previó en lo pertinente:

“[...] ARTICULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. (...) En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...)”.*

⁷⁸ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

⁷⁹ “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”.

Esta situación fue explicada en el fallo nro. 6-007-11 del 23 de marzo de 2012 proferido por el Contralor General de la República, al decidir el recurso de apelación, así⁸⁰:

"[...] El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 definió a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como: "...organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: (...)"

En ese orden de ideas, resulta pertinente, para el tema tratado en este fallo de segunda instancia, identificar e individualizar al grupo de dirección y administración de la Industria de Licores del Valle (ILV) interviniente del plan promocional adelantado por esta última dentro del plazo de ejecución de contrato de distribución y comercialización no. 20080035 suscrito con la UT Comercializadora Logística Integral, encontrando entonces que el artículo 88 de la Ley 489 de 1998 señala que la "... dirección y administración de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ... "están ... a cargo de una junta directiva y de un gerente", a su vez el artículo 89 ibídem, indica que, "... la integración de las juntas directivas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley...", referencia normativa esta que ineludiblemente conduce al artículo 73 ibídem el cual predica que "... los consejos directivos de los establecimientos públicos se integrarán en la forma que determine el respectivo acto de creación ...", situación ésta claramente identificada y definida en el Decreto 1041 de 1982, expedido por el Gobernador del Valle para el efecto, regulado por el Acuerdo 026 de 1994.

Para continuar, y teniendo claridad sobre el régimen que le es aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es oportuno entonces decir que el régimen de responsabilidad de los gerentes y miembros de junta directiva de la Industria de Licores del Valle, también se encuentra descrita en el desarrollo legal contenido en la Ley 222 de 1995, artículos 22, 23 y 24 normas que enmarcan deberes específicos y principios rectores tales como el de buena fe, lealtad y diligencia que deben orientar la conducta de los administradores e intereses que deben tener en cuenta en sus actuaciones, así como la responsabilidad derivada. [...]"

La Sala concluye que las apreciaciones del fallo de responsabilidad fiscal son en este punto correctas, pues basta repasar las obligaciones y deberes que establecen las normas cuestionadas a los miembros de juntas y consejos directivos, para establecer que no son otras que las que el sentido común indican a quienes ejercen tales atribuciones, y más cuando se trata del manejo del recurso público. De esta manera la

⁸⁰ Folios 44 y 45 cuaderno principal.

aplicación en este evento de las disposiciones del Código de Comercio no tiene vocación de viciar de nulidad los actos acusados, pues responden simplemente a los deberes y obligaciones intrínsecas al cargo que se desempeña.

Por último, en cuanto a la censura planteada por el recurrente en punto a la aplicación de la responsabilidad solidaria que cuestionó sucintamente en la demanda y cuyas argumentaciones profundizó en el escrito de apelación, ya que en primera instancia se le halló fiscalmente responsable en cuantía de \$6.879.876.162 y en segunda instancia se dispuso que los declarados fiscalmente responsables debían responder de manera solidaria en cuantía de \$40.767.369.586 millones de pesos, si bien le asiste razón en que, para la fecha de los hechos⁸¹, aún no estaba vigente el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011⁸², y por ello no había lugar a su aplicación, también lo es que tal responsabilidad solidaria se basó en lo señalado por el artículo 200 de la Ley 222 de 1995 que reza:

"ARTICULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros". (se destaca)

A ello se agrega que esta clase de responsabilidad es la establecida de manera general cuando se trata de imputarla en los asuntos mercantiles, de conformidad con lo señalado en el artículo 825 del Código que regula la materia, así como cuando se trata de las responsabilidad por el hecho o culpa, según lo dispuesto por el artículo 2344 del Código Civil.

⁸¹Los hechos que se imputan al demandante ocurrieron en los años 2008, 2009 y 2010.

⁸² "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de *actos de corrupción* y la efectividad del control de la gestión pública". El artículo 119 dispuso que en los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, "responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial". (se destaca)

Frente a la posibilidad que tiene el superior en sede administrativa de modificar lo resuelto por inferior ha dicho⁸³:

"[...] es claro para la Sala que en la vía gubernativa la Administración puede corregir los errores en que haya incurrido el funcionario de inferior jerarquía al expedir el acto recurrido, lo cual permite que el ad-quem pueda llegar a modificar la decisión administrativa que haya adoptado el a quo, así esto traiga como consecuencia la aplicación de una sanción mayor a quien actuó como impugnante respecto del acto de primera instancia, cuando lo que se vislumbra es el desconocimiento abierto de la ley.[...]"

En conclusión, al no asistírle razón al recurrente en los cuestionamientos esbozados a lo largo de la apelación, partiendo de la presunción que cobija los actos de la administración⁸⁴, será confirmada la sentencia apelada dado que no se logró desvirtuar la legalidad de las decisiones acusadas.

Por último, en relación con el poder allegado por el abogado Néstor Iván Arias Afanador, identificado con cédula de ciudadanía nro. 14.241.466 y tarjeta profesional nro.97.188 del Consejo Superior de la Judicatura, se le reconocerá personería en los términos y para los efectos del poder conferido como apoderado de la Contraloría General de la República⁸⁵.

⁸³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 6 de julio de 2001. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente radicación: 25000-23-24-000-1999-0324-01(6570).

⁸⁴ Conforme lo ha expuesto esta Corporación, "(...) si con sujeción al principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. (...) Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad. (...)". Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Expediente Radicación número: 76001-23-31-000-2001-00145-01(35625). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸⁵ Folio 213 del cuaderno nro. 2 de segunda instancia.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de mayo de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Reconocer personería adjetiva al profesional del derecho Néstor Iván Arias Afanador, identificado con cédula de ciudadanía nro. 14.241.466 y tarjeta profesional nro.97.188 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Contraloría General de la República, en los términos del poder conferido.

TERCERO: En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Presidenta
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado
(Ausente con excusa)