

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL – Fundamento normativo

La potestad de terminación unilateral del contrato estatal se encuentra reconocida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual se refirió a las cláusulas excepcionales, para el cumplimiento de los fines de la contratación” y específicamente contempló la cláusula de terminación unilateral cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Contrato estatal – Estipulación – Obligatoriedad

Con apoyo en esta disposición de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido cuatro grupos de contratos en relación con las cláusulas excepcionales: **i)** aquellos en los cuales las cláusulas excepcionales son obligatorias y se entienden pactadas. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal; **ii)** los contratos en los cuales es opcional el pacto de cláusulas excepcionales. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro; **iii)** aquellos contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la respectiva cláusula. A este grupo pertenecen los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las actividades señaladas en el grupo a que se refiere el **i)** anterior, así como los que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y los contratos de seguro tomados por las entidades estatales; y **iv)** Los contratos en que no está permitido pactar cláusulas excepcionales. Este grupo está integrado por todos aquellos contratos en que la Ley no haya dispuesto o permitido el pacto de tal cláusula o potestad excepcional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 73001-23-31-000-2003-00243-01(32611)

Actor: RAUL GOMEZ CRUZ

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el quince

(15) de diciembre de dos mil cinco (2005), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de inepta demanda postulada por la apoderada de la entidad accionada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda contractual presentada por Raúl Gómez Cruz contra el Departamento del Tolima, por las razones consignadas en este fallo.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 29 de enero de 2003, el señor Raúl Gómez Cruz, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Departamento del Tolima – Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

“DECLARACIONES

PRIMERA: *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 132 del 17 de agosto de 2001, acto administrativo de carácter particular por medio del cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, decidió:*

“ARTÍCULO PRIMERO. Dar por terminado unilateralmente el contrato 001 de enero de 2000, cuyo objeto es el de distribuir y vender el Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima.

ARTÍCULO SEGUNDO. El contratista cuenta con 90 días calendario para vender sus existencias de licores estampillados o en vía de estampillar que tuviere.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar el presente acto administrativo al Contratista RAÚL GÓMEZ CRUZ, haciéndole saber que procede el recurso de reposición.

ARTÍCULO CUARTO. La presente resolución rige a partir de su expedición.”

SEGUNDA: *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 329 DEL 26 de octubre de 2001, por medio de la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO, decidió:*

“ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la resolución No. 132 del 17 de agosto de 2001, proferida por la Secretaría de Hacienda.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar la presente resolución al contratista RAÚL GÓMEZ CRUZ, haciéndole saber que esta no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa”

CONDENAS

PRIMERA: *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a indemnizar plenamente al señor RAUL GOMEZ CRUZ, por los perjuicios de toda naturaleza resultantes de la terminación unilateral del contrato de distribución y venta de licores No. 001 de 2000, incluyendo, pero sin limitarse a ello, tanto el daño emergente como el lucro cesante, junto con la actualización monetaria de tales perjuicios y los intereses a los que en derecho haya lugar. Las sumas de dinero correspondientes a la indemnización serán estimadas pericialmente.*

SEGUNDA: *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reconocer y pagar al demandante, los perjuicios ocasionados por la pérdida de la oportunidad de seguir ejecutando el contrato.*

TERCERA: *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho.*

CUARTA: *Que se condene al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar sobre las sumas de dinero que resulten a su cargo, intereses comerciales moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta la fecha del pago efectivo, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”*

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 8 de octubre de 1999 se suscribió un Convenio de Intercambio de Licores, para su introducción comercialización y venta entre el Departamento de Caldas y el Departamento del Tolima, en el cual se dispuso que cada uno de los Departamentos contrataría *“los servicios de sus respectivos licores (...) con una persona natural o jurídica.”*

2.2. El 21 de enero del 2000, el señor Raul Gómez Cruz suscribió con el Departamento del Tolima el Contrato de Distribución y Venta de Licores No. 001, por medio del cual el contratista quedó autorizado para *“distribuir y vender en el territorio tolimense (...) en sus diferentes capacidades y presentaciones (...) Aguardiente Cristal.”* Las partes acordaron que el término de duración del

Contrato No. 001, sería hasta el 7 de abril de 2003, con posibilidad de prórroga por igual período a voluntad de las partes.

2.3. No obstante, la Administración del Departamento del Tolima a través de los actos administrativos cuestionados en este proceso (Resolución No. 132 del 17 de agosto de 2001 y Resolución No. 329 de 26 de octubre de 2001), decidió terminar el Contrato No. 001 unilateralmente, sin explicar al contratista en forma clara y razonada los motivos.

2.4. Para poder cumplir con el Contrato No. 001, el demandante suscribió con la Industria Licorera de Caldas un contrato de compraventa de licores distinguido con el No. 257-99, mediante el cual adquirió la obligación de comprar, para el primer año, una cantidad mínima de 260.000 unidades por un valor superior a \$650'000.000, así como también incurrió en los gastos necesarios para adecuar su estructura comercial y realizó una gran inversión en diferentes actos para el lanzamiento del Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima.

2.5. La terminación unilateral del contrato ocasionó al demandante daños y perjuicios que estimó en una suma superior a los \$4.000'000.000, en atención a la inversión realizada, a la utilidad dejada de percibir durante el plazo previsto para la duración el contrato y a la pérdida de la oportunidad de seguir ejecutándolo.

3. Normas violadas.

El demandante estimó que los actos acusados deben ser anulados por violación del artículo 90 de la Constitución Política acerca de la responsabilidad del Estado, así como la transgresión de los artículos 2, 23, 83 y 90 de la Ley 80 de 1993, contentiva del Régimen de la Contratación Estatal, por cuanto la terminación unilateral del contrato le ocasionó una lesión patrimonial, además de que constituyó un abuso de la posición dominante.

Igualmente invocó la violación del artículo 29 de la Constitución Política que consagra el derecho al debido proceso y en particular la infracción del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 así como de la cláusula décima primera del Contrato No. 001, por cuanto la Administración Distrital no se encontraba frente a las causales

allí establecidas para terminar unilateralmente el contrato y de acuerdo con lo que expuso el demandante, el Departamento del Tolima le impuso un acto de terminación carente de motivación clara en cuanto en el mismo se limitó a afirmar, en forma genérica, razones de orden público que no explicó.

Por último invocó la violación del principio general de la Buena Fe contenido en el artículo 83 de la Constitución Política.

3. Actuación procesal.

3.1. El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda por auto de 10 de febrero de 2003 (folio 252, cuaderno 1).

3.2. Se ordenó la práctica de pruebas mediante auto de 29 de agosto de 2003; el Tribunal *a quo* decretó las pruebas documentales, ordenó el interrogatorio de parte del demandante y el dictamen solicitado (folio 279, cuaderno 1).

3.3. Contestación de la demanda.

En la contestación a la demanda, el Departamento del Tolima se opuso a las pretensiones; afirmó que el Contrato se dio por terminado en interés del servicio público, en ejercicio de la causal del artículo 17, letra a) de la Ley 80 de 1993, por razones de oportunidad y conveniencia para el interés general, concretamente por el hecho de haber dado por terminado el Convenio de Intercambio de Licores por motivos de inconveniencia en atención a la afectación de las rentas del monopolio rentístico de los licores, que eran la fuente de financiación de los servicios públicos de salud y educación, asunto que primó sobre el interés particular del contratista.

Afirmó que el Contrato No. 001 era accesorio al Convenio de Intercambio de Licores No. 689 de 1999 y que el Departamento del Tolima tenía derecho de terminación unilateral anticipada del Contrato No. 001, de acuerdo con el párrafo primero de la cláusula segunda, siendo una de sus causales para ello la cancelación del Convenio de Intercambio, toda vez que sin el Convenio de

Intercambio no habría posibilidad de introducir los licores producidos en el Departamento de Caldas al Departamento del Tolima.

En cuanto al monto de los perjuicios reclamados, indicó que no hay lugar a ellos puesto que el Departamento del Tolima ejerció una facultad exorbitante prevista en la ley y destacó que en el Contrato No. 001 el contratista no tenía derecho a pago alguno a cargo del Departamento, teniendo en cuenta que la remuneración de ese acuerdo era en favor del Departamento por la participación porcentual en las ventas.

Finalmente observó que en caso de reconocer una indemnización –que a su juicio no procedía- se debía tener en cuenta únicamente la utilidad esperada y no los gastos realizados, siguiendo los dictados de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El Departamento del Tolima presentó las siguientes excepciones: **i)** inexistencia del derecho vulnerado; **ii)** inepta demanda por falta de determinación razonada de la cuantía; **iii)** existencia de vicios de forma por razón de la falta de técnica en la estimación de la cuantía de las pretensiones; **iv)** legalidad de los actos demandados y, **v)** las excepciones que resulten probadas.

3.4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

La parte demandante afirmó que en el proceso quedó demostrada la terminación ilegal del Contrato No. 001 y el perjuicio causado por la suma \$2.000'000.000 de acuerdo con el Dictamen, el cual no fue objetado.

Afirmó que la terminación unilateral del contrato necesariamente supone el reconocimiento y pago de una indemnización a favor del contratista, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política que establece la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual se predica en el ámbito contractual y extracontractual.

Observó que el Departamento del Tolima nunca probó la ocurrencia de las causales que dieron lugar a la terminación del Convenio de Intercambio de Licores y por otra parte se encontró demostrado que el acto de terminación del Contrato No. 001 careció de motivación y en su expedición el Departamento no tuvo en cuenta las exigencias previstas por el legislador.

La entidad demandada reiteró lo expuesto en la contestación a la demanda y acerca de los motivos que llevaron a la terminación del Convenio de Intercambio de Licores, puntualizo lo siguiente:

“No hay que perder de vista que los recursos que perciba el Departamento por concepto de la participación porcentual en licores, se invierten en proyectos de beneficio para la comunidad, siendo claro que si la ejecución de un contrato de este tipo no cumple las expectativas de la entidad o no puede garantizar los beneficios proyectados, es indispensable que se dé por terminado el mismo para asegurar el bienestar general que por mandato constitucional es prevalente frente a los intereses particulares del contratista.”

En relación con los perjuicios reclamados destacó que de acuerdo con el Contrato No. 001, en caso de terminación del mismo, el contratista contaba con un plazo para vender las existencias de licor, razón por la cual tuvo tiempo suficiente para liquidar las existencias, así que si hubo alguno perjuicio fue por su culpa y por causa no imputable al Departamento.

Se detuvo en el Régimen del Monopolio de Licores de los Departamentos y recordó que el artículo 366 de la Constitución Política impone al monopolio instituido como arbitrio rentístico la obligatoriedad de obrar bajo la finalidad de interés público o social, sobre lo cual observó:

“Apoya más la legalidad de la actuación del Departamento, el hecho de que se halle en régimen de monopolio de licores pues ello implica que la entidad es libre de controlar el ingreso de los productos de otros entes territoriales a su territorio, estando facultada para en cualquier momento limitar dicho ingreso cuando resulte inconveniente económicamente para el interés del Departamento lo que sucedió en el caso que nos ocupa cuando se dio por terminado el contrato de intercambio de licores con el Departamento de Caldas.”

Finalmente, la parte demandada reiteró las excepciones presentadas.

3.5. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 15 de diciembre de 2005, en la cual declaró no probada la excepción de inepta demanda y denegó las pretensiones del demandante, según se lee en la parte resolutive de su decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

Rechazó la excepción por ineptitud de la demanda, con el siguiente razonamiento:

“Se puede apreciar que la suma indicada en el libelo incoatorio la integra tanto el valor de los costos de la infraestructura y adecuaciones en que incurrió el accionante para la introducción y comercialización de los productos procedentes de la Licorera del Departamento de Caldas, así como la utilidad esperada y su correspondiente indexación. En consecuencia la excepción [ineptitud de la demanda por inobservancia del artículo 137 numeral 6º del C.C.A.] no tienen vocación de prosperidad.”

Por otra parte, sobre los cargos presentados, el Tribunal *a quo* consideró que en los Convenios Interadministrativos las partes están en una relación horizontal en la cual no cabe el ejercicio de la exorbitancia y de la terminación unilateral, pero estimó legítima la terminación unilateral acordada entre ambas partes del Contrato 001 y su inclusión en el contrato de distribución.

Finalmente, el Tribunal *a quo* expuso la aplicación de las normas de derecho civil y comercial a este tipo de contratos de distribución y concluyó con el siguiente razonamiento:

“En el presente caso el accionante junto con el Departamento del Tolima, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, celebraron el contrato de distribución y venta de Aguardiente Cristal, cuya [duración] era la misma prevista en el convenio interadministrativo No. 689 de octubre 8 de 1999, es decir hasta el 7 de abril de 2003, que autorizaba expresamente a la entidad territorial no sólo para terminar el Convenio por cualquier causa, sino el contrato mismo de distribución de licores.

(...)

En las condiciones anteriores, dirá la Sala que si el Departamento hizo uso de una de las formas de terminación unilateral del contrato, la cual fue expresamente conocida y expresamente aceptada por el accionante al presentar su oferta, no existe razón válida para que la determinación prohijada por el Departamento del Tolima genere consecuencias resarcitorias a favor del accionante. Los gastos en

que debió incurrir para el lanzamiento o comercialización de los productos provenientes del Departamento de Caldas, constituyen obligación que el actor contrajo al suscribir el contrato de compraventa No. 257-99 con la Industria de Licores de Caldas, de tal suerte que no hay lugar al reembolso de dichos costos, por constituirse ellos en una obligación del contratista frente a la Licorera de Caldas.”

3.6. El recurso de apelación.

El demandante impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó su recurso con fundamento en lo siguiente:

- El contratista como colaborador del Estado tiene derecho a que se le reconozca oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se modifique, de acuerdo con los artículos 3 y 5 de la Ley 80 de 1993.
- Cuando la Administración no permite por su propia voluntad y sin justificación alguna que su contratista cumpla con sus expectativas económicas, obviamente le genera una lesión a su interés legítimo de carácter patrimonial y un daño antijurídico que el contratista no está en la obligación de soportar.
- En este caso, por el acto de la terminación unilateral del contrato de distribución y venta de licores, el Departamento del Tolima desconoció sus obligaciones para con el contratista y le causó un perjuicio que debe indemnizar.
- Advirtió que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la violación al artículo 29 de la Constitución Política ni observó que el debido proceso tiene lugar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; agregó que el solo hecho de haber expedido un acto administrativo que adoleció de motivación clara y precisa constituyó una violación palmaria al debido proceso, puesto que -como ha advertido el Consejo de Estado- cuando la Administración termina un contrato debe indicar claramente el por qué.
- Finalmente, invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual no resulta cierto que la terminación unilateral del contrato estatal pueda

encontrar fundamento directo y suficiente en la afirmación genérica acerca de la necesidad de mejorar un servicio público¹.

Las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** pruebas aportadas y practicadas en el proceso; **3)** presupuestos para el ejercicio de la cláusula excepcional de terminación unilateral en la contratación estatal; **4)** Potestad de terminación unilateral en los contratos de participación, cuando tienen por objeto el desarrollo de actividades constitutivas de un monopolio estatal; **5)** los contratos de intercambio y de participación en el monopolio rentístico de los licores destilados; **6)** Responsabilidad del Estado por el acto de terminación unilateral del contrato; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

1.1. Jurisdicción

EL contrato en cuyo seno se generaron los actos administrativos y las controversias planteadas en el presente proceso fue celebrado entre el Departamento del Tolima y el señor Raúl Gómez Cruz, el día 21 de enero de 2000, es decir en vigencia de las normas del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, el cual dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y definió cuáles se han de tener como entidades estatales para efectos de la citada Ley, definición en cuyo contenido se encuentra cobijado el Departamento del Tolima como entidad territorial, por disposición del artículo 2 de la citada Ley.

¹ Sentencia 9124 (13353) del 02/08/05, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: María

Así pues, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75² de la citada Ley 80, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto el demandado Departamento del Tolima es un ente territorial de carácter departamental, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal en los términos de la citada ley 80.

Se precisa que de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se definieron los contratos estatales con un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, así:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”³

Adicionalmente se tiene en cuenta que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

Nilse Mata Bastidas, demandado Empresa Nacional de Comunicaciones TELECOM.

² Artículo 75, Ley 80 de 1993: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

³ Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)” (La negrilla no es del texto).

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las controversias y litigios administrativos”*, como disponía el anterior artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.”

1.2. Oportunidad para el ejercicio de la acción

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su letra d) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual:

“d) En los [contratos estatales] que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”

A partir de la norma citada, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en relación con el término de caducidad de la acción contractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que en tratándose de contratos sometidos al procedimiento de liquidación, el término de caducidad de la acción contractual se establece a partir del acto de liquidación del contrato estatal y si no hubiere tal acto, a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el respectivo contrato estatal.

Se cita, por ejemplo, la siguiente providencia de esta Subsección:

“Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación y ésta es efectuada unilateralmente por la Administración, el plazo para accionar judicialmente comenzará a contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe. Si la Administración no lo liquida dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o del que establece la ley, se podrá acudir a la jurisdicción dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.⁴

En el caso concreto se observa que el Contrato No. 001 de 2000 era de tracto sucesivo, en la medida que las prestaciones pactadas se debían cumplir a través del tiempo establecido para su duración y, por lo tanto, el contrato se encontraba sometido a liquidación, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁵ y del

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, siete (7) de noviembre de 2012, expediente No. 25.915, radicación No. 440012331000200000293 01, actor: Laureano Quintero Gómez, Demandado: Instituto Nacional de Vías —INVIAS—. Esta jurisprudencia fue reiterada y se precisó su vigencia bajo la Ley 1437 de 2001, en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, noviembre 13 de 2013, radicación 880012315000200100005 01, expediente: 31755, actor: Ingemat Ltda., demandado: Instituto Nacional De Vías, Acción: Contractual.

⁵ Sustituido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por manera que el cómputo de caducidad de la acción contractual, empieza a correr *a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el contrato estatal*, lo cual vino a confirmarse y consolidarse

ya citado artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, es decir en un plazo de cuatro (4) meses para la liquidación bilateral –dado que no hubo estipulación de las partes al respecto y dos (2) meses más para la liquidación unilateral.

Igualmente se advierte que en el Contrato No. 001 las partes no establecieron un término contractual para su liquidación, ni tampoco se tuvo noticia en este proceso acerca de la liquidación bilateral ni unilateral del citado contrato. Así las cosas, partiendo de la fecha en la cual el acto de terminación unilateral fue confirmado⁶, esto es el 26 de octubre de 2001, corrió el plazo legal para la liquidación bilateral del contrato, que fue de cuatro (4) meses y el de la liquidación unilateral, que fue de dos (2) meses más, de acuerdo con lo cual el término de caducidad de la acción contractual empezó a correr a partir del 26 de abril de 2002 (seis meses después de la terminación del contrato) y expiró dos (2) años después, el 26 de abril de 2004.

En consecuencia, la Sala observa que la demanda en este proceso se presentó oportunamente, el 29 de enero de 2003, es decir que no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual.

1.3. Competencia por razón de la cuantía.

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios e indemnizaciones se estimó en una suma superior a \$4.000'000.000, valor que resulta superior al monto equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$166'000.000)⁷, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005⁸, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

2. Pruebas aportadas y practicadas en el proceso.

con la norma legal que invocó explícitamente tales plazos para efectos de la oportunidad de ejercer la acción, aplicable para los procesos iniciados a partir del 2 de julio de 2012, cual es el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

⁶ No se conoció en este proceso la fecha de notificación del acto administrativo, por lo cual se tomará como tal el día de la expedición del mismo.

⁷ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2003, toda vez que la demanda se presentó el 29 de noviembre de 2003 y el recurso de apelación se interpuso el 17 de enero de 2006, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 344, cuaderno 5).

⁸ Diario Oficial 45.983

A continuación se relacionan y describen las pruebas decretadas y practicadas en el presente proceso:

2.1. Convocatoria 029-99, efectuada por la Industria Licorera de Caldas contentiva de los términos de referencia para la contratación directa de la distribución de Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima (folios 14 a 25, cuaderno 1).

2.2. Propuesta presentada por el señor Raúl Gómez Cruz a la Industria Licorera de Caldas, en la convocatoria No. 028 -99 (folios 14 a 167, cuaderno 1).

2.3. *“Convenio de Intercambio de Licores para su Introducción, Comercialización y Venta entre el Departamento de Caldas y el Departamento Del Tolima”,* distinguido con el No. 08 -10-99 -689 (folios 177 y 178, cuaderno 1), con el siguiente objeto:

“PRIMERA. OBJETO. El DEPARTAMENTO DE CALDAS y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, intercambiarán a partir de la ejecución del presente convenio, todos los Aguardientes, Ronces y demás licores, actuales y futuros que produzcan o llegasen a producir en sus respectivos departamentos, permitiendo la libre circulación de ellos en dicho territorio, previo el lleno de los requisitos estipulados en el presente convenio de intercambio. El departamento destinatario permitirá la distribución o venta en su respectivo territorio de los productos que el otro envíe o suministre.”

2.4. *“Contrato de Compraventa 257-99”,* celebrado entre la Industria Licorera de Caldas y el señor Raúl Gómez Cruz, con fecha 30 de diciembre de 1999 (folios 179 a 182, cuaderno 1), con el siguiente objeto:

“PRIMERA: OBJETO: LA LICORERA se obliga para con EL CONTRATISTA a vender, con entregas periódicas mensuales las siguientes cantidades mínimas de Aguardiente Cristal elaboradas por ella, en las siguientes presentaciones (...) PARÁGRAFO: Para los años segundo, tercero y cuarto de vigencia del contrato, las partes contratantes antes de iniciarse cada año, pactarán las cantidades y el CONTRATISTA actualizará el valor de las garantías constituidas. En ningún momento esas cantidades podrán ser inferiores de las comprometidas a comprar para la vigencia inmediatamente anterior.”

2.5. *“Contrato de Distribución y Venta de Licores”,* celebrado entre el Departamento del Tolima y el Señor Raúl Gómez Cruz, con fecha 21 de enero de 2000 (folios 183 a 185, cuaderno 1), con el siguiente objeto:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente contrato es autorizar al Contratista para distribuir y vender en el territorio tolimense el siguiente producto, en sus diferentes capacidades y presentaciones, (...) Nombre del Producto: Aguardiente Cristal (...)”

- 2.6.** Resolución No. 182 de 17 de agosto de 2001, expedida por la Gobernación del Tolima - Secretaria de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual resuelve: *“Dar por terminado unilateralmente el Contrato 001 de enero 21 de 2000, cuyo objeto es el de distribuir y vender el Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima.”* (Folios 186 y 187, cuaderno 1).
- 2.7.** Recurso de reposición presentado por el señor Raúl Gómez Cruz contra la Resolución No. 182 de 2001 (folios 186 a 191, cuaderno 1).
- 2.8.** Resolución 329 de 26 de Octubre de 2001 expedida por la Gobernación del Tolima – Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución No. 182 de 2001 (folios 193 y 194, cuaderno 1).
- 2.9.** Fotocopias de noticias tituladas: *“Aguardiente Cristal presente en Ibagué”*, periódico Nuevo Día, Ibagué, miércoles 24 de mayo de 2000 (folio 196, cuaderno 1); *“Comenzó el lanzamiento del Aguardiente Cristal”*, periódico Nuevo Día, Ibagué, 26 de mayo de 2000 (folio 221, cuaderno 1); *“Sonoro lanzamiento de Cristal”*, Periódico Nuevo Día, Ibagué, 30 de mayo de 2000 (folio 228, cuaderno 1).
- 2.10.** Fotocopias de fotografías, avisos y un afiche, referidos al *“Coctel de Lanzamiento Oficial de Aguardiente Cristal – Lugar Hotel Sofitel Altamira* (folios 197 a 208, cuaderno 1).
- 2.11.** Fotocopias de fotografías relativas a *“Puntas de Góndola en diferentes supermercados”*, *“Eventos Folclóricos”* y *“Degustaciones Departamento del Tolima – Ciudad Ibagué”*, (folios 229 y 230, cuaderno 1).
- 2.12.** Interrogatorio de Parte del demandante, señor Raúl Gómez Cruz, practicado en audiencia del 12 de noviembre de 2003, en el cual declaró conocer los contratos celebrados y acerca de la cláusula de terminación unilateral pactada, explicó que el Estado debe garantizar *“como mínimo la estabilidad y la recuperación de una inversión”* (folio 289, cuaderno 1).
- 2.13.** Certificado de Matrícula Mercantil y registro de libros de comercio, correspondiente al señor Raúl Gómez Cruz, expedido por la Cámara de Comercio de Florencia, con fecha 24 de noviembre de 2003.
- 2.14.** Dictamen rendido por la señora María Mabel Polanía Pardo, designada como perito en el proceso de la referencia, mediante el cual estableció el valor de la inversión realizada por el demandante, la proyección de la utilidad esperada y el monto de los gastos indexados hasta diciembre 31 de 2003, todo lo cual arrojó un valor total de \$2.626'301'778 (cuaderno 4). El perito anexó los siguientes

documentos: convenios, contratos y resoluciones (anexo I); facturas de compras y ventas (anexo II); soportes contables (anexo III); material publicitario (anexo IV); en el anexo No. I constan los siguientes documentos: **i)** Oficio 0279 de 20 de abril de 2001, mediante el cual el Gobernador del Departamento del Tolima dio preaviso al Gobernador del Departamento de Caldas, en el ejercicio del derecho previsto en la cláusula undécima del Convenio de Intercambio de Licores No. 689, para dar por terminado el referido Convenio y **ii)** Resolución No. 021 de 27 de junio de 2001, por medio de la cual la Gobernación del Tolima dio por terminado unilateralmente el Convenio de Intercambio de Licores No. 689 de 1999.

3. Presupuestos para el ejercicio de la cláusula excepcional de terminación unilateral en la contratación estatal.

La facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato estatal *“cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exigen”*, constituye una de las potestades excepcionales legalmente atribuidas al Estado en su condición de entidad contratante, en cuanto consiste en la facultad que le asiste para declarar la terminación del contrato mediante un acto administrativo motivado en el cual la misma entidad constata, explica y verifica la ocurrencia de las causas o eventos que la ley establece para que resulte válidamente procedente dicha forma de terminación unilateral del contrato.

La potestad de terminación unilateral del contrato estatal se encuentra reconocida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual se refirió a las cláusulas excepcionales, *“para el cumplimiento de los fines de la contratación”* y específicamente contempló la cláusula de terminación unilateral (...) *“cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan.”* (La subraya no es del texto).

A su turno, el numeral 2º del citado artículo 14 determina los tipos de contratos estatales y los objetos contractuales, en relación con los cuales tiene lugar la aplicación de cláusulas excepcionales y, por lo tanto, el ejercicio de las potestades exorbitantes del Estado, cláusulas entre las cuales se incluyen la modificación unilateral, la interpretación unilateral y la terminación unilateral del contrato.⁹.

⁹ “2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así

Con apoyo en esta disposición de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ ha distinguido cuatro grupos de contratos en relación con las cláusulas excepcionales: **i)** aquellos en los cuales las cláusulas excepcionales son obligatorias y se entienden pactadas. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal; **ii)** los contratos en los cuales es opcional el pacto de cláusulas excepcionales. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro; **iii)** aquellos contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la respectiva cláusula. A este grupo pertenecen los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las actividades señaladas en el grupo a que se refiere el **i)** anterior, así como los que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y los contratos de seguro tomados por las entidades estatales; y **iv)** Los contratos en que no está permitido pactar cláusulas excepcionales. Este grupo está integrado por todos aquellos contratos en que la Ley no haya dispuesto o permitido el pacto de tal cláusula o potestad excepcional.

Según dispone la misma norma del artículo 14 de la Ley 80, cuando se acuda al ejercicio de este tipo de cláusulas excepcionales –interpretación, modificación y

como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.”

PARÁGRAFO. *En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, noviembre 30 de 2006, Radicación Número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), Actor: Asesoramos S.C.A., demandado: Municipio de Gama, referencia: acción contractual.

terminación unilaterales-, la entidad estatal contratante se encuentra en el deber de reconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el contratista, lo cual indica que en principio los actos correspondientes no revisten carácter sancionatorio, a diferencia de los actos que también constituyen expresión de potestades excepcionales, mediante los cuales se declara la caducidad del contrato o aquellos en los que se ordena la terminación unilateral por incumplimiento, permitida a partir de la Ley 1150 de 2007. En efecto, el inciso final del numeral 1o del aludido artículo 14, determina:

“En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.”

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, establece taxativamente los eventos en los cuales, en ejercicio de su potestad excepcional, la entidad estatal puede, mediante acto motivado, disponer la terminación unilateral del contrato, así:

“Artículo 17. De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.”

La consagración de los eventos que dan lugar a la terminación unilateral de los contratos estatales naturalmente es taxativa, es decir que se restringe a los casos previstos en la Ley, puesto que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 regula una potestad de carácter excepcional y de naturaleza reglada, es decir que constituye una facultad especial que sólo puede pactarse y ejercerse en el ámbito de la contratación estatal en aquellos contratos que la ley dispone o permite y por las causas que la misma ley ha definido.

En relación con el mencionado artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no sobra precisar lo siguiente: **i)** como regla general existe libertad negocial para definir la duración y las causales de terminación de los contratos estatales, pero la Administración sólo puede pactar y declarar la terminación unilateral anticipada en los casos específicamente definidos en la Ley; **ii)** Existen otras normas, en la misma Ley 80 de 1993 y en otras leyes de contratación, que regulan eventos de terminación unilateral, generales o especiales por razón del tipo de contrato¹¹.

Ahora bien, acerca del debido proceso en el ejercicio de las potestades excepcionales, se debe reafirmar que en toda actuación de la Administración resulta imperativa su observancia por virtud del artículo 29 de la Constitución Política¹² y en el caso particular del ejercicio de las aludidas potestades contractuales, a falta de un procedimiento especial que fije la ley, la respectiva entidad estatal debe observar el procedimiento general que corresponde a las actuaciones administrativas. En este sentido, cobran plena aplicación las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo, en tanto la ley no estableció un procedimiento especial para la actuación correspondiente a la

¹¹ Artículos 45 de la Ley 80 de 1993 en relación con las causales contenidas en los numerales 1, 2 y 4 de su artículo 44, acerca de la nulidad de los contratos estatales, cuando se celebren con personas incurso en causales de incompatibilidad o inhabilidad, cuando se celebren con abuso o desviación de poder y cuando se declaren nulos los actos en que se fundamenten.

En el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por la Ley 828 de 2003 y derogado por la Ley 1150 de 2007, se consagró en su momento la *“causal de terminación unilateral de los contratos que celebren las Entidades públicas con personas jurídicas particulares, cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del contratista durante la ejecución del contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar”*. Se recuerda que en la Ley 1150 de 2007 se dispuso la facultad de decretar la terminación unilateral del contrato estatal con el propósito de hacer efectivas las multas.

La Ley 1341 de 2009 estableció la terminación unilateral de las concesiones de los proveedores, como consecuencia de la decisión del proveedor de acogerse al nuevo régimen de habilitación general, en materia de telecomunicaciones, así: *“La decisión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acogerse al régimen de habilitación general de la presente ley, la cual conlleva necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, no genera derechos a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de este.”*

¹² Artículo 29 C.P. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”*

expedición de los actos administrativos de terminación unilateral del contrato estatal, por lo cual no cabe duda que dicha determinación debe ser adoptada después de haberse informado a las personas que puedan resultar afectadas acerca del inicio de la actuación encaminada a dichos propósitos y con el fin primordial de brindarles la oportunidad de pedir pruebas, participar en la práctica de las que se decreten y contradecir las que pretendan hacer valer en su contra, así como la posibilidad de expresar sus opiniones, todo ello en forma previa a la adopción de la decisión correspondiente (artículos 3, 28, 34 y 35 del Decreto Ley 01 de 1984).¹³

En relación con el contenido de los actos administrativos mediante los cuales se procede al ejercicio de una potestad excepcional del Estado, se destaca la exigencia de la motivación del acto, respecto de la cual, debido a la naturaleza excepcional y extrema de esta facultad, se demanda especial claridad y precisión por parte de la Administración Pública, carga que se concreta en el deber de expresar detalladamente los hechos, las facultades y causas legales en que se apoya, so pena de afectar de nulidad la decisión, de conformidad con los dictados del artículo 84 del Decreto Ley 01 de 1984)¹⁴.

La obligación de motivar el acto administrativo debe satisfacerse tanto en los supuestos de hecho como de derecho y por ello no basta la enunciación de las causales de ley sino que resulta menester determinar los hechos esgrimidos y el peso específico que se les atribuye para tipificar el evento que legitima la aplicación de la cláusula excepcional y el ejercicio de la potestad que ella implica.

En relación con la oportunidad para la aplicación de cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales de los contratos estatales – así como sucede en los eventos que dan lugar a la caducidad del contrato– se tiene que el correspondiente acto administrativo debe ser expedido en vigencia del contrato, pues no de otra manera podría interpretarse la finalidad que la Ley

¹³ La Ley 1437 de 2011 contempló un procedimiento sancionatorio general aplicable al procedimiento contractual, sólo en el caso en que la Ley no disponga procedimiento especial. No obstante, en la terminación unilateral por razones del servicio o de orden público aplica el procedimiento general en tanto la actuación se origine en hechos ajenos a la conducta del contratista y sin reproche de su cumplimiento, medida en la cual no da lugar a un acto de carácter sancionatorio, puesto que la propia ley, en el artículo 14 establece el derecho a las compensaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar por la terminación unilateral.

¹⁴ Artículo 136 Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

80 establece en la consagración de tales cláusulas, cual es la de proteger los fines de la contratación y garantizar la continuidad del servicio, por manera que cuando el contrato estatal ha terminado, bien por vencimiento o extinción del plazo o cumplimiento del mismo, no cabe ya el ejercicio de la potestad excepcional mediante la cual la entidad contratante decreta la interpretación, modificación o terminación unilateral.

Como corolario de las reflexiones acerca de la terminación unilateral del contrato estatal que se han realizado anteriormente, se tiene que:

i) Adolecen de nulidad absoluta las cláusulas excepcionales que se pactan en los contratos estatales en los que no está permitida la inclusión de tales cláusulas, así como las que disponen para su ejercicio causales distintas de aquellas que la ley establece.

ii) Son nulos los actos administrativos a través de los cuales se ejerce alguna de tales potestades excepcionales con violación del debido proceso o en oportunidad posterior a la finalización del contrato o del término previsto para su ejecución.

Las anteriores conclusiones se apoyan en las disposiciones de la Ley 80 de 1993¹⁵ y en jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, que, de manera esquemática, se cita a continuación:

• **Terminación unilateral del Contrato - Potestad reglada. Motivación expresa.**

“En estos términos la administración municipal infringió la norma que obliga a las entidades públicas a motivar debidamente los actos administrativos que terminan de manera unilateral los contratos estatales. Es de anotar que la terminación unilateral, como facultad exorbitante que concede la ley a las entidades públicas, es una potestad reglada que sólo procede en casos excepcionales, por lo que se impone la manifestación expresa de los motivos que dieron lugar al acto que pone fin anticipadamente al contrato. Si bien el interés público o general reclama el uso de este tipo de medidas extraordinarias su interpretación, ha dicho la Sala, es restrictiva por corresponder a reglas de excepción¹⁶.”

¹⁵ Artículo 44 y 45.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, sentencia de 6 de abril de 2011, radicación número: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483), actor: Karina Cabrera Donado, demandado: Municipio de Chima-Córdoba, referencia: contractual. **“NOTA DE RELATORIA:** *Sobre la interpretación restrictiva de los conceptos de interés público o general para efectos de la terminación unilateral del contrato estatal, Consejo de Estado, sentencias de 21 de febrero de 1986, exp. 4550, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 20 de octubre de 1995, exp. 9847, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 14 de diciembre de 1995, exp. 8563, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 6 de junio de 2007, exp. 17253, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*”

• **Nulidad de la cláusula de terminación unilateral por la incorporación de causales no previstas en la ley.**

“La Sala observa que las cláusulas excepcionales, como su nombre lo indica, establecen el ejercicio de una facultad especial y prevalente para la entidad pública contratante y, por tal razón, las causales que permiten la aplicación de las atribuciones excepcionales allí contenidas son taxativas y su alcance está regulado por la ley de contratación estatal, en este caso la Ley 80 de 1993, aun cuando el pacto de tales cláusulas no sea de obligatoria aplicación y se derive del ejercicio de una opción que concede la ley a la entidad estatal, como sucede en los contratos de las Empresas Sociales del Estado en el sector salud, que por regla general se rigen por el régimen del derecho privado.

Así las cosas, se advierte que la Empresa Social del Estado excede sus facultades en relación con una o varias cláusulas excepcionales si a ellas les incorpora causas de terminación unilateral del contrato para eventos no establecidos en la ley de contratación estatal, lo cual da lugar a la declaración de nulidad de la respectiva cláusula y de los actos derivados del ejercicio de la misma, por tratarse de una potestad de terminación unilateral que no puede ir más allá de lo permitido y regulado expresamente por la ley.”¹⁷.

4. Potestad de terminación unilateral en los contratos de participación, cuando tienen por objeto el desarrollo de actividades constitutivas de un monopolio estatal.

Para el análisis de los actos acusados en este proceso, la Sala se detendrá en la procedencia del ejercicio de la potestad de terminación unilateral en los contratos estatales celebrados con particulares cuando tienen por objeto autorizar o conceder la explotación de un monopolio estatal.

El párrafo del artículo 14 de La ley 80 de 1993 determinó en cuáles de los contratos estatales se debe prescindir de la inclusión y obviamente del ejercicio de cláusulas o estipulaciones excepcionales, entre ellos *“los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo”*, disposición que se refirió a los contratos *“que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado.”*

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 27 de febrero de 2013, Expediente No. 25.590, radicación No. 25000232600020000 1561 01, actor: Martha Cecilia Reyes Pardo, demandado :Hospital Kennedy E.S.E. hoy Hospital del Sur E.S.E.

Con base en la precitada norma legal se puede precisar que las cláusulas excepcionales sí tienen cabida aunque se trate de contratos que tengan por objeto actividades industriales y comerciales del Estado, en cuanto los mismos correspondan, entre otros, al “*ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal*”, puesto que ese es uno de los casos a los que se refirió el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

La anterior precisión se entiende con claridad descendiendo a los contratos de participación en el monopolio rentístico de los licores destilados, que fueron mencionados en la Ley 14 de 1983, teniendo en cuenta que se trata de contratos cuyo objeto lo constituye precisamente el ejercicio del monopolio rentístico, mediante los cuales se autoriza la distribución de los licores y se acuerda la participación que debe reconocer el particular contratista a favor de la entidad territorial, cuyas rentas originadas en la explotación del monopolio deben destinarse a los fines públicos, preferentemente a los servicios públicos de salud y educación, de acuerdo con la disposición constitucional.

Así pues, para la Sala resulta diáfano que respecto de los contratos de participación en el monopolio de licores destilados tienen cabida las potestades excepcionales, en cuanto se predica de ellos la misma razón e identidad en la posición de la entidad estatal contratante que se aplica por virtud del objeto contractual definido en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es el ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal y la correspondiente obligatoriedad de las cláusulas excepcionales, las cuales se entienden pactadas aun en ausencia de estipulación expresa sobre la materia.

Para mayor claridad, la Sala profundizará a continuación en los referidos contratos de intercambio de licores y participación porcentual en el monopolio rentístico.

5. Los contratos intercambio de licores y de participación en el monopolio rentístico de los licores destilados.

Una de las instituciones más antiguas del derecho público nacional corresponde al arbitrio rentístico de los licores destilados como fuente de ingreso fiscal, para lo cual basta recordar que el monopolio de las rentas del aguardiente estuvo presente en la historia económica de Colombia desde la época de la Colonia, bajo

la figura de los “estancos” de la Corona Española¹⁸, pasando luego a constituirse en una fuente de las finanzas de los Estados en el modelo federalista de las Constituciones de 1858 y 1863.¹⁹

En la Constitución Política de 1886, se consagró igualmente el monopolio rentístico²⁰, a la vez que se crearon los Departamentos como parte de la organización territorial del Estado de acuerdo con los Actos Legislativos 3 de 1905 y 3 de 1910, bajo cuya égida aparecieron las primeras leyes que facultaron a las Asambleas Departamentales para regular el monopolio de la producción, introducción y venta de los licores destilados, o para ejercer la potestad impositiva en orden a gravar la actividad en beneficio del tesoro Departamental, si el monopolio no fuere conveniente ²¹.

En ese escenario, los artículos 61 y 63 de la Ley 14 de 1983, contentivos de disposiciones de fortalecimiento del fisco, reiteradas en el Código de Régimen Departamental contenido en el Decreto-ley 1222 de 1986²², contemplaron los

¹⁸ Nueva Historia Económica de Colombia, editor Kalmanovitz, Salomón; Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; Taurus Historia, primera edición en Colombia, pg. 55, Bogotá, 2010.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 24 de septiembre de 1.998, expediente N° 4979, primeros antecedentes respecto de la constitución del monopolio de licores en el virreinato de la Nueva Granada en el año de 1736.

²⁰ Artículo 31 C.P. *“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de Ley. (...) Ninguna Ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.”*

²¹ Véase la sentencia del Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz, 19 de febrero de 2009, expediente: 50001233100020010052601, número interno: 15550, Guinness Udv Colombia S. A. y otros contra Departamento del Vichada, en la cual se presenta un recuento normativo y se destacan las potestades alternativas de regular el monopolio o gravar la actividad, así: el Decreto Legislativo 41 de 1905 [2], conforme al cual, la renta de licores consistía en el “monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes”, El Decreto 1344 de 1908 cedió el producto de las rentas de licores nacionales a los departamentos y municipios; La Ley 88 de 1910, que desarrolló el Acto Legislativo 3 del mismo año, asignó a las asambleas departamentales la facultad de optar por ejercer el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, o, si éste no convenía, gravar dichas actividades; la opción de escoger entre el monopolio o el gravamen a las actividades de producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes se mantuvo en la Ley 4 de 1913 “sobre régimen político y municipal”, puesto que asignó a las asambleas departamentales la función de monopolizar, en beneficio de su tesoro, si lo estima conveniente y de conformidad con la ley, las actividades en mención, o, gravar esas industrias en la forma en que lo determine la ley, si el monopolio no conviene; *“el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 estableció el monopolio departamental de la producción, introducción y venta de licores destilados, como arbitrio rentístico, en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de 1886. y dispuso que las asambleas departamentales debían regular el monopolio o gravar esas industrias y actividades, si el monopolio no convenía.”*

²² *“Artículo 123. En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.*

Para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios aquí establecidos.”

denominados “*Contratos de Intercambio de Licores*” y dieron lugar a “*todo tipo de convenio*” con personas de derecho público o privado que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos, así como establecieron la posibilidad de otorgar permisos de comercialización de licores a cambio de una participación porcentual en las ventas, según se lee en las siguientes disposiciones:

“Artículo 61º. La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

(...)

Artículo 63º. En desarrollo del monopolio sobre producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos. Para la introducción ventas de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta Ley.”

El monopolio rentístico de los licores fue igualmente permitido de conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política de 1991, el cual contempló la destinación preferente de las rentas obtenidas en su ejercicio al servicio de la salud y la educación públicas:

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

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

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

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

A su turno, la Ley 80 de 1993 estableció un régimen general de la contratación pública aplicable para las entidades territoriales por virtud del artículo 2, dentro del cual existe libertad de negociación y de configuración contractual para convenir sus contratos estatales, obviamente con arreglo a la Ley.

La vigencia de los artículos 61 y 63 de la Ley 14 de 1983, a los que se hizo referencia, fue reconocida por el Consejo de Estado, aún expedida la Constitución de 1991 en cuanto a las modalidades permitidas en el manejo del arbitrio rentístico de los licores, tanto por la Sala de Consulta y Servicio Civil²³, como por la Sección Cuarta de la Corporación²⁴, sin perjuicio de advertir que los contratos referidos en la Ley 14 y en el Decreto-ley 1222 de 1983, celebrados con posterioridad a la Ley 80 de 1993 se someten a por éste último régimen y no excluyen la libertad de configuración contractual que tienen las entidades estatales, en este caso, los Departamentos y/o las empresas industriales y comerciales del Estado para establecer otro tipo de convenios en orden a la explotación del monopolio estatal.

En sentencia de 18 de abril de 1.996, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se señaló la posibilidad de que terceros colaboren con la administración territorial en la explotación del monopolio de licores en sus distintas etapas o fases:

“(...) El monopolio, que siempre debe ser de naturaleza fiscal, vale decir que debe instituirse por la ley como arbitrio rentístico, y que excluye, de principio, la

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri, noviembre 7 de 2002, radicación número: 1458, actor: Ministro de Salud, referencia: monopolio de licores, alcance. IVA sobre venta de licores: consignación en los Fondos Regionales de Salud. Contratos de concesión y de distribución.

²⁴ “Posteriormente, la Ley 788 de 2002 ratificó que los departamentos podían optar por el impuesto al consumo de licores o la participación. Sin embargo, el procedimiento tributario nacional rige solo para el impuesto al consumo, no para la participación, ya que esta no es un tributo.

El impuesto al consumo es un impuesto directo regulado por la Constitución, la ley y los reglamentos. Los elementos de la obligación tributaria no están presentes en la participación, ya que esta surge por el ejercicio de la autonomía territorial para establecer el monopolio de licores destilados.

*Conforme con la Ley 14 de 1983, cuando se ejerce la participación, el departamento recibe un valor porcentual derivado de los convenios que se celebran. En ausencia de la participación, se aplica el régimen impositivo, que es el previsto para el impuesto al consumo de licores. Así, los conflictos en el régimen impositivo se resuelven según el procedimiento tributario, **pero si se trata de la participación, las controversias se dirimen bajo los lineamientos de la Ley 80 de 1983.**” (La negrilla no es del texto) Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, 24 de enero de 2013, radicación: 08001-23-31-000-2008-00350-01(18982), aactor: Departamento de Antioquia - Fabrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.*

conurrencia entre los particulares y el Estado, no implica forzosamente que la gestión de la industria o actividad monopolizada deba cumplirse siempre por la administración, ni “que queden cerradas —como lo reitera la Corte Suprema desde su sentencia de julio 19 de 1945— para ésta las demás vías o procedimientos administrativos para ejercer el monopolio”.

(.)

“Da a entender lo precedente que sin necesidad de ley que expresamente lo autorice, puede la persona jurídica titular del monopolio celebrar contratos para la administración y manejo de la actividad monopolizada; o, en otras palabras, como lo recaba la misma Corte, “puede la persona pública que asume el monopolio, celebrar contratos relativos a la administración total de éste o a la de la operación o serie de operaciones materiales y jurídicas necesarias para el funcionamiento de la empresa objeto del monopolio”²⁵. (La negrilla no es del texto).

Así las cosas, con base en la citada Ley 14 de 1983, se desarrolló una triada de contratos para la explotación del monopolio estatal: **i)** los contratos interadministrativos de intercambio de licores entre las entidades territoriales, **ii)** los contratos entre la entidad territorial titular del monopolio rentístico —en su caso el Departamento- y una entidad pública o privada, para la producción, introducción, distribución o venta de los licores sometidos al monopolio estatal y **iii)** igualmente resultó posible desarrollar contratos de participación o mejor denominados de distribución con participación porcentual en las ventas, cuyo objeto lo constituye la autorización para la distribución de licores a cambio de una contraprestación o remuneración para la entidad estatal²⁶. Estos contratos sin duda se aprecian como conexos toda vez que el Contrato de Intercambio de Licores constituye el precedente contractual, en cuanto permite la introducción, distribución y venta de los licores de un Departamento en otro a lo cual se debe agregar que la Ley 14 determinó que para la autorización de comercialización, *“será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o*

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, sentencia de abril 18 de 1996, radicación: 9899, actor: Edgar Vergara Figueroa “Casa De Córdoba”, demandado: Departamento de Córdoba.

²⁶ En el derecho comercial colombiano— aplicable a la contratación estatal a falta de norma especial por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993- la distribución, entendida como una compraventa continuada con el objeto de reventa posterior, no se encuentra tipificada como un contrato separado, sino como una modalidad de contrato de agencia comercial, o eventualmente de contrato de suministro, de acuerdo con las notas características que lo acompañen. Cabría también asimilarlo al contrato de franquicia, no desarrollado en el Código de Comercio, en tanto bajo esta modalidad contractual el titular del derecho otorga un permiso para distribuir un producto a cambio de una participación en las ventas.

importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto”.

A la luz de La ley 80 de 1993, este tipo de contratos no excluye la posibilidad de celebrar otros contratos como el de concesión²⁷, suministro, consignación, comisión, compraventa, permuta, agencia comercial y/o distribución e inclusive los de donación con fines promocionales o de publicidad²⁸ y todo tipo de contratos para la comercialización de licores a cuya celebración pueden concurrir los Departamentos y/o las empresas industriales y comerciales, creadas para la operación del monopolio estatal, con arreglo a la ley.

En este contexto debe tenerse presente que la operación directa del monopolio estatal corresponde a los Departamentos, pero las entidades territoriales pueden operar por ejemplo a través de las empresas industriales y comerciales constituidas o creadas para el efecto, las cuales actúan como operadores indirectos, de manera que existen varias clases o tipos de contratos que pueden ser calificados como modalidades contractuales de operación directa o indirecta del monopolio estatal²⁹.

²⁷ El contrato estatal de concesión fue definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La diferencia con el contrato de participación originado en la Ley 14 de 1983 se encuentra para este caso en la distribución de los riesgos y de las cargas financieras que caracterizan la estructuración del contrato de concesión:

*“En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión -sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes- son los siguientes: (i) la **concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio;** (ii) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (iii) el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, “puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” -artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993- y (iv) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), actor: Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C.*

²⁸ Los cuales se han mencionado en las normas de causación del impuesto al consumo de licores, como por ejemplo la Ley 223 de 1995, vigente para la época de los hechos referidos en este proceso.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri, noviembre 7 de 2002, radicación número: 1458, actor: Ministro de Salud, referencia: Monopolio de Licores. alcance. IVA sobre venta de licores: consignación en los Fondos Regionales de Salud. Contratos de concesión y de distribución.

“Como se menciona en la consulta, en la explotación del monopolio de licores destilados de producción nacional, se ha generalizado el sistema consistente en que la producción de los mismos se desarrolla por la entidad territorial a través de las Empresas de Licores departamentales cuando ellas hayan sido creadas, entidades que tienen la naturaleza de empresas

Para finalizar este acápite, no sobra puntualizar que la categoría de contratos celebrados en ejercicio del monopolio estatal –pasibles de cláusulas excepcionales- no se extiende a los contratos que se formalizan con segundos y terceros compradores, como por ejemplo las ventas de licor de los distribuidores a los minoristas, ni las ventas al detal, en cuanto se trata de bienes previamente comercializados en ejercicio del arbitrio rentístico del monopolio estatal.³⁰

6. Responsabilidad del Estado por el acto de terminación unilateral del contrato.

El acto de terminación unilateral del contrato estatal genera de suyo el deber de compensar o indemnizar al contratista afectado, de acuerdo con la expresa disposición del inciso segundo del numeral 1º artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Nótese que en este evento el supuesto de responsabilidad del Estado no deriva de incumplimiento contractual alguno, ni de un acto antijurídico o ilegal, sino que,

industriales y comerciales del Estado del nivel departamental, o a través de contratos para realizar la producción de los licores; pero, en términos generales, la distribución, comercialización o venta de los productos se contrata con particulares, bajo diversas modalidades de contratos, permitidas por la ley 14 de 1.983, artículo 63, y el Decreto 1222/86, artículo 123, y el propio régimen de tales empresas industriales y comerciales, según lo disponen los artículos 255, 308 y 310 del decreto 1222/86, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 85 y 93 de la ley 489/98, a condición de que, por ser actividad monopólica, la celebración del respectivo contrato debe estar precedida de una licitación, concurso o invitación públicos.

(...)

De lo dicho debe concluirse que:

1) La participación de los terceros o particulares en el desarrollo, gestión o administración de la actividad monopólica puede realizarse a través de cualquier figura contractual que se estime adecuada, según las características de cada actividad incluida en el monopolio: producción, distribución o comercialización, introducción y venta, esto es, que existe una gran libertad de escogencia de la figura contractual que se desee celebrar.

2) **Por lo mismo, es claro que la ley no exige que tal participación deba hacerse necesariamente a través del contrato de concesión regulado por el artículo 32 de la ley 80 de 1.993.** (La negrilla no es del texto),

³⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri, noviembre 7 De 2002, radicación número: 1458, actor: Ministro de Salud, Referencia: Monopolio de Licores. alcance. IVA sobre venta de licores: consignación en los Fondos Regionales de Salud. contratos de concesión y de distribución.

“El monopolio de producción, introducción y venta de licores no ha variado en su concepción esencial desde su establecimiento en el año de 1905; corresponde al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución del producto industrial, su comercialización; del mismo modo, el monopolio se extiende a la introducción y venta en la jurisdicción de un departamento, bien de los licores destilados de producción nacional elaborados en otro departamento o bien de los licores importados. Por consiguiente, la venta del producto objeto del monopolio, es una de las fases o etapas de la explotación del mismo. Sin embargo, las ventas posteriores, por segundos y terceros intermediarios hasta llegar al consumidor final, no hace parte del monopolio, aunque las ventas que ellos realicen están gravadas con el impuesto a las ventas.” (La negrilla no es del texto).

precisamente, se trata de un acto administrativo legal, apoyado en una cláusula excepcional y motivado en las exigencias del servicio público o en las condiciones de orden público, el cual se reconoce por ley como un acto estatal originador de un daño antijurídico de carácter patrimonial causado en forma individual al contratista, aunque tal acto se encuentre expedido en ejercicio de una potestad legal y en protección del interés general.

La responsabilidad por este daño causado al contratista resulta objetiva y específicamente reconocida en la ley, razón por la cual en los contratos pasibles del ejercicio de la terminación unilateral, la misma constituye un evento al que se encuentra sometido el contratista por su propia voluntad de contratar, frente al cual la propia ley le reconoce el derecho a la compensación o indemnización, en su condición de colaborador de la Administración.

Por lo anterior, es importante observar que nada se opone a que las partes del contrato establezcan las fórmulas de determinación de la compensación o indemnización por los eventos de la terminación unilateral del contrato, desde el momento de su celebración, lo cual incluso resulta recomendable³¹.

Con mayor razón, la responsabilidad del Estado se hace exigible en los casos de terminación unilateral del contrato cuando tal decisión ha sido ilegalmente impuesta, habida cuenta de que en tal hipótesis la terminación anticipada constituye un acto expedido con violación de la ley y del contrato mismo, lo cual sin duda configura título de imputación y causa suficiente para solicitar el

³¹ La Ley 1682 de 2013 incorporó esta obligación en los contratos de infraestructura de transporte:

“Artículo 13. Los contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente por un acuerdo entre las partes o por decisión unilateral.

Parágrafo 1°. La entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato.

Parágrafo 2°. Para los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la presente ley, que estén en etapa de operación, la entidad pública contratante podrá proponer fórmulas que aceleren la recuperación de la inversión, garantizando al contratista el pago de las prestaciones a que tiene derecho, posibilitando de común acuerdo la terminación anticipada del contrato, la cual deberá ser fundamentada en los motivos previstos en el Estatuto General de Contratación Estatal, siempre y cuando se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad e interés general.

Las indemnizaciones o pagos a que haya lugar podrán ser determinadas de común acuerdo entre las partes o haciendo uso de la amigable composición, o de un tribunal arbitral, o de cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Parágrafo 3°. Por ministerio de la ley, la terminación anticipada implicará la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de la licencia, los permisos o las autorizaciones ambientales, títulos mineros y en general otra clase de permisos o autorizaciones obtenidos para la ejecución del proyecto de infraestructura de transporte.”

reconocimiento de los perjuicios por la utilidad dejada de percibir en el contrato ilegalmente frustrado, para cuya tasación entonces ha de tenerse en cuenta la prueba de los requisitos básicos de la responsabilidad contractual: **i)** daño patrimonial, es decir la lesión o menoscabo causado, **ii)** violación o incumplimiento del contrato y **iii)** el nexo de causalidad entre los dos requisitos anteriores.

7. El caso concreto.

7.1. Análisis de la motivación de los actos acusados.

El 17 de agosto de 2001, mediante Resolución No. 132 de 2001, la Gobernación del Tolima expidió el acto administrativo cuya nulidad se demandó en este proceso, mediante el cual dio por terminado unilateralmente el Contrato No. 001 de 2000 y dispuso un plazo de 90 días para que el contratista vendiera las existencias de licores que aun tuviere, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“En razón a lo anterior [La suscripción del convenio 689 de octubre 8 de 1999] se firmó el contrato No. 001 del 21 de enero de 2000 con RAUL GÓMEZ CRUZ para la distribución y venta de licores en el departamento por un término igual al establecido para el convenio suscrito por los departamentos de Caldas y Tolima, lo que limita la existencia jurídica de este contrato por ser accesorio al convenio que le dio origen.

(...)

El Gobernador del Departamento mediante oficio No. 0279 de abril 20 de 2001 manifiesta a su homólogo de Caldas, que previo estudio se llegó a la conclusión que el convenio no beneficia al Departamento, por lo que resuelve dar por terminado unilateralmente el convenio en referencia.

Que mediante Resolución No. 021 de junio 29 de 2001, el departamento dio por terminado unilateralmente el convenio de intercambio de licores No. 689 de octubre 8 de 1999, resolución actualmente en firme.

*Que el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato No. 001 de 2000 establece que el Departamento se reserva la facultad de darlo por terminado antes de su vencimiento por incumplimiento de las obligaciones o cláusulas del presente contrato **o por cancelación del convenio 689 de octubre 8 de 2000 (sic)**, cláusula que fue aceptada por el contratista al suscribir el contrato.*

Que al darse por terminado unilateralmente el contrato de distribución y venta de licores, el departamento decide dar por terminado unilateralmente el contrato 001 de 2001 (sic).

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Dar por terminado unilateralmente el contrato 001 de enero 21 de 2000, cuyo objeto es el de distribuir y vender el Aguardiente Cristal en el departamento del Tolima,

ARTÍCULO SEGUNDO. El contratante cuenta con 90 días calendario para vender las existencias de licores estampilladas o en vía de estampillar que tuviere.”

Mediante Resolución No. 329 de 26 de octubre de 2001, igualmente acusada en este proceso, la Gobernación del Tolima confirmó en todas su partes la Resolución No. 132 de 2001, con base en las siguientes consideraciones

“(...) el procedimiento a seguir para dar por terminado unilateralmente el contrato, por parte del departamento del Tolima, se encuentra establecido en el parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato 001 de 2000 (...)

“Por lo anteriormente expuesto se puede demostrar que en ningún momento se violó el derecho al debido proceso al contratista, toda vez que conocía de antemano el mecanismo a seguir al presentarse la eventualidad descrita en el antes mencionado parágrafo; mecanismo que fue aplicado por la administración para dar por terminado el aludido contrato.”

Para entrar a resolver acerca de la motivación de los actos acusados, la Sala observa la secuencia y contenido de los actos y contratos relacionados con la presente controversia, así:

El 8 de octubre de 1999 se suscribió el Convenio de Intercambio de Licores, entre el Departamento del Tolima y el Departamento de Caldas, contentivo de las siguientes cláusulas:

“PRIMERA. OBJETO. El DEPARTAMENTO DE CALDAS y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, intercambiarán a partir de la ejecución del presente convenio, todos los Aguardientes, Ronas y demás licores, actuales y futuros que produzcan o llegasen a producir en sus respectivos departamentos, permitiendo la libre circulación de ellos en dicho territorio, previo el lleno de los requisitos estipulados en el presente convenio de intercambio. El departamento destinatario permitirá la distribución o venta en su respectivo territorio de los productos que el otro envíe o suministre.

SEGUNDA. Distribución: Para los efectos del intercambio convenido, cada uno de los departamentos contratará los servicios de distribución de sus respectivos

licores en el territorio del otro, con una persona natural o jurídica especializada en la distribución y venta de licores de reconocida solvencia moral y económica, previniendo en los correspondientes contratos que el ejercicio de su actividad, dentro del departamento que recibe, quedará estrictamente sometida a los requisitos legales y controles que se establezcan en cada uno de los respectivos departamentos, por lo cual dicho contrato deberá ser aprobado por ambos departamentos.

(...)

PARAGRAFO TERCERO: En los contratos que los departamentos celebren con su distribuidor, deberán hacer constar que éste último acepta el contenido de las cláusulas del convenio de intercambio de licores suscrito entre dichos departamentos, en todo lo relacionado con la forma como opera el intercambio de licores y distribución en el territorio respectivo.

(...)

NOVENA: TÉRMINO DE DURACIÓN Y VIGENCIA: El término de duración y vigencia del presente convenio será de cuatro (4) años, contados a partir de la suscripción del mismo.

(...)

ÚNDÉCIMA: TERMINACIÓN UNILATERAL. Los departamentos contratantes se reservan el derecho de dar por terminado unilateralmente este convenio, previo aviso dado con dos meses de antelación y por graves razones de orden económico y fiscal que impidan su ejecución. PARÁGRAFO: En caso de terminación unilateral del presente convenio, los distribuidores contratados por cada uno de los departamentos contratantes, dispondrán de un plazo no mayor de seis (6) meses para vender existencias, caso en el cual cada departamento levantará el inventario correspondiente.”

El 30 de diciembre de 1999 se suscribió el Contrato de Compraventa No. 257 de 1999, celebrado entre la Industria Licorera de Caldas y Raúl Gómez, en el cual se dispuso:

*“PRIMERA: OBJETO: LA LICORERA se obliga para con EL CONTRATISTA a vender, con entregas periódicas mensuales la siguientes cantidades mínimas de Aguardiente Cristal elaboradas por ella, en las siguientes presentaciones (...)
PARÁGRAFO: Para los años segundo, tercero y cuarto de vigencia del contrato, las partes contratantes antes de iniciarse cada año, pactarán las cantidades y el CONTRATISTA actualizará el valor de las garantías constituidas. En ningún momento esas cantidades podrán ser inferiores de las comprometidas a comprar para la vigencia inmediatamente anterior.*

(...)

TERCERA: PRECIO DE COMPRA Y VENTA DE LOS LICORES. La LICORERA, de acuerdo con la política que se fije al respecto determinará, durante la vigencia de este contrato, los precios de los licores que se obliga a comprar el contratista, y

este se obliga a vender los licores a precios no inferiores a los indicados por el Gobierno Departamental, en caso de no existir licorera departamental. Se entiende que los precios fijados son en fábrica, corriendo por cuenta de EL CONTRATISTA, los fletes, seguros y demás gastos (...).

(...)

UNDECIMA. PRECIO DE TERMINACIÓN; En caso de terminación del contrato, cualquiera sea la causa, EL CONTRATISTA se obliga a vender a LA LICORERA, o a la persona que esta determine, la totalidad de la existencia de licor que se encuentre en su poder, en cuyo caso el precio de adquisición de tales existencias será igual al costo que haya tenido para el contratista. PARÁGRAFO. Se entiende por precio de costo el valor de la compra realizada por EL CONTRATISTA más los gastos que haya sufragado con posterioridad a la misma, por concepto de fletes, seguros y estampillas, sin que en ellos se incorporen los gastos de bodegaje.

DÉCIMA CUARTA: DURACION: El término de duración de este contrato es de cuatro (4) años, contados a partir del 1 de enero de 2000, previa aprobación de la garantía constituida por el CONTRATISTA.

DÉCIMA QUINTA. SANCIONES (...) sin perjuicio de la facultad de la LICORERA de darlo por terminado, en cuyo caso comunicará por escrito a EL CONTRATISTA, indicando la causal o motivo del incumplimiento; así mismo el contrato terminará por muerte de EL CONTRATISTA y por las demás causas legales.

El 21 de enero de 2000 las partes del presente proceso suscribieron el denominado: "CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE LICORES, CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y RAÚL GÓMEZ CRUZ", el cual tuvo por objeto autorizar la distribución y venta de licores en el territorio tolimense, según se lee a continuación:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente contrato es autorizar al Contratista para distribuir y vender en el territorio tolimense el siguiente producto, en sus diferentes capacidades y presentaciones (...).

SEGUNDA. TÉRMINO DEL CONTRATO. El presente contrato **tendrá la duración del convenio 689 de octubre 8 de 1999, es decir hasta el 7 de abril del año 2003**, pero podrá prorrogarse por igual periodo a voluntad de las partes contratantes, si el convenio entre Departamentos también es prorrogado, conforme al párrafo de la cláusula novena del mismo Convenio. PARAGRAFO PRIMERO. El departamento se reserva la facultad de darlo por terminado antes de su vencimiento por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones o cláusulas del presente contrato **o por cancelación del Convenio 689 de octubre 8 de 1999**. PARÁGRAFO SEGUNDO. En caso de terminación del contrato por cualquier causa, si el distribuidor tuviere licores estampillados o en vía de estampillar, dispondrá de un plazo de noventa (90) días para vender las existencias.

(...)

SEXTA: DE LA PARTICIPACIÓN PORCENTUAL. El Contratista pagará al Departamento como participación porcentual el 39% liquidado sobre el precio de venta al detallista o sobre el precio promedio del anisado nacional que semestralmente certifique el Departamento Administrativo Nacional de estadística DANE, por cada unidad de licor destilado de 750 c.c. en sus diferentes participaciones y capacidades proporcionalmente al volumen.

SEPTIMA: CLÁUSULA EXCEPCIONAL. Quedan incorporadas todas las cláusulas excepcionales del derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a leyes nacionales y de calidad de conformidad con la ley 80 de 1993.” (Las negrillas no son del texto).

De los textos anteriormente transcritos, resulta acreditado lo siguiente:

i) El Contrato No. 001 de 21 de enero de 2000 constituyó un contrato estatal cuyo objeto fue el de permitir o autorizar la circulación de licores destilados sometidos al monopolio rentístico de que trata el artículo 336 de la Constitución Política y los artículos 61 y 63 de la Ley 14 de 1983.

ii) En consecuencia, el Contrato No. 001 se sometió al régimen de contratación contenido en la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual el Departamento del Tolima gozó de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, *“para el cumplimiento de los fines propios de la contratación”* por tratarse de un contrato cuyo objeto lo constituyó ejercicio de un monopolio estatal, de conformidad con artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, fue viable su ejercicio en los eventos de ley, en particular en el caso previsto en el No. 1 del artículo 17 de la citada ley: *“Cuando las exigencias del servicio público lo requiera o la situación de orden público lo imponga.”*

iii) Resulta necesario precisar que las partes asignaron al Contrato No. 001 el título de *“Contrato de Distribución y Venta de Licores”*, pero en su contenido se aprecia que el mismo tuvo por objeto *“autorizar”* al contratista para distribuir y vender el Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima y que como contraprestación por la referida autorización el contratista debía pagar al Departamento del Tolima una participación porcentual del 39%, liquidada sobre el precio de venta al detallista o precio promedio del anisado nacional certificado por el DANE.

En consecuencia, el Contrato No. 001 fue un contrato de participación en el monopolio rentístico de los licores a los que se refirió la Ley 14 de 1983, en el cual tuvo cabida la cláusula excepcional de terminación unilateral. Para esta conclusión se recuerda que en la interpretación de los contratos debe tenerse en cuenta la realidad de su contenido, con independencia de la denominación formal del mismo.

Corroborar lo anterior, que el contrato de distribución y venta del Aguardiente Cristal fue realmente el que se celebró por el contratista con la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial del Departamento de Caldas que tenía a su cargo *“la explotación económica del monopolio del arbitrio rentístico de licores de que es titular el Departamento de Caldas”*, entre ellos el Aguardiente Cristal, según se hizo constar en la letra b) de las consideraciones del Contrato celebrado por la referida Licorera, distinguido como *“Compraventa No. 257- 99”*.

iv) Se encuentra que en la Resolución No. 132, ahora demandada, el Departamento del Tolima invocó a su vez la potestad de terminación unilateral del Convenio de Intercambio de Licores, que ejerció con apoyo en la inconveniencia de continuar en dicho intercambio puesto que la Empresa Licorera del Tolima, operadora del monopolio rentístico en ese departamento, no logró generar excedentes financieros; se alegó en este proceso que esa situación afectó las rentas del monopolio y por ende los servicios de la salud y la educación pública a los que debían destinarse las mismas, asunto que hizo clara alusión al evento de terminación unilateral de los contratos estatales previsto en el numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a las condiciones del servicio financiado con las rentas de monopolio de licores.

La Sala advierte que en este proceso no tiene lugar el juzgamiento del Convenio de Intercambio de Licores ni de la Resolución No. 021 de 2001 mediante la cual el Departamento del Tolima declaró la terminación unilateral del Convenio 689 de 1999, como tampoco corresponde hacer un pronunciamiento sobre el “Contrato de Compraventa No. 257” celebrado por la Licorera de Caldas con el señor Raúl Gómez Cruz, los cuales no constituyen materia de la presente litis y para los efectos de este proceso se encuentran debidamente probados como parte de los hechos que ayudan a contextualizar la controversia, además de que se tienen

como amparados por la presunción de legalidad que cobija tanto los contratos estatales como los actos administrativos.

v) Ahora bien, en este proceso se probó que habiendo transcurrido algo más del primer año de vigencia del Contrato No. 001 antes mencionado, mediante Oficio 0279 de 20 de abril de 2001, el Gobernador del Departamento del Tolima dio preaviso al Gobernador del Departamento de Caldas, en el ejercicio del derecho previsto en la cláusula undécima del Convenio No. 689 para dar por terminado el referido Convenio, así:

“En ejercicio de este derecho y previo los estudios respectivos en los que se concluyó que el convenio no beneficia al Departamento al cual represento, nos vemos en la imperiosa necesidad de presentar el aviso de que trata la cláusula en referencia allegando el proyecto de acta de terminación y liquidación del convenio por mutuo acuerdo”.

En el mismo sentido se probó que mediante Resolución No. 021 de 27 de junio de 2001, la Gobernación del Tolima dio por terminado unilateralmente el Convenio de Intercambio de Licores No. 689, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que el Gobernador del Departamento mediante oficio No. 0279 de abril 20 de 2001, manifiesta al Gobernador de Caldas que, previos los estudios respectivos, se concluyó que el convenio no beneficia al Departamento del Tolima, en consideración a la caída en las ventas de los productos producidos por la fábrica de Licores del Tolima, y la desaparición del ingreso por concepto de excedentes financieros en el presupuesto departamental de la vigencia de 2000, concordantes con el artículo 121 del Código de Régimen Departamental.

(...)

Que a la fecha no se ha recibido respuesta alguna por parte del Gobernador del Departamento de Caldas.

(...)

Que la terminación de los contratos administrativos, regulada por el actual estatuto de contratación, es un mecanismo de carácter excepcional otorgado a las Entidades estatales que como tal, solamente puede ser utilizado en los casos taxativamente señalados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, con el fin de evitar la ineficaz ejecución del servicio público (...) o lo hagan inconveniente por razones de orden público o necesidades del servicio.

(...)

Que en estas condiciones el Gobernador del Tolima se encuentra en el deber legal de dar por terminado unilateralmente el convenio mediante acto administrativo motivado.”

Todo el acervo probatorio antes relacionado demuestra que los actos acusados se apoyaron en la terminación unilateral del Convenio de Intercambio de Licores, la cual se aprecia como amparada en la presunción de legalidad del acto administrativo, además de que en este caso resultaba viable su invocación, teniendo en cuenta la conexidad entre el Contrato No. 001 y el Convenio No. 689, de acuerdo el contenido de la cláusula segunda del contrato No. 001, por virtud del mismo acuerdo entre las partes.

De conformidad con todo lo antedicho, teniendo en cuenta que en la Resolución No. 132 se acudió a invocar como fundamento el acto de terminación unilateral del Convenio No. 689, a su vez amparado en uno de los eventos previstos en el artículo 17 de la Ley 80, se impone aceptar la suficiente motivación del acto acusado.

7.2. Debido Proceso.

El demandante alegó que le fue impuesta la terminación unilateral del Contrato No. 001 sin motivo ni razón conocida por él.

En efecto, la Sala advierte que no existe en el proceso constancia alguna de la citación a la parte actora en la actuación previa a la expedición de la Resolución No. 132 de 17 de agosto de 2001, la cual resultaba obligatoria en respeto al debido proceso, sin importar que el Departamento del Tolima estuviera dando lugar a la aplicación de una cláusula contractual y legalmente establecida.

Conviene reiterar que resultaba mandatorio para el Departamento del Tolima obrar con respeto del derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y a falta de un procedimiento específico definido en la Ley le correspondía seguir las reglas de la actuación administrativa establecidas en el Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con las cuales el Departamento del Tolima debió comunicar al contratista el inicio de la actuación y el objeto de la misma, en los términos del artículo 28 del citado Código, así como estaba en el deber de brindar al contratista la oportunidad de expresar sus opiniones, pedir y controvertir pruebas, esto es permitirle el ejercicio del derecho de contradicción en forma previa a la adopción de la decisión, de acuerdo con el artículo 35 del mismo Código.

El Tribunal *a quo* pasó por alto el cargo presentado por el demandante en cuanto a la violación del debido proceso y se apoyó en que la voluntad contractual expresada por las partes acerca del evento de terminación unilateral del contrato, era clara y suficiente; en el mismo sentido se tiene que la entidad demandada, por su parte, alegó que en el Convenio No. 689 se reguló el preaviso al Departamento de Caldas como procedimiento aplicable para su terminación, el cual se surtió en debida forma.

Ni lo uno ni lo otro resulta argumento válido para desconocer el deber de respetar el debido proceso en la actuación previa a la expedición del acto de terminación unilateral del Contrato No. 001, toda vez que los acuerdos contractuales no tienen fuerza suficiente para exonerar a la entidad estatal del cumplimiento del procedimiento que se debe seguir en las actuaciones administrativas, en este caso establecido en el Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, tratándose de una cláusula de aplicación excepcional, no cabe duda de la exigencia extrema en la protección de los derechos de contradicción y de defensa del contratista, los cuales fueron pretermitidos sin que ello pueda justificarse por razón de que el contratista hubiere conocido y aceptado un procedimiento de preaviso entre los departamentos que hicieron parte del Convenio de Intercambio de Licores.

Vale la pena mencionar que el requisito contractual acerca del preaviso entre las entidades territoriales no puede erigirse en el procedimiento aplicable para la terminación unilateral del Contrato No. 001 celebrado por una de ellas con el demandante, aunque este hubiere sido desarrollo del referido Convenio, puesto que sin desconocer la conexidad existente entre los contratos citados, debe advertirse que el contratista no era parte del Convenio Interadministrativo de Intercambio de Licores y que tal preaviso no estaba establecido en su favor, ni sustituyó el debido proceso en la actuación relacionada con la terminación del Contrato No. 001.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala revocará la sentencia de primera instancia y accederá a declarar la nulidad de los actos acusados.

7.3. De la duración del Contrato No. 001 para efectos de la tasación del perjuicio.

La duración del Contrato No. 001 terminaba el 7 de abril de 2003, teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula segunda, según la cual *“E[el] presente contrato tendrá la duración del convenio 689 de octubre 8 de 1999, es decir hasta el 7 de abril de 2003”* (Se resalta).

De acuerdo con lo anterior, mediante el Contrato No. 001 se autorizó la venta del Aguardiente Cristal al señor Raúl Gómez Cruz en el Departamento del Tolima por un término de duración que se estableció hasta el 7 de abril de 2003, el cual se aprecia, además, como concordante con la duración prevista en el Convenio de Intercambio de Licores que debía ir hasta el 7 de octubre de 2003, inclusive superior en seis (6) meses a la pactada en el Contrato No. 001.

Así las cosas, se advierte que el Tribunal *a quo* se apartó del texto contractual al considerar que la duración del Contrato No. 001 era *“la misma”* prevista en el Convenio de Intercambio de Licores No. 689 y llegó a la conclusión errada de que el Contrato No. 001 terminó por voluntad de las dos partes, en la cual fundó su decisión de desestimar las pretensiones de la demanda.

Por el contrario, ante la claridad del acuerdo relacionado con la duración del Contrato No. 001 y teniendo en cuenta el carácter mandatorio de la obligación contenida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 acerca del deber de indemnizar o compensar en los eventos de terminación anticipada del contrato estatal, la Sala llega a la certeza de la procedencia de las pretensiones del demandante y, en consecuencia, revocará la decisión del Tribunal *a quo* en cuanto denegó las pretensiones de restablecimiento e indemnización de perjuicios presentadas en la demanda.

Nótese que aún si se aceptara que la duración del Contrato No. 001 estaba atada a la vigencia del Convenio No. 689, ello no permite concluir que el Departamento del Tolima se liberó de la obligación de indemnizar o compensar al contratista por la referida terminación unilateral.

Ahora bien, la Sala encuentra procedente determinar la utilidad dejada de percibir por el contratista en el plazo del Contrato No. 001, para lo cual tendrá en cuenta el plazo comprendido entre la fecha en que se confirmó la terminación anticipada mediante la Resolución No. 329 de 26 de octubre de 2001 y el vencimiento del plazo pactado en el Contrato No. 001, es decir el 7 de abril de 2003.

En este sentido, se tomarán en cuenta los pedidos que fueron establecidos en el Contrato de Venta No. 257 de 1999, para los meses de noviembre y diciembre de 2001, el año completo de 2002, y los meses de enero, febrero y marzo de 2003, para un total de 17 meses.

En apoyo de la anterior apreciación se tiene en cuenta que las cantidades y precios bajo las cuales el señor Raúl Gómez Cruz hubiera podido llevar a cabo la comercialización del Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima no son otras que las acordadas en el Contrato de Venta No. 257 de 1999, puesto que existió conexidad innegable entre el mencionado Contrato de Venta y el Contrato No. 001, según se observa en los documentos correspondientes, así:

i) Las consideraciones contenidas en el Contrato No. 001 se fundaron en el Convenio No. 689 de 1999 y en la adjudicación del contrato de venta que previamente realizó la Licorera de Caldas en favor del señor Raúl Gómez Cruz, tal como se hizo constar en el texto correspondiente al Contrato No. 001, así:

“CONSIDERACION PRIMERA. Que en virtud de los artículos 61 y 63 de la Ley 14 de 1983 [entre] los Departamentos de Caldas y Tolima se celebró el Convenio 689 de 1999, de intercambio de licores. SEGUNDA. Que en la cláusula segunda del Convenio 689 de octubre 8 de 1999, [se] establece que para los efectos del intercambio convenido, cada Departamento contratará los servicios de distribución de sus respectivos licores en el territorio del otro con una persona natural o jurídica. TERCERA, Que la Industria Licorera de Caldas adjudicó el contrato de Distribución del Aguardiente Cristal al señor RAUL GÓMEZ CRUZ, según constancia expedida por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica. CUARTA. Que con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Convenio 689 de octubre 8 de 1999 es necesario celebrar el contrato de distribución y venta del aguardiente cristal en el Departamento del Tolima, de conformidad con lo establecido el artículo 30 del estatuto de rentas. “

ii) En la cláusula segunda del Contrato de Venta No. 257 de 1999 celebrado con la Licorera de Caldas se estableció como obligación del contratista la de cumplir con las obligaciones del Convenio de Intercambio de Licores, así:

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: (...) f) Cumplir con las obligaciones contenidas en el convenio de distribución, celebrado entre el departamento de Caldas y el departamento del Tolima.”

7.4. De los perjuicios causados por la pérdida de oportunidad de seguir ejecutando el contrato de distribución y venta de licores.

El demandante pretende la condena al pago por concepto de restablecimiento del derecho y perjuicios por la suma equivalente a la utilidad dejada de percibir, toda vez que ve vio ilegalmente privado de la autorización para seguir comercializando el Aguardiente Cristal en el Departamento del Tolima, en cuanto se probó en este proceso que tuvo lugar la terminación unilateral anticipada, a más de que en este caso se evidenció también la violación al debido proceso en que incurrió el Departamento del Tolima.

Ahora bien, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido la de reconocer la utilidad neta a que habría tenido derecho el contratista, descontando los costos y gastos en que dejó de incurrir por no haber ejecutado el contrato.

La referida precisión en el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta totalmente consistente con el daño que acarrea la terminación anticipada del contrato estatal, toda vez que se advierte que por el acto de la terminación unilateral el contratista no pudo continuar ejecutando el contrato y de esa forma se le privó de la posibilidad de percibir la utilidad correspondiente, así como tampoco incurrió en los costos y gastos que le habría exigido la ejecución del contrato, durante el período no ejecutado.

Acerca de la proyección de la utilidad esperada que aparece en el dictamen (folios 8 a 13 cuaderno 4) advierte la Sala que se apartará de los datos de las unidades que según dicho experticio se habrían dejaron de comercializar, toda vez que no hay lugar a tomar como base las cantidades proyectadas de la propuesta comercial del proponente, sino las que finalmente se acordaron en el Contrato de Venta No. 257, teniendo en cuenta que el perjuicio debe establecerse con fundamento en el contrato efectivamente celebrado y no en las proyecciones comerciales del contratista, que resultan unilaterales e inciertas.

Lo anterior teniendo en cuenta que en el Contrato de Venta No. 257 celebrado con la Licorera de Caldas la parte actora sólo se comprometió con un piso mínimo de compras de 260.000 unidades por año, distribuido bimestralmente en las cantidades específicamente fijadas en el contrato, al paso que las cantidades y el precio de las compras de los años segundo, tercero y cuarto quedaron abiertas al acuerdo futuro de las partes, según se aprecia en las cláusulas primera y quinta del contrato con la Licorera de Caldas.

Por otra parte se reconocerá la actualización del monto de los perjuicios hasta la fecha de la condena, con el propósito de incorporar a la suma que se liquidará, la pérdida del poder adquisitivo por el paso del tiempo, con fundamento en la variación de los índices de precios al consumidor publicados por el DANE, de acuerdo con la misma fórmula que tradicionalmente reconoce el Consejo de Estado, en virtud del artículo 4, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, la cual corresponde también a la fórmula invocada en el dictamen, a saber:

Valor Presente = Valor Histórico x Índice de precios final³² / Índice de precios inicial³³.

No se incluirán intereses de mora en la presente liquidación de perjuicios, en la medida en que éstos sólo proceden respecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales consistentes en pagar una suma de dinero, de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil, aplicable para tales obligaciones, por la invocación del interés moratorio civil contenido en el artículo 4, numeral 8, de la ley 80 de 1993.

Tampoco se reconocerá el valor de la campaña de lanzamiento del producto, teniendo en cuenta que la actividad respectiva no fue pactada contractualmente y que respecto de la publicidad, la Licorera de Caldas estableció en el Contrato No. 257 únicamente el monto que debía ser pagado mes a mes, por concepto de publicidad, por valor equivalente al 12% de las compras realizadas por el contratista.

³² Enero de 2014.

³³ Septiembre de 2001.

No se demostró en este proceso que el costo de la campaña de lanzamiento hubiera sido considerado como una inversión cuya recuperación se debía diferir en la duración del contrato, amén de que el Contrato No. 001 no correspondió a un contrato de concesión, ni causó pagos del Departamento a favor del contratista.

Finalmente, se observa que en el dictamen se dejó de considerar dentro de los gastos, el valor a pagar a favor del Departamento del Tolima por concepto de la participación pactada en el Contrato No. 001 (39% de las ventas), el cual se deducirá para efectos de establecer la utilidad neta que corresponde al monto de la condena a cargo del Departamento.

Así las cosas, con fundamento en los datos del dictamen y en las precisiones anteriores, se liquidarán los perjuicios correspondientes a la utilidad dejada de percibir con las siguientes bases:

Ítem	Valor unitario	Total
Unidades ³⁴	359.000	
Precio de compra por unidad ³⁵	\$2.072	
Precio de venta por unidad ³⁶	\$4.678	
Ingresos por ventas ³⁷		\$1.679'402.000
Menos (costos y gastos)		
Compras ³⁸		\$743'848.000
Gastos de administración, ventas ³⁹		\$162'718.760
Participación porcentual de las ventas		\$654'966.780

³⁴ Con base en los pedidos mínimos pactados para noviembre y diciembre (de 2002) un año (2002) y enero, febrero y marzo (de 2003), es decir (60.000 + 260.000 + 39.000= 359.000).

³⁵ Dato tomado del dictamen.

³⁶ Dato tomado del dictamen.

³⁷ Número de unidades por precio de venta.

³⁸ Número de unidades por precio de compra.

³⁹ Incluye la suma de \$4'321.000 por concepto de gastos mensuales establecida en el dictamen, por 17 meses, para un subtotal de \$73'457.000, más \$89'261.760, correspondiente a los gastos de publicidad (12% de las compras) de acuerdo con el porcentaje previsto en el contrato de compraventa celebrado con la Licorera de Caldas, para un total de gastos -en que dejó de incurrir el demandante- por la suma de \$162'718.760.

pactada a favor del Departamento del Tolima, de acuerdo con el Contrato No. 001 ⁴⁰		
Utilidad neta dejada de percibir		\$117'868.460

7.5. Cálculo del valor presente:

Valor Presente = Valor Histórico x Índice de precios final⁴¹ / Índice de precios inicial⁴².

Valor Presente = \$117'868.460 x 115,26 / 66,30

Valor Presente = \$204'909.784,30

8. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el quince (15) de diciembre de dos mil cinco (2005), y en su lugar se dispone lo siguiente:

⁴⁰ 39% de los ingresos por ventas, de acuerdo con la participación porcentual que fue fijada en el Contrato No. 01.

⁴¹ Enero de 2014. [www.dane.gov.co/indice de precios al consumidor \(IPC\) /series de empalme 1998-2014](http://www.dane.gov.co/indice%20de%20precios%20al%20consumidor%20(IPC)%20/series%20de%20empalme%201998-2014).

⁴² Septiembre de 2001, [www.dane.gov.co/indice de precios al consumidor \(IPC\) /series de empalme 1998-2014](http://www.dane.gov.co/indice%20de%20precios%20al%20consumidor%20(IPC)%20/series%20de%20empalme%201998-2014).

1. Declarar la nulidad de la Resolución No. 132 del 17 de agosto de 2001, por medio del cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, decidió dar por terminado unilateralmente el Contrato 001 de 21 de enero de 2000.

2. Declarar la nulidad de la Resolución No. 329 de 26 de octubre de 2001, por medio de la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO, confirmó la Resolución No. 132 de 17 de agosto de 2001.

3. Condenar al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar al señor RAÚL GÓMEZ CRUZ, la suma de DOSCIENTOS CUATRO MILLONES NOVECIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$204'909.784,30), por las razones expuestas en esta providencia

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA