

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Definiciones jurisprudenciales. Características

En relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa se destaca que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. Para la Corte Constitucional, la moralidad, “en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”. Este principio también se relaciona con el problema de la corrupción, cuya represión es uno de los objetivos de muchas disposiciones legales, pero no agota necesariamente su contenido. La Sala ha considerado que en razón de su naturaleza jurídica, las dificultades para la aplicación del principio surgen de la carencia de un supuesto de hecho que al igual que en las reglas permita la utilización del método silogístico. Por eso, se ha propuesto como fórmula para mantener la eficacia sin sacrificar por otra parte la seguridad jurídica, la construcción de reglas que lo desarrollen en los casos concretos. En decisión de la Sección Quinta de esta Corporación se precisó también que la moralidad y el patrimonio públicos tienen connotaciones políticas y judiciales que deben deslindarse en los casos concretos para no vulnerar el principio de separación de poderes. Es decir, que hay una esfera de decisiones de la administración que no son susceptibles de ser calificadas por el juez desde la óptica de lo moral porque corresponden a la ponderación de criterios de conveniencia y oportunidad de competencia del administrador. Tanto en la jurisprudencia de esta Corporación como en la que ha elaborado la Corte Constitucional, existe acuerdo en señalar que el juicio sobre la moralidad de una determinada actuación administrativa debe ser realizado por el juez en cada caso concreto. En síntesis, con apoyo en la doctrina, la jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: -es un principio que debe ser concretado en cada caso; -al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; -en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-046/94 de la Corte Constitucional

PATRIMONIO PUBLICO - Definición

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su

protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. Nota de Relatoría: Se acoge a la definición de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia del 31 de mayo de 2002, Exp. 9001

ACCION POPULAR Y LOS CONTRATOS ESTATALES - Procedencia de la revisión de legalidad de un contrato estatal por la vía de la acción popular cuando se pone en peligro o viola algún derecho colectivo / SENTENCIAS - Efectos de cosa juzgada explícita, implícita y efectos de fuerza persuasiva / COSA JUZGADA - Explícita: la parte resolutive de las providencias; Implícita: la razón de la decisión o fundamento normativo directo de la parte resolutive. Los obiter dicta tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo. Considera la Sala que esta afirmación de la Corte en la sentencia C-088 de 2000 al decidir sobre la exequibilidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, según la cual se advirtió que lo expuesto no significa que “a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”, no tiene carácter vinculante porque la decisión versó sobre la constitucionalidad de la disposición que ordena a los representantes legales de las entidades públicas responder solidariamente con los contratistas, en los eventos en los cuales se incurra en sobrecostos u otras irregularidades en la contratación estatal, pero no tenía por objeto definir la procedencia de la acción popular para la protección de derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal. En la sentencia no se justificó por qué los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular a pesar de que los mismos involucraran la vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en esos términos. Al precisar el alcance del respeto al precedente y la cosa juzgada constitucional, esa Corporación, en sentencia SU-047 de 1999. Concluyó la Corte Constitucional que en el sistema colombiano también había lugar a distinguir estos aspectos en una decisión judicial y señaló los efectos que produce cada uno de ellos, así: a) la parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con efecto *erga omnes*, en los juicios de constitucionalidad; b) la *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y c) los *obiter dicta* sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un *obiter dicta* o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a

examinar la legalidad de un contrato estatal. Nota de Relatoría: Ver sentencias SU-047 de 1999, C-131 de 1993 y C-037 de 1996 de la Corte Constitucional.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Legitimación en la causa por activa es universal en las acciones populares / ACCION POPULAR - Legitimación en la causa por activa es universal para demandar la nulidad absoluta de los contratos estatales / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Es universal, cuando se solicita la nulidad absoluta del contrato en la Acción Popular

A pesar de que la acción de nulidad absoluta de los contratos sólo puede ser intentada, en principio, por las personas señaladas en la ley, cuando se ejerce una acción popular estará legitimada "cualquier persona" o podrá el juez declararla de oficio, cuando esa decisión sea necesaria para proteger los derechos colectivos, siempre y cuando en este último evento se cumplan las condiciones previstas en el artículo 87 del C.C.A. Considera la Sala que esa legitimación universal en las acciones populares se justifica porque el objeto directo de la pretensión de nulidad absoluta no está referida al contrato mismo sino a la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado con aquél y además, porque en estas acciones no se trata de un conflicto litigioso entre partes que defienden derechos subjetivos. Adicionalmente, la acción popular está prevista en la Constitución para la protección de los derechos e intereses colectivos, por lo cual procede de manera preferente a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial que puedan asegurar idéntico fin, es decir, no es esta una acción supletiva como sí lo es la tutela. Además, la eficacia de dicha acción es mayor frente a las acciones ordinarias, por estar sometida a un trámite preferencial (art. 6 ley 472 de 1998) y más breve, por lo cual asegura en mejor medida la protección de tales derechos, que por lo regular demandan acciones urgentes. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-215/99 de la Corte Constitucional y sentencias del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166; del 24 de agosto de 2001, Exp. AP-100 y del 19 de julio de 2002, Exp. AP-098 del Consejo de Estado.

CONTRATO DE COMERCIALIZACION DE LICORES - Amenaza para el patrimonio público / PATRIMONIO PUBLICO - Amenazado por el contrato de comercialización de licores firmado por la licorera / SUSPENSION DEL CONTRATO - Como decisión en acción popular / INCENTIVO ECONOMICO - Reconocimiento de 20 salarios mínimos al comprobarse amenaza del derecho al patrimonio público

La sala considera que el contrato de comercialización cuestionado constituye una amenaza para el patrimonio público y que a través de esta acción deben tomarse las medidas adecuadas para protegerlo. La definición de la alternativa que la Empresa Licorera de Nariño adoptó para solucionar la crisis financiera que afrontaba, esto es, la celebración de un contrato de comercialización exclusiva de sus productos, con la cual pretendía garantizar unos ingresos mínimos para el funcionamiento de la Empresa, ya que el contratista debía pagar en forma anticipada los bienes que mensualmente se comprometía a adquirir, además del ahorro de los costos de comercialización del producto, tales como seguro de transporte, publicidad y la contratación de empleados, es una función que corresponde adoptar a quienes administran la entidad y no puede ser valorada en este proceso, porque no se cuenta con elementos de juicio que permitan afirmar que la opción en sí misma constituía una forma de defraudar el patrimonio público que la entidad administra. Pero lo que sí puede valorar el juez de la acción popular son los efectos de esa decisión y los compromisos contractuales adquiridos para determinar su incidencia en el patrimonio público, como quiera

que su protección como derecho colectivo busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable. Repárese que el art. 40 inciso tercero de la ley 80 de 1993 establece como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato estatal, además de la Constitución, la ley y el orden público las reglas de la "buena administración". Si al momento de celebrar el contrato la empresa desconoció las finalidades que buscaba, cuales eran sanear sus finanzas y recuperarse económicamente, ya que las condiciones del contrato no conducían a resultados adecuados frente a la crisis económica que aquella enfrentaba y sí, adicionalmente, el incentivo acordado a favor del contratista tampoco resultaba razonable, es evidente que un contrato celebrado en esas condiciones es una amenaza para el patrimonio público que es de todos y debe, por consiguiente, el juez de la acción popular impedir que siga produciendo sus efectos. Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvencción formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso. Se reconocerá al actor como incentivo el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagados por La Empresa Licorera de Nariño.

**Sentencia 1059(AP-518) del 02/10/31, ponente: RICARDO HOYOS DUQUE.
Actor: JESÚS ORLANDO MEJIA YEPEZ, Demandado: EMPRESA LICORERA DE NARIÑO Y OTROS**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Bogotá, D.C, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dos (2002)

Radicación número: 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518)

Actor: JESÚS ORLANDO MEJIA YEPEZ

Demandado: EMPRESA LICORERA DE NARIÑO Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 12 de abril de 2002, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

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

“SEGUNDO. Ordenar en forma genérica al Consorcio Galeras a reintegrar, a favor del Fondo de Defensa de Intereses Colectivos las sumas de dinero que la Empresa Licorera de Nariño pagó por concepto de la bonificación pactada en la cláusula cuarta, parágrafo segundo del contrato C-095-99, celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, el 2 de diciembre de 1999.

La liquidación de la condena se hará teniendo en cuenta estas bases:

NUMERO DE UNIDADES DE LICOR = UNIDADES EFECTIVAMENTE COMPRADAS ENTREGADAS COMO BONIFICACIÓN POR EL CONSORCIO GALERAS X 17%.

TOTAL BONIFICACION = (PRECIO UNITARIO DE VENTA X NUMERO DE UNIDADES ENTREGADAS COMO BONIFICACIÓN) + IMPUESTO AL CONSUMO CANCELADO POR UNIDADES ENTREGADAS COMO BONIFICACIÓN.

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

TERCERO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

CUARTO. Condénase al incentivo que prevé el art. 40 de la ley 472 de 1998, a favor del señor JESÚS ORLANDO MEJIA YEPEZ, quien ejerció la acción popular, el cual será igual al 15% del valor que se pague al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos, por parte del Consorcio Galeras y que será descontado y pagado por el Fondo de Defensa”.

ANTECEDENTES

1. La petición.

El 28 de agosto de 2000, el señor JESUS ORLANDO MEJIA YEPEZ presentó acción popular ante el Tribunal Administrativo de Nariño en contra del departamento de Nariño, la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, con el objeto de obtener la protección de los derechos colectivos al patrimonio

público y a la moralidad administrativa y en consecuencia formuló las siguientes pretensiones:

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

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

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

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

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

f. Que se conceda a mi favor el incentivo de que trata el artículo 40 de la ley 472 de 1998, tomando como base el valor del contrato y concretamente la cuantía de la bonificación ilegalmente otorgada al contratista y que se excluiría en virtud de esta acción popular”.

2. Hechos.

a. El 2 de diciembre de 1999, la Empresa Licorera de Nariño suscribió con el consorcio Galeras un contrato por el término de 5 años para la comercialización exclusiva del aguardiente Galeras y anisado Nariño.

b. El consorcio Galeras está integrado por la industria de gaseosas La Cigarra y la sociedad Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda., empresas insolventes y que, además, carecen de experiencia en la comercialización de licores.

c. En el contrato se pactó una bonificación del 17% a favor del contratista, que a 31 de julio de 2000 le ha representado a la empresa una pérdida de \$1.200.000.000. Esto dio lugar a una investigación penal dentro de la cual se dictó medida de aseguramiento contra la funcionaria que firmó el contrato.

d. El contrato de comercialización impone al contratista una obligación de compra mínima de licores, “lo que no solamente hace que la empresa esté totalmente subutilizada, ya que tan sólo se ocupa en un 20% de su potencial sino que con las unidades que vende, su precio y la bonificación, que en últimas afecta el precio, la empresa va indefectiblemente a la quiebra y el contratista se enriquece sin ningún esfuerzo”.

e. A pesar de que existen fundamentos legales para la suspensión del “plazo del contrato y por ende, terminar su vigencia porque su aplicación va contra la ley”, la administración departamental no ha tomado ninguna decisión a este respecto.

3. Medida provisional

Mediante auto del 29 de noviembre de 2000, el Tribunal ordenó “la inmediata cesación del contrato de comercialización”, atendiendo a las peticiones formuladas en tal sentido por el Defensor del Pueblo Regional de Nariño y el Procurador Delegado ante esa Corporación, por considerar que dicho contrato “afecta intereses de orden público, como que aquella suministra en mayor proporción los fondos para el funcionamiento de la administración departamental y con el referido contrato se entrega prácticamente tan importante factoría al consorcio contratista, sin ninguna contraprestación válida” y sin que la Empresa haya “ejercido su derecho liberador ante el órgano administrativo competente”.

4. Respuestas a la demanda

4.1. La Empresa Licorera de Nariño se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirmó que la bonificación es un incentivo legal que se utiliza en todos los contratos de comercialización que celebran las licoreras del país y constituye un estímulo al contratista por las ventajas que le representa a la entidad el pago de contado de los productos. “Lo que no es correcto es que sea la Empresa Licorera de Nariño, quien asuma el valor de la participación porcentual al departamento de Nariño o como dice el contrato, el impuesto al consumo”, por lo cual se viene estudiando con el consorcio la manera de modificar esa cláusula del contrato; además, desde el mes de mayo de 2000, la licorera ya no le entrega la bonificación al contratista, en cumplimiento de las medidas que ordenó tomar a este respecto la Fiscalía 16 Seccional de Pasto.

Agrega que no existe ninguna conexidad entre los hechos narrados y los derechos colectivos invocados, ya que el actor aduce “como razón de la inmoralidad administrativa, la detención preventiva de la anterior gerente...lo cual no es de recibo porque aunque existiese medida de aseguramiento en contra de ella, también es cierto que aún la protege el principio de presunción de inocencia y nadie es responsable penalmente si no es declarada jurídicamente culpable”, y además, porque en la demanda sólo se realizan “aproximaciones sobre hechos futuros e inciertos y sobre proyecciones abstractas y eventuales que, además, desconocen varias decisiones que ya se han tomado por parte de todas las autoridades que han tenido conocimiento de los hechos sobre el contrato con el consorcio Galeras y que se constituyen en verdaderos actos tendientes a proteger el patrimonio de la Empresa Licorera de Nariño”.

4.2. El departamento de Nariño formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación por cuanto el derecho reclamado no es objeto de la acción instaurada e indebida escogencia de la acción, las cuales justificó así: a) “El contrato cuestionado fue celebrado por una persona jurídica de derecho público que nada tiene que ver con la persona que represento y por tanto, el departamento de Nariño no puede ser objeto de esta acción. Será la Empresa de Licores de Nariño la que en su momento debata procesalmente su responsabilidad”; b) “No se ha utilizado la acción procesal pertinente, ya que en lo fundamental lo que se busca es la declaración judicial de ilegalidad del contrato estatal que se refiere a la demanda, lo cual se debe tramitar por la acción propia de los contratos y no por la popular”, y c) El actor pretende la protección de derechos que no incluyen dentro de los colectivos y al medio ambiente, o derechos de la tercera generación, que son los únicos que pueden ser objeto de la acción popular, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Constitución y “ni siquiera al legislador se le atribuye competencia para crear otro tipo de derechos, menos aún que un ciudadano se atreva a categorizar un derecho constitucional diferente como derecho colectivo”.

4.3. El apoderado del consorcio manifestó que en el contrato que celebró con la licorera se observaron las normas legales respectivas y que se hizo en forma directa porque la licitación fue declarada desierta y dentro de ese marco no se aprecia, ni está probado, que la finalidad del representante de la entidad haya sido “la de obtener beneficio personal, individual o favorecimiento de determinadas personas por cuestiones de tipo político o de otra clase, o transgresiones legales groseras, motivo por el cual no estamos frente a una inmoralidad administrativa”.

Aceptó la existencia de la investigación penal que cursa en contra de la funcionaria que celebró el contrato, pero aclaró que como dicho proceso aún no ha concluido, no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que la ampara. Se opuso a las pretensiones de la demanda con el argumento de que éstas debían ser intentadas a través de una acción de nulidad, por quien esté legitimado, pero que en todo caso debe observarse lo previsto en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, según el cual habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícito, siempre que la entidad se haya beneficiado.

Finalmente, afirmó que en el evento de que la empresa declarara la terminación o modificación unilaterales del contrato, estaría obligada a indemnizarle al contratista los perjuicios que le cause.

5. La decisión de primera instancia

El Tribunal consideró que la acción interpuesta es procedente porque pretende la protección de los derechos colectivos a la moral administrativa y al patrimonio público y no tiene solamente por fin obtener el incentivo económico de que trata el artículo 40 de la ley 472 de 1998, como erradamente lo señaló el apoderado del consorcio Galeras.

A partir de la interpretación de algunas disposiciones constitucionales y con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, definió la moral administrativa como “un conjunto de principios que orientan el comportamiento de los servidores públicos en la realización de la función administrativa, derivados de los fines del Estado. Se trata precisamente de los consagrados en los artículos 2 y 365 de la Constitución Política. Cuando la administración pública actúa en procura de hacer

efectivos estos objetivos realiza la moral administrativa, si se desvía de ellos, su conducta es inmoral y reprochable”.

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

Además, consideró que con el contrato se vulneró el patrimonio público porque “los productos de las operaciones que realizaba Liconar forman parte del patrimonio público y estaban destinados a la prestación de los servicios públicos de educación y salud en el departamento de Nariño...En el contrato de comercialización de licores en cambio, si bien se incluyeron las cláusulas exorbitantes en provecho de Liconar por imperativo legal, el consorcio Galeras obtuvo unos privilegios no usuales en la contratación estatal. El reconocimiento de la bonificación y el pago del impuesto al consumo contradicen el equilibrio contractual y el resultado fue el perjuicio al patrimonio de la empresa, elemento

integrante...del patrimonio público. Luego, a través del contrato se produjo una disminución del patrimonio público el cual está destinado a la prestación de los servicios públicos, en beneficio de la comunidad”.

6. Fundamentos de la impugnación

6.1 El consorcio Galeras solicita que se revoque el fallo impugnado y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. Los fundamentos de su solicitud son los siguientes:

a. A través de la acción popular no se pueden debatir controversias contractuales. Materias como la ruptura del equilibrio contractual no se pueden decidir a través de una acción popular. “Los llamados privilegios para el consorcio Galeras ni son tales ni fueron sugeridos o impuestos por éste. Fue la administración la que *ab initio* fijó las reglas del juego”.

b. Las pretensiones formuladas en esta demanda son objeto de la acción contractual interpuesta por el consorcio Galeras contra la Empresa Licorera de Nariño, en la cual ésta presentó demanda de reconvención. La decisión adoptada dentro de la acción popular ha generado traumatismos en el proceso contractual; prueba de ello es que el magistrado ponente en este último se declaró impedido para fallarlo por haber sido el ponente de la sentencia que se impugna.

c. El Tribunal afirmó que hubo violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sin que existiera prueba de ello. “Si estipular beneficios para el contratista, dentro del marco de pliego de condiciones, que hay que aceptarlo en su totalidad o no se puede contratar, es causal para que una acción popular prospere con fundamento en la causal que se estudia, es anunciar a los cuatro

vientos que la contratación administrativa en Colombia no resistirá ni el más leve viento de la mañana...La sentencia impugnada hace una falsa 'idealización de la moral social', pues la problemática típicamente jurídica de la relación negocial cuestionada (rompimiento del equilibrio negocial, etc.), se la maneja por fuera del ámbito jurídico propio y preciso que la ley le fija para su cuestionamiento”.

d. El Tribunal dio por probada la causal de defensa del patrimonio público sin estarlo. “Esta causal tampoco se da en el caso en comento, pues una cosa es el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído la administración y otra muy diferente el patrimonio público”, el cual está integrado por los bienes de que tratan los artículos 63 y 101 de la Constitución.

e. “El proceso registra una investigación procesal de vía única”. A pesar de que el Tribunal ordenó de oficio la prueba pericial no la valoró debidamente; no se concedió el recurso de apelación contra el auto que ordenó la suspensión del contrato, con el argumento de que quien lo interpuso a nombre del consorcio no acreditó su representación, pero sí se le reconoció personería al mismo para efectos de la audiencia de conciliación; no se analizaron las razones de la defensa ni el alegato de conclusión presentado por el consorcio; ni siquiera hubo pronunciamiento sobre las excepciones formuladas por los demás demandados. “Cómo no concluir entonces que el a quo transitó por una vía única”.

f. En la sentencia se desconoce el artículo 48 de la ley 80 de 1993, porque se ordena el reintegro de dineros por parte del consorcio al fondo de defensa de intereses colectivos, a pesar de que la norma citada establece que la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaración. La licorera reportó beneficios del cumplimiento del contrato celebrado con el

consorcio, los cuales “le permitieron producir el licor y atender el pago de los salarios, prestaciones sociales, impuestos y demás”.

g. La sentencia viola los principios de la universalidad porque su *ratio decidendi* no puede generalizarse, “pues no puede aplicarse en todos los casos”; de la coherencia porque “no encaja bien en el conjunto del ordenamiento jurídico: rompe la lógica establecida en los principios del sistema, y de la corrección, “pues no es de recibo que el sentenciador se aparte en forma grosera de lo dispuesto en la ley”.

6.2. El departamento de Nariño y la Empresa Licorera de Nariño solicitaron la modificación del ordinal segundo de la sentencia para que se ordene reintegrar los dineros a la licorera y no al fondo para la defensa de intereses colectivos. “Habiéndose probado claramente que con la actuación del consorcio Galeras se afectó el interés colectivo de la moralidad pública, pero particularmente los intereses patrimoniales directos de las dos entidades, sin duda el propósito de ellas para cumplir con sus fines legales es recuperar la bonificación que recibió el consorcio Galeras y al obtenerse decisión favorable, la recuperación de esos dineros deben retornar en primera instancia a la Empresa Licorera de Nariño para que ésta a su vez le haga las correspondientes transferencias de ley al departamento de Nariño. El fundamento de lo expresado reposa en lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 de donde se puede colegir que los valores o dineros que se recuperen fruto de la acción van para la entidad afectada y solo el incentivo, cuando el actor es una entidad pública se destinará al fondo de defensa de intereses colectivos”.

7. Intervención del Ministerio Público

El Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación solicita que se revoque el fallo impugnado y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. Afirma que aunque el actor aduce la violación de derechos colectivos, lo que en realidad pretende es cuestionar la validez del contrato, pero es la acción contractual y no la popular la vía procesal adecuada para perseguir esa finalidad. Pero aún en el evento de considerar que la acción interpuesta es procedente para lograr el fin perseguido, tampoco habría lugar a acceder a las pretensiones porque no se acreditó la violación de los intereses colectivos señalados por el actor.

En criterio del agente del Ministerio Público, "el Tribunal no explica por qué debe considerarse contrario a la moral administrativa o inmoral el hecho de que en un contrato estatal 'prevalezca el interés particular' y en estas condiciones carece de validez la conclusión del Tribunal de que el contrato de comercialización viola 'la moral administrativa' porque contiene cláusulas que son más favorables al consorcio que a la empresa. Un contrato puede contener cláusulas inconvenientes para una de las partes o que sean favorables a una de éstas pero no por ello debe concluirse forzosamente que es inmoral. En estos casos debe presumirse la buena fe de las autoridades públicas y que el contrato estuvo orientado al cumplimiento de los postulados de la misma".

En relación con la vulneración del patrimonio público aducida por el actor, considera el Procurador Delegado que "en el expediente no existe prueba que demuestre que la Empresa de Licores de Nariño, al celebrar el discutido contrato de comercialización de sus productos o posteriormente, hubieran limitado o impedido, o hubiera amenazado impedir el ejercicio del derecho de defensa del patrimonio público, a los titulares del mismo derecho. Por otra parte, no se advierte que la circunstancia de haberse estipulado que se le reconocerá al consorcio una bonificación equivalente al 17% de las unidades que éste adquiera

de la Empresa de Licores pueda constituir una violación al derecho de defensa del patrimonio (sic) de la entidad. Si tenemos en cuenta el concepto del director de planeación que cita el Tribunal, esa bonificación no impide que la empresa obtenga utilidades y simplemente determina una disminución del margen de dichas utilidades, pero esa disminución no constituye un desconocimiento del derecho de defensa del patrimonio (sic) de la licorera”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las pretensiones del actor están dirigidas a que se declare la terminación del contrato de comercialización exclusiva celebrado entre la Empresa de Licores de Nariño y el consorcio Galeras, por considerar que dicho contrato vulnera los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público y en consecuencia, que el contratista reintegre a la empresa el valor total de la bonificación que le fue reconocida en desarrollo del mismo.

A fin de resolver la controversia planteada, la Sala examinará los siguientes aspectos: 1. Los derechos colectivos invocados: la moralidad administrativa y el patrimonio público. 2. La acción popular frente a los contratos estatales. 3. El caso concreto. 4. La amenaza al patrimonio público con el contrato celebrado. 5. El incentivo.

I. Los derechos colectivos invocados: la moralidad administrativa y el patrimonio público.

1. En relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa se destaca que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 íbidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

Para la Corte Constitucional, la moralidad, “en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”¹. Este principio también se relaciona con el problema de la corrupción, cuya represión es uno de los objetivos de muchas disposiciones legales², pero no agota necesariamente su contenido.

¹ Sentencia C-046 de 1994.

² Ha dicho la Corte Constitucional que los delitos contra la administración pública y particularmente el cohecho, tienen como “sustrato un valor moral y ético en cuanto persiguen una finalidad útil a la comunidad, como es la de combatir los fenómenos de corrupción asociados a las acciones que ponen precio a la función pública, es decir, la venta concluída entre un particular y un servidor público de un acto u omisión perteneciente al haz de funciones

La Sala ha considerado que en razón de su naturaleza jurídica, las dificultades para la aplicación del principio surgen de la carencia de un supuesto de hecho que al igual que en las reglas permita la utilización del método silogístico. Por eso, se ha propuesto como fórmula para mantener la eficacia sin sacrificar por otra parte la seguridad jurídica, la construcción de reglas que lo desarrollen en los casos concretos:

“A pesar de la dificultad, es posible esbozar una solución que privilegie la eficacia de los principios, sin hacer que la sociedad pierda confianza en el derecho. Recuérdese que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, que escapan de toda tentativa de definición conceptual, que su significado no puede alcanzarse de manera inductiva identificando características en las diferentes reglas que los han desarrollado dado que tales reglas responden a criterios especiales de la rama de derecho de que se trate, a situaciones históricas específicas y a determinados fines perseguidos por el legislador. Por ello, la concreción de los principios se realiza, más bien, mediante ejemplos (Karl Larenz, p. 53), y cuando se produce la concreción, ella tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.

En conclusión, es posible aplicar los principios sin necesidad de una subsunción silogística, pues ellos operan por reacción, en cada caso concreto planteado por las reglas que los han desarrollado. Esto supone evidentemente, una idea básica -no necesariamente delimitada- del contenido del principio, que le permite al juez reconocerlo en el ejemplo planteado....

...

En el caso de la moralidad administrativa, es pertinente anotar que, la regla que lo concreta como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado *norma en blanco*, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, el mismo artículo 4 prescribe que los derechos enunciados “estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, y el artículo 7 refuerza esa idea, disponiendo que los derechos “protegidos por las acciones populares y de grupo...se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados

o competencias que en desarrollo de aquélla le han sido asignadas y para los cuales el ordenamiento jurídico no autoriza una contraprestación”. Sentencia C-709 de 1996.

en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia”.

Sin embargo, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.

...debe anotarse que siempre que se encuentre comprometida la moralidad o cuando su protección sea el móvil de la demanda, sin importar que se comprometan principios distintos, el juez de la acción popular debe estudiar el caso colocando la idea básica del principio de moralidad administrativa ante la regla que rige el caso específico, para saber si ésta lo ha concretado. Si es así, deberá evaluar, además, cuál es la reacción que, según el alcance que obtenga el principio en la regla específica, amerita el caso concreto, a fin de establecer el sentido de la decisión por adoptar y su contenido mismo”³.

En decisión de la Sección Quinta de esta Corporación se precisó también que la moralidad y el patrimonio públicos tienen connotaciones políticas y judiciales que deben deslindarse en los casos concretos para no vulnerar el principio de separación de poderes. Es decir, que hay una esfera de decisiones de la administración que no son susceptibles de ser calificadas por el juez desde la óptica de lo moral porque corresponden a la ponderación de criterios de conveniencia y oportunidad de competencia del administrador:

“...es preciso señalar que el contenido de la moralidad administrativa y el patrimonio público es correlativo a la dinámica política y judicial que difícilmente pueden predefinirse en abstracto, pues dejan abierto un espacio amplio a la regulación legislativa, a las decisiones políticas y administrativas, propias de una sociedad democrática. Precisamente por ello, la dificultad en la hermenéutica de estos conceptos es indudable, puesto que, en algunas ocasiones, no es clara ni precisa la frontera entre su significado jurídico y su contenido político.

En otras palabras, frente a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público es necesario diferenciar la apreciación política, el valor o el significado político de la materialización del concepto (i) y la repercusión judicial del contenido de las cláusulas jurídicas (ii). En la primera circunstancia, la decisión corresponde a los órganos políticos que efectúan análisis de conveniencia, favorabilidad y viabilidad de las diferentes opciones políticamente posibles y jurídicamente lícitas. Por

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, exp: AP-170.

su parte, mientras no exista norma expresa que defina el contenido jurídico de los conceptos de moralidad y de defensa del patrimonio público, en cada caso, corresponderá determinarlo al juez, quien debe efectuar un estudio de validez constitucional y legal de la opción políticamente escogida, por lo que podría decirse que el juez asume un control de límites normativos que condicionan al derecho la decisión discrecional, no arbitraria, de los órganos políticos. Sólo si se diferencian esas dos esferas, las funciones judicial y administrativa asumen su verdadero papel en el Estado Social de Derecho que se caracteriza por la separación y colaboración armónica entre las Ramas y Órganos del poder público (artículo 113 de la Constitución).

Así las cosas, para respetar el principio de la separación y colaboración armónica de los órganos del Estado, un ejemplo en el que es indispensable diferenciar el tipo de decisión que está llamada a llenar el contenido de los conceptos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, es la definición del esquema gerencial con el que se va administrar una empresa pública. En efecto, las alternativas de gestión para mejorar la eficiencia de una empresa corresponde a una conducta administrativa que, por regla general, es ajena al juez”⁴.

Tanto en la jurisprudencia de esta Corporación como en la que ha elaborado la Corte Constitucional, existe acuerdo en señalar que el juicio sobre la moralidad de una determinada actuación administrativa debe ser realizado por el juez en cada caso concreto, al “efectuar un estudio de validez constitucional y legal de la opción políticamente escogida, por lo que podría decirse que el juez asume un control de límites normativos que condicionan el derecho a la decisión discrecional, no arbitraria, de los órganos políticos”⁵.

Además, ha señalado esta Sala que aunque “pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la

⁴ Sentencia de la Sección Quinta del 24 de agosto de 2001, AP-100.

⁵ Sentencia AP-100 ya citada. La Sala Plena del Consejo de Estado, a propósito de una controversia de carácter contractual expresó que “las razones de índole moral que pueden predicarse con respecto al régimen jurídico de la contratación administrativa sólo pueden tener cabida y aplicación en el derecho en la medida en que el legislador las haya elevado a la categoría de normas legales, tal como acontece, precisamente, en el caso de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar...”. Sentencia del 10 de noviembre de 1993 (Exp. No. S-216).

seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”⁶.

En síntesis, con apoyo en la doctrina, la jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.

2. En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”⁷.

⁶ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”.

⁷ Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

II. La acción popular frente a los contratos estatales

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad⁸. Esto significa que con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.

2. Con la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (art. 3 ley 80 de 1993).

El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem).

Esto significa que cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de

⁸ A este respecto, ver sentencia de la Corte Constitucional C-449 de 1992.

naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.

En este sentido, el art. 40 de la ley 472 de 1998 indica que *“para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”*. Esto significa que las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presenten necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión.

Al resolver la demanda de inconstitucionalidad formulada contra esta disposición, la Corte Constitucional mediante sentencia C-088 de 2000 la declaró exequible por ser “cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (art. 1º.); la proclamación de un orden justo (art. 2º.) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación

pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública”.

Considera la Sala que esta afirmación de la Corte no tiene carácter vinculante porque la decisión versó sobre la constitucionalidad de la disposición que ordena a los representantes legales de las entidades públicas responder solidariamente con los contratistas, en los eventos en los cuales se incurra en sobrecostos u otras irregularidades en la contratación estatal, pero no tenía por objeto definir la procedencia de la acción popular para la protección de derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal. En la sentencia no se justificó por qué los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular a pesar de que los mismos involucraran la vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en esos términos.

Al precisar el alcance del respeto al precedente y la cosa juzgada constitucional, esa Corporación, en sentencia SU-047 de 1999, se apoyó en la distinción que se realiza en los sistemas del *Common Law* entre: a) *decisum* o parte resolutive de la sentencia; b) *ratio decidendi* o razón de la decisión, esto es, “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica...El

fundamento normativo directo de la parte resolutive, y c) *obiter dicta* o dichos al pasar, es decir, “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”.

Concluyó dicha Corporación que en el sistema colombiano también había lugar a distinguir estos aspectos en una decisión judicial y señaló los efectos que produce cada uno de ellos, así: a) la parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con efecto *erga omnes*, en los juicios de constitucionalidad; b) la *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y c) los *obiter dicta* sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. En relación con los dos últimos aspectos, precisó:

“...los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo, para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático. Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo.

“El anterior análisis justifica no sólo por qué únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente sino que además lleva a una conclusión ineludible: el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir” (subrayas fuera del texto).

El carácter vinculante de la razón de la decisión y simplemente pedagógico de los *obiter dicta* había sido señalado antes por esa Corporación al declarar la inexequibilidad de la expresión “obligatorio, contenida en el artículo 23 del decreto 2067 de 1991, que establecía: “La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia”:

“¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

“Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

...

“Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es *norma normarum*, de conformidad con el artículo 4° *idem*. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son *erga omnes*, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.

“Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación -guardiana de la integridad y supremacía de la Carta-, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica

dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior.⁹

De igual manera, al declarar la exequibilidad del artículo 48 del proyecto de la ley estatutaria de la administración de justicia, que establece el alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional, había precisado que:

“Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”¹⁰.

En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un *obiter dicta* o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal.

4. De acuerdo con el art. 44 de la ley 80 de 1993 debe procederse a la nulidad, entre otras causales, de los contratos que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (num. 2) o desviación de poder (num.3), causales en las que

⁹ Sentencia C-131 de 1993..

¹⁰ Sentencia C-037 de 1996

pueden incurrir los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad o el patrimonio público.

Cabe destacar, así mismo, que en la legislación colombiana la nulidad de los contratos por tales razones ya estaba prevista en las normas de derecho común, ya que el artículo 1518 del C. C. señala que los hechos moralmente imposibles por estar prohibidos por las leyes, ser contrarios a las buenas costumbres o al orden público vician la declaración de voluntad.

Así mismo, el artículo 1742 ibídem, subrogado por el art. 2º de la ley 50 de 1936, facultaba al Ministerio Público para pedir la nulidad absoluta del contrato “en interés de la moral o de la ley”.¹¹

La doctrina extranjera ha admitido que “cuando el contrato se ha celebrado mediante manejos inmorales, o en forma deshonesta, o exterioriza un favoritismo escandaloso, puede afirmarse que existen razones de legitimidad para revocarlo o anularlo, ya que la legalidad y la moralidad de la actividad administrativa no marchan ni pueden marchar divorciados”. En ese orden de ideas, “un contrato viciado de inmoralidad en su celebración o en sus fines, es tan nulo como un contrato que padece un vicio de ilegitimidad, y su revocación podrá disponerse en sede administrativa, si la inmoralidad es manifiesta, o su anulación en sede

¹¹ Para Georges Ripert "Por mucho que los redactores del Código Civil francés hayan deseado separar el dominio del derecho del de la moral, no han logrado eliminar completamente la necesaria apelación a las buenas costumbres. Si el artículo 6o. del Código Civil puede explicarse como una simple aplicación del valor obligatorio de las leyes de orden público en cuanto por ese precepto la regla moral no se impone al respeto sino después de su consagración legal, los artículos 900 y 1172 sobre la condición, 1133 sobre la causa, 1387 sobre las convenciones matrimoniales limitan expresamente el poder contractual por el necesario respeto de las buenas costumbres. En virtud de estos textos se confía a los tribunales un derecho de inspección, que consiste precisamente en asegurar la observancia de la regla moral. El juez, constituido en guardián de la moral pública, debe censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales". *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá, Ediciones. Gran Colombia, 1946, pág. 41.

judicial, si requiere un juzgamiento, previa comprobación de la existencia del vicio mediante una investigación al respecto” (se subraya)¹².

5. En relación con la legitimación para demandar la nulidad de los contratos estatales, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo la limitó a las partes o a sus causahabientes, al Ministerio Público y al tercero que acreditara un interés directo en el contrato, o bien puede ser declarada de oficio por el juez (art. 17 del decreto ley 2304 de 1989).

Posteriormente, el artículo 45 de la ley 80 de 1993 le dio el carácter de popular a la acción de nulidad absoluta de los contratos, ya que extendió la legitimación a “cualquier persona”, además de las partes, el Ministerio Público o bien podía ser declarada de oficio por el juez.

El artículo 32 de la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A., de nuevo establece que sólo están legitimados para demandar la nulidad absoluta del contrato, las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, o podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-221 del 14 de abril de 1999 declaró la exequibilidad de esta última disposición, por considerar que “no siendo una acción pública de rango constitucional, bien puede el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, restringir la titularidad de la acción o someter su ejercicio al cumplimiento de requisitos y condiciones razonables,

¹² BERCAITZ, Miguel Angel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980. pág. 556.

atendiendo criterios de política legislativa, en aras de la efectividad de otros principios constitucionales, como el de la pronta y oportuna decisión por la justicia contencioso administrativa de las controversias contractuales que le son sometidas”.

“Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general”.¹³

Al resolver el conflicto normativo entre lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, que establece que la acción de nulidad absoluta puede ser interpuesta por cualquier persona y lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 446 de 1998 (art. 87 del C.C.A.) que limita la legitimación a quien tenga interés directo en el contrato, la Sala consideró que debía aplicarse esta última disposición por ser posterior y especial en materia de procedimiento, pues hace parte del título XI de la ley que regula las acciones procedentes para el ejercicio y control de la función administrativa y lo propio de un estatuto de procedimiento es señalar las acciones procedentes, la competencia para conocer de las mismas, la legitimación para interponerlas, los requisitos que deben cumplirse para tal efecto, así como el plazo de caducidad, entre otros aspectos; en tanto que en la ley 80 se establecen los principios y reglas que rigen los contratos estatales y a pesar de que la impugnación judicial de los contratos tiene obviamente relación con la actividad contractual, definir la vía procesal y los demás elementos de la acción, es asunto

¹³ Tres magistrados salvaron su voto frente a esta decisión por considerar que esa limitación vulneraba el art. 40 numeral 6 de la Constitución que faculta a todo ciudadano para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley

distinto al de establecer los requisitos que deben observarse para la celebración del contrato.¹⁴

Sin embargo, a pesar de que la acción de nulidad absoluta de los contratos sólo puede ser intentada, en principio, por las personas señaladas en la ley, cuando se ejerce una acción popular estará legitimada “cualquier persona” o podrá el juez declararla de oficio, cuando esa decisión sea necesaria para proteger los derechos colectivos, siempre y cuando en este último evento se cumplan las condiciones previstas en el artículo 87 del C.C.A.

Considera la Sala que esa legitimación universal en las acciones populares se justifica porque el objeto directo de la pretensión de nulidad absoluta no está referida al contrato mismo sino a la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado con aquél y además, porque en estas acciones no se trata de un conflicto litigioso entre partes que defienden derechos subjetivos, tal como lo señaló la Corte Constitucional:

“...Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley.

Finalmente, hay que observar que estas acciones tienen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial”¹⁵.

Adicionalmente, la acción popular está prevista en la Constitución para la protección de los derechos e intereses colectivos, por lo cual procede de manera

¹⁴ Auto del 27 de septiembre de 2001, exp: 18.210.

¹⁵ Sentencia C-215 de 1999.

preferente a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial que puedan asegurar idéntico fin, es decir, no es esta una acción supletiva como sí lo es la tutela. Además, la eficacia de dicha acción es mayor frente a las acciones ordinarias, por estar sometida a un trámite preferencial (art. 6 ley 472 de 1998) y más breve, por lo cual asegura en mejor medida la protección de tales derechos, que por lo regular demandan acciones urgentes.

6. Con base en el anterior desarrollo de la acción popular, la corporación ha protegido derechos colectivos que encontró vulnerados, no obstante que se trataba de actividades involucradas con la contratación estatal.

6.1 En sentencia del 17 de junio de 2001 (Exp. AP- 166), la sección tercera ordenó suspender la construcción de una obra que en la práctica significó la suspensión de un contrato estatal. Si bien no encontró probadas las irregularidades contractuales que se alegaban, sí protegió los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la seguridad pública, en tanto dicha obra no cumplía con los requisitos de planeación urbana.

6.2 En la sentencia del 24 de agosto de 2001 (exp. AP-100), citada antes, en la cual se promovió acción popular para proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y de los usuarios de los servicios que presta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Ibagué y que se dirigía a que se ordenara la suspensión de los actos preparatorios del contrato de concesión, a través del cual se prestarían los servicios a cargo de esa empresa, la sección quinta de la corporación ordenó “suspender inmediatamente el proceso de concesión de la empresa demandada” hasta tanto se adoptaran las medidas necesarias para tomar en cuenta los balances y los estados sobre la realidad financiera de la empresa y luego definir “el esquema de gestión empresarial que

asegure la prestación eficiente del servicio público de acueducto y alcantarillado de todos los habitantes del municipio de Ibagué”. Ello implicaba y así se ordenó, que se debían adelantar los estudios pertinentes para definir las prioridades de inversión y la eficiente y oportuna prestación de los servicios públicos en ese municipio.

Precisó la providencia que si bien es cierto no corresponde al juez señalar si la definición de una alternativa de gestión de una empresa es deseable o conveniente, ya que se trata de una decisión política o administrativa, también lo es “que no toda gestión de empresa pública pueda considerarse válida legalmente”, ya que si tiene la capacidad de afectar el patrimonio público puede ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular, como quiera que si la finalidad de esta acción “es precisamente establecer un control ciudadano que pretende evitar el daño contingente o hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos (artículo 2º de la ley 472 de 1998)”, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público debe protegerse por vía de esta acción “cuando se demuestre, en un caso concreto, la existencia de actuaciones, omisiones o decisiones administrativas de una empresa pública que ponen en peligro ese interés colectivo”. De tal manera, que si el juez advierte la afectación del patrimonio público, éste tiene facultades preventivas de protección que debe evaluar en ese caso concreto.

6.3 En sentencia del 19 de julio de 2002, (exp. AP-098), en la cual se alegó que el contrato que Ecosalud S.A celebró para la explotación de juegos de suerte y el azar (baloto), resultaba lesivo de los derechos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y la libre competencia económica, por cuanto se había celebrado con desviación del poder, en tanto en él se convinieron servicios que no estaban autorizados por la ley y no se habían cumplido por el contratista las

reglas para prestar los servicios allí encomendados, la sección quinta precisó ante la oposición de los demandados de que no era la acción popular la indicada para solicitar la nulidad del contrato, que es claro “que pueden concurrir respecto del examen de legalidad de un contrato tanto la acción contractual como la acción popular, caso este último, en que el juzgamiento versa sobre la presunta vulneración de los derechos colectivos”. Allí se dijo que

”... a través de la acción popular la única pretensión que puede proponerse es la de protección del derecho colectivo frente a la amenaza o vulneración de las autoridades o particulares, y es al juez a quien corresponde determinar si para efectos de proteger el derecho colectivo, se requiere declarar la nulidad total o parcial de un contrato estatal. En relación con la nulidad absoluta de contratos, el artículo 87 del C.C.A., en concordancia con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, establece que el juez administrativo puede declararla de oficio siempre que la causal aparezca probada en el proceso y al mismo hayan concurrido las partes del contrato. La jurisprudencia de la Sala Plena y de la Sección Tercera de la Corporación coinciden en aceptar que cualquier juez administrativo y no solo el de la acción contractual, puede declarar la nulidad absoluta de contrato siempre que se reúnan los requisitos exigidos en las normas citadas.¹⁶ En cuanto a la nulidad relativa, dado que las causales respectivas solo miran el interés de las partes, se puede avanzar la hipótesis de que su configuración no afecta a los derechos colectivos”.

Y aclaró que nada impedía que una decisión judicial para proteger un derecho o interés colectivo afectado, pudiera declarar fuera del mundo jurídico una estipulación o un contrato si estos constituyen la causa de la afectación. Contrariu sensu, si se encontraba acreditada una violación de la ley que pueda acarrear la nulidad del acto o contrato y la misma no concurre con una vulneración de la moral administrativa u otro derecho colectivo, el juez no puede declarar la nulidad referida porque excedería el límite de su competencia funcional, dado que la

¹⁶ Sentencia de 6 de septiembre de 1999 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo S- 025 y de Sección Tercera de 7 de octubre de 1999, Expediente 12.387.

acción popular no tiene por objeto la nulidad de los actos o contratos sino la protección de los derechos colectivos.

La sección quinta en esa oportunidad, luego de analizar cada uno de los cargos formulados por el actor, anuló una estipulación del contrato (parágrafo de la cláusula novena) “por ser contraria a valores que tutelan la moral administrativa tales como la igualdad, libertad y seguridad jurídica, al pactar sobre objeto no comprendido en la convocatoria a la celebración del contrato, que contiene una estipulación que obliga a Ecosalud S.A. a comprar al contratista la actualización de software del Sistema y que, como tal, puede igualmente constituir una amenaza contra el patrimonio público”. Consideró que dicha estipulación estaba afectada de la causal de desviación de poder (artículo 44. 3 de la Ley 80 de 1993) que acarrea su nulidad, dado que se encontraban reunidos los presupuestos previstos en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 87 del C.C.A., esto es, estaba probada la causal de nulidad parcial del contrato y las partes contratantes concurrieron al proceso y ejercieron sin restricción alguna su derecho de defensa.

III. El caso concreto.

Se afirma en la demanda que el contrato suscrito entre la Empresa Licorera de Nariño y el consorcio Galeras vulnera la moralidad administrativa y el patrimonio de la empresa estatal porque: a) el consorcio está integrado por la industria de Gaseosas la Cigarra, que es una firma insolvente y la sociedad Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda., especializada en venta de muebles pero sin experiencia en la venta de licores; b) las personas dedicadas a la comercialización del licor no tuvieron oportunidad de presentar propuestas realmente beneficiosas para el departamento de Nariño y c) además de

concederle un descuento en el precio del licor, la empresa decidió otorgarle al contratista una bonificación del 17%, que incluye el pago del impuesto al consumo.

1. Los cargos relativos a la insolvencia y a la falta de experiencia de las firmas integrantes del consorcio no están demostrados; por el contrario, con respecto a estos dos aspectos obran en el expediente los siguientes documentos:

a) En las condiciones de la invitación se exigió la presentación de los estados financieros de los años 1997, 1998 y 1999 de cada uno de los socios, así como la declaración de renta del año 1998, con el fin de analizar la capacidad financiera del contratista, a la cual se le asignó un factor del 20% para la ponderación de las propuestas, tal como se estableció en el pliego de condiciones (fls. 133-137 anexo 2).

El informe de evaluación rendido por el comité conformado para el efecto, asignó a la capacidad financiera del consorcio proponente el 15% (fl. 52 anexo 2). Por su parte, el auditor externo de la licorera conceptuó que “documentalmente y en el contexto de la propuesta, la firma privada CONSORCIO GALERAS demuestra poseer la liquidez, solvencia, estabilidad como capacidad económica para atender satisfactoria y oportunamente a los compromisos que en desarrollo de su propuesta adquiere” (fl. 42 anexo 2).

b) Se rindió en el proceso dictamen pericial a instancia del a quo, por funcionarios de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, con el fin de establecer la situación financiera de las empresas Electrodomésticos Metálicas Modernas Ltda. e Industria de Gaseosas la Cigarra Ltda., que integran el consorcio Galeras,

durante el término de vigencia del contrato objeto de esta acción (cuaderno separado, fls. 353 y 354 C-1).

Los peritos advirtieron que la información se tomó de los estados financieros de las empresas y de las declaraciones de renta, pero que no se contó con los soportes de los registros contables porque éstos fueron destruidos en una inundación, según la denuncia presentada el 10 de julio de 2000 ante la autoridad competente; tampoco se tuvo en cuenta el programa de contabilidad porque éste fue entregado en cuadros, los cuales no estaban certificados por contador público o revisor fiscal.

Con la información suministrada, llegaron a las siguientes conclusiones:

-Industrias de Gaseosas La Cigarra tenía en 1998 un margen de endeudamiento equivalente al 81% y por lo tanto, sólo era poseedora del 19% de su activo; para 1999 adquirió una nueva obligación por su participación en el consorcio, por lo que se elevó su endeudamiento al 88% del capital y para el año 2000, mantuvo el nivel de endeudamiento, pero incrementó su capital neto.

-Electrodomésticos Metálicas Modernas, tenía para 1998 un margen de endeudamiento del 75%, lo cual significa que el patrimonio propio sólo representaba el 25% del total de sus activos; para 1999, aunque sin evidentes signos de recuperación, descendió su endeudamiento al 71%, e igualmente descendió su nivel de endeudamiento en el año 2000 a 68%. No obstante, para el 2000 contaba con un capital neto de 1.995.626 millones, por lo que podía asumir endeudamiento a corto plazo.

El apoderado de la Licorera solicitó aclaración y ampliación del dictamen, con el fin de que se diera respuesta a los interrogantes formulados en relación con la

situación económica de la Empresa y los beneficios o perjuicios que pudieran haberse derivado del contrato de comercialización.

En respuesta a la solicitud de aclaración del dictamen, el administrador local de impuestos de Pasto manifestó que como la entidad no cuenta con personal idóneo para la elaboración de un diagnóstico económico y financiero de las empresas que integran el consorcio, sugería “la elaboración de un nuevo peritazgo, adelantado por expertos que genere información real” (fls. 384-385 C-1).

El nuevo peritazgo sugerido no se realizó, lo cual significa que la situación financiera de las sociedades integrantes del consorcio no fue plenamente demostrada, ni se deduce de los informes anteriormente citados.

Con relación a la falta de experiencia de la firma Electrodomésticos Metálicas Moderna se tiene que

a) En las condiciones de la invitación se exigió una experiencia mínima de 3 años para participar y se dijo que sería eliminada la propuesta que acreditara una experiencia menor a ese término. La experiencia de acuerdo con “los años de experiencia de la compañía en la comercialización de licores y/o productos de venta masiva en el mercado” se calificaría así: de 3 a 5 años, 10 puntos; de 5 a 7 años, 20 puntos; de 7 a 9 años, 30 puntos; de 9 a 11 años, 40 puntos y 11 años en adelante, 50 puntos (fl. 124).

Se anotó que “en consorcios o uniones temporales o sociedades nuevas se tendrá en cuenta el número de años de experiencia que acrediten los integrantes del consorcio o unión temporal individualmente promediados. La misma, en el

área comercial, en la comercialización de licores y /o productos de venta masiva en el mercado”. Debía entenderse “como productos de venta masiva en el mercado a aquellos productos de consumo masivo popular que entran dentro de la calificación de bienes duraderos y no duraderos y que tienen como característica especial en productos en cobertura amplia en el mercado”.

b) en el informe de evaluación de la oferta del consorcio Galeras, la única que atendió la invitación, se asignó a cada una de las firmas del consorcio el máximo puntaje en experiencia: 50%, teniendo en cuenta que Gaseosas la Cigarra llevaba 25 años en el comercio y Metálicas Modernas 16 años, para una experiencia promedio de 20,5 años.

No desvirtuó el demandante que las anteriores condiciones no las cumpliera la sociedad Electrodomésticos Metálicas Modernas que permitan concluir una desviación de poder por parte del comité evaluador. Por lo tanto, este cargo no prospera.

2. Tampoco precisó el demandante en que basaba su afirmación de que se dejó “sin ninguna posibilidad a los licoristas del país quienes con su experiencia pudieron haber formulado propuestas realmente beneficiosas para los intereses del departamento de Nariño”. De los antecedentes se logra establecer la siguiente información:

a) Mediante acuerdo No. 043 del 3 septiembre de 1999, la junta directiva de la Empresa Licorera de Nariño autorizó al gerente de la entidad para “implementar nuevos mecanismos de comercialización y venta de los productos elaborados por esta factoría”, para lo cual bien podía determinar la conveniencia de la

comercialización exclusiva de los productos en los lugares que se determinaran (fl. 46 cuaderno principal).

b) Por acuerdo 052 del 20 de octubre de 1999, la junta directiva de la empresa aprobó los términos de solicitud de oferta para la contratación de la comercialización exclusiva de los productos y autorizó al gerente para “proceder a la apertura de convocatoria pública y ordenar la publicación de los avisos para contratación directa, en diarios de amplia circulación nacional y regional”(fl. 168 anexo 2).

c) En uso de las facultades conferidas por la junta directiva, el gerente de la entidad, mediante resolución 1489 de octubre 21 de 1999 abrió convocatoria pública nacional para la comercialización de los productos de la licorera, con vigencia a partir de esa fecha, en la cual podían participar “las personas jurídicas o naturales nacionales o consorcios o uniones temporales, que tengan domicilio en este país y que acepten el pliego de condiciones que se presentará a disposición de los interesados” (fls. 51-53).

d) Por la resolución 2101 de 1999, expedida por el gerente de la entidad, se “declaró desierta la convocatoria pública abierta para la contratación directa para la comercialización de los productos de la licorera”, por cuanto no se presentó ninguna persona a comprar los pliegos de condiciones, dentro del término establecido (fl. 54 C-1).

e) Mediante resolución 2118 del 12 de noviembre de 1999, la Empresa Licorera realizó invitación pública para contratación directa de comercialización de sus productos, a través del Diario del Sur (fl. 122 anexo No.2).

f) Los términos de la invitación convocaban “a presentar propuestas a personas naturales o jurídicas que no estén inhabilitadas, ni tengan incompatibilidad para contratar con la EMPRESA LICORERA DE NARIÑO” (fl. 129 anexo 2).

g) Se cursó invitación por escrito para que presentaran sus ofertas a almacenes la sorpresa, Colombia Chingal-Ana María Benavides, Julián Serna, almacén la esquina, Inversiones Salazar Ambra, casa de los licores, triángulo supermercado, Jhon Restrepo y Cía. Ltda., Isidoro Medina, Almacén Amorel Ltda., licores Turín, comercializadora distriilar, distribuidora comercial Abraham Delgado, depósito san Martín, Puyo y cía Ltda., Comfamiliar de Nariño y distribuidora de licores (fls. 89 y s.s.) y se resolvieron las inquietudes formuladas por escrito por gaseosas la cigarra, Julián González y Colombia Chingal (fls. 78, 85 y 87 anexo 2)

h) La gerente de la Empresa Licorera resolvió adjudicar al consorcio Galeras la comercialización exclusiva del aguardiente Galeras y anisado Nariño, para el departamento de Nariño, mediante resolución 2207 del 30 de noviembre de 1999. Allí se dejó consignado que sólo se encontró en la urna la oferta presentada por el referido consorcio (fls. 31-32 C-2).

i) El acta de evaluación de la única propuesta presentada - la del consorcio Galeras- firmada por todos los integrantes del comité evaluador que se conformó para ello, encontró la propuesta ajustada a las exigencias de la invitación (fls. 49-58 anexo 2).

El actor se limitó a manifestar en la demanda que “el consorcio se formó precisamente para conseguir el contrato de comercialización... que todo estaba calculado para que esta firma improvisara contratar (sic) la exclusividad de los licores departamentales”, pero no precisó ni demostró las razones que impidieron

que otras personas atendieran la invitación que les hizo la empresa licorera para presentar sus ofertas. Por el contrario, lo que se encuentra probado es que la convocatoria y la publicidad de la invitación fue ampliamente difundida, tal como acaba de destacarse.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IV. La amenaza al patrimonio público con el contrato celebrado.

1. Afirma el actor que el descuento en el precio del licor y la bonificación del 17% que se otorgó al consorcio Galeras, causó un detrimento económico a la licorera.

En el contrato celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el consorcio Galeras el 2 de diciembre de 1999 (fl.1anexo 2), para la comercialización exclusiva del aguardiente Galeras y anisado Nariño, en las presentaciones de botella (750 cc.) y media (350 cc), se convino que el contratista asumiría en forma independiente y exclusiva la promoción y venta de esos productos en el departamento de Nariño, por un lapso de cinco años; se pactó como valor del contrato la suma de \$6.073.334.400, aproximadamente, para el primer año de acuerdo con las compras mínimas estipuladas en la cláusula cuarta, sin incluir el IVA y el impuesto al consumo.

El contratista se comprometió a comprar en el primer año de ejecución del contrato una cantidad mínima de 1.960.000 unidades de botellas de 750 c.c., que para los años siguientes se incrementaría en un 5% de las adquiridas en el año anterior. En el párrafo segundo de la cláusula cuarta se pactó una bonificación, la cual fue ofrecida en el pliego de condiciones, (fl. 147) en estos términos:

“Al contratista la Empresa Licorera de Nariño reconocerá a manera de bonificación una cantidad de producto en presentación de 750 c.c. (o su equivalente), igual al 17% de las unidades compradas en cada facturación, previa la cancelación del impuesto a las ventas IVA por parte del contratista correspondiente a las unidades a bonificar. El impuesto al consumo o a la participación porcentual y el costo de producción, así como cualquier otro elemento que forme parte del precio, excepto el IVA, de las unidades entregadas como bonificación al comercializador serán asumidas de manera directa por la Empresa Licorera de Nariño lo anterior en conformidad con el Acuerdo No. 043 de Septiembre 3 de 1999 expedido por la Junta Directiva de la Empresa”.

El precio de venta para el contratista como distribuidor exclusivo se fijó en \$7.100 la botella de 750 c.c, el cual se incrementaría para los años siguientes de acuerdo con el porcentaje de incremento promedio nacional fijado por el DANE. Dicho precio sería pagado por el contratista por anticipado, mediante cheques girados a la empresa. Una vez éstos se hicieran efectivos, se entregaba el licor (cláusula quinta) .

2. El contrato de comercialización C-095-99 a que se viene haciendo referencia dio lugar a las siguientes actuaciones:

a) El 20 de enero de 2000 el ciudadano José Polo Narváez, en uso del derecho de petición, solicitó al procurador departamental de Nariño que el ministerio público, por tener legitimación para ello, solicitara la declaración de nulidad del contrato de comercialización celebrado entre la empresa licorera de Nariño y el consorcio Galeras, fundamentalmente por la bonificación que recibía el contratista, por cuanto en el mismo “están inmersos dineros públicos que le pertenecen a la sociedad nariñense” (fl. 2 anexo 7).

b) La fiscalía 16 seccional de Pasto, sub unidad especializada de administración pública, con fundamento en el informe presentado por el grupo administración del

cuerpo técnico de investigación judicial, abrió investigación penal contra la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro, gerente de la Licorera de Nariño (fls. 46-47 C-7).

Según ese informe, a pesar de que el gerente en el contrato celebrado por la Licorera de Nariño con el consorcio Galeras atendió lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, “en la etapa precontractual y concretamente en los estudios de factibilidad se observan graves errores, puesto que para la concesión de descuentos sobre el precio de ventas y las unidades a vender no se consideró que los ingresos por ventas a obtener no son proporcionales con la proyección de gastos para la presente vigencia fiscal. Teniendo en cuenta la magnitud de la desproporción establecida, es cuestionable la imparcialidad con que fueron elaborados y aprobados los estudios de conveniencia para la celebración del contrato de comercialización y la ejecución del contrato en sí bajo condiciones desfavorables para la entidad estatal” (fls. 18-29 C-7).

c) Mediante resolución del 24 de mayo de 2000 (fls. 84-101 C-7), la Fiscalía dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, en contra de la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro, como presunta responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por considerar que la decisión de la exfuncionaria de beneficiar al contratista, además de la rebaja en el precio del producto con una bonificación del 17% que significaba no sólo dejar de percibir el valor de los bienes objeto de la bonificación, sino, además, asumir en su totalidad los costos de producción de los mismos, así como del impuesto al consumo o participación departamental, configuraba un fraude económico a la entidad y un beneficio ilegal para el contratista, quien al vender el producto obtendría el valor de ese impuesto al

trasladarlo al consumidor, sumándolo al valor final del producto, a pesar de no haber realizado éste el pago de dicho tributo.

d) El 11 de septiembre de 2000, la Fiscalía formuló resolución de acusación en contra de la señora Dora Lucía Chamorro Unigarro (fls. 102-120 C-7), como presunta responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros y ordenó a la gerencia de la empresa licorera “tomar las medidas necesarias tendientes a que cesen los efectos derivados de la cesión de tributos contemplados en la cláusula de bonificación del contrato”, como una medida preventiva tendiente a suspender los efectos derivados de la presumible comisión de un delito, en los términos de los artículos 250 de la Constitución y 14 del Código de Procedimiento Penal.

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

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

...

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

...

...no se pueden aceptar los argumentos de la defensa encaminados a señalar que la doctora DORA LUCIA cumplió con la ley y con todas y

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

e) La Empresa Licorera de Nariño y el consorcio Galeras firmaron el 25 de octubre de 2000 un documento que denominaron “acta concertación”, “con el propósito de acordar las conclusiones del análisis y estudio del contrato de distribución y comercialización” y en ella acordaron modificar el párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato así:

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

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

Este descuento también se justifica en el efecto que se realiza de contado y por anticipado, como lo reza la cláusula quinta, aspecto que le da liquidez a la Empresa Licorera para que pueda operar. Por su parte la licorera no asumirá riesgos ni costos de todas las actividades relacionadas con la comercialización” (fl. 347 anexo 8).

f) El 22 de noviembre de 2000 el Ministerio Público junto con el Defensor del Pueblo solicitaron al Tribunal Administrativo de Nariño tomara las medidas cautelares conducentes con respecto al contrato de comercialización, por

considerar que dicho contrato afectaba intereses públicos que podían menoscabar los fondos para el funcionamiento de la administración departamental (fl.142 y 144 C. ppal. 2).

g) Por auto del 29 de noviembre de 2000, como medida cautelar en la presente acción popular (art. 25 ley 472 de 1998), el tribunal ordenó la inmediata cesación del contrato de comercialización suscrito en el mes de diciembre 1999 (fl.147-152 c. ppal 2).

h) El consorcio contratista presentó el 26 de enero de 2001 demanda en ejercicio de la acción contractual contra la Empresa Licorera de Nariño (fls. 594- 672 C-1), con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato celebrado entre las partes, ya que en varias ocasiones se envasó el licor en botellas de plástico que no tuvieron aceptación en el comercio; no se atendían los pedidos realizados por el consorcio porque no se disponía de los envases, a pesar de haberlos pagado por anticipado y en otras oportunidades se entregaron botellas sin etiquetar, o sin sellar o cuyo contenido era agua o contenía cuerpos extraños, lo cual generó graves perjuicios económicos al consorcio, por la pérdida de oportunidades de venta.

Se afirma en la demanda que desde el 24 de mayo de 2000, de manera unilateral, la empresa suspendió el pago de la bonificación pactada en la cláusula cuarta del contrato, y desde el mes de diciembre de 2000, la empresa abrió la venta de los licores con respecto a los cuales había celebrado contrato de comercialización exclusiva con el consorcio, al público en general. Esos nuevos adquirentes se están beneficiando de la publicidad que hizo el consorcio y le impiden obtener la bonificación pactada y las utilidades a que tiene derecho durante el término restante del contrato.

i) La Empresa licorera presentó demanda de reconvención (fls. 544- 594 C-1), en la cual solicita que se declare la nulidad absoluta del contrato de comercialización y se condene al consorcio a repararle los perjuicios derivados del contrato, con fundamento en que en el proceso de contratación se incurrió en abuso y desviación de poder, favorecimiento evidente del contratista y violación de los principios de transparencia, planeación e igualdad. Se afirma en la demanda que “el contrato se suscribió en claro menoscabo de los intereses públicos y en contra de los fines que persigue la Empresa Licorera de Nariño. Esto por cuanto los términos pactados respecto del precio, las unidades mínimas mensuales a que se obligó comprar el contratista y la bonificación convenida no sugieren la idea de una estipulación habitual de negociación que favoreciera, aunque sea en un plano teórico a la entidad y por supuesto generando una utilidad razonable para el contratista. Lo que aconteció fue la suscripción de un contrato en términos tan leoninos para la empresa estatal que la continuidad del contrato amenaza la parálisis y peor que ello, la ruina de la empresa, a cambio de jugosas utilidades para el consorcio. Ni siquiera en el plano teórico, a partir de un examen serio de las cifras que sustentaron el negocio, se puede obtener un beneficio, así sea mínimo para la Licorera”.

3. La producción y comercialización de licores constituye monopolio rentístico de los departamentos, destinados preferentemente a los servicios de salud y educación, de conformidad con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución. Por lo tanto, al realizar el contrato para la comercialización exclusiva de los licores en el departamento de Nariño, las partes debieron tener presente la finalidad del contrato cual era de la mejorar los ingresos de la empresa y por lo tanto, de las rentas destinadas a los servicios públicos referidos.

La ley 14 de 1983 cedió a favor de los departamentos el impuesto al consumo de licor, el cual debe ser pagado por los productores o introductores, según el caso y ese pago es requisito para que el producto pueda ser vendido o distribuido (arts. 64 y s.s).

Por su parte, la ley 223 de 1995 con relación al impuesto al consumo establece:

El hecho generador está constituido por el consumo de licores, vinos, aperitivos y similares en la jurisdicción de los departamentos (art. 202)

Los sujetos pasivos o responsables del impuesto son “los productores, los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores”. También lo son “los transportadores o expendedores al detal, cuando no puedan justificar debidamente la procedencia de los productos que transportan o expenden” (art. 203).

En el caso de los productos nacionales “el impuesto se causa en el momento en que el productor los entrega en fábrica o en planta para su distribución, venta o permuta en el país, o para publicidad, promoción, donación, comisión o los destina a autoconsumo”(art. 204).

La base gravable está constituida por el precio de venta al detallista (art. 205). Y por éste se entiende “aquel, que sin incluir el valor del impuesto al consumo, fija el productor, según la calidad, contenido y presentación de los productos, a los vendedores o expendedores al detal, en la capital del departamento donde esté situada la fábrica.” Ese precio debe reflejar, de acuerdo con las condiciones reales

del mercado: el precio de fábrica o a nivel del productor y el margen de comercialización desde la salida de fábrica hasta su entrega al expendedor al detal. Para efectos de la liquidación del impuesto, el precio de venta al detallista debe ser único, pero “cuando el productor establezca precios diferenciales o conceda descuentos o bonificaciones teniendo en cuenta el volumen de ventas u otras circunstancias similares, el precio de venta al detallista que debe fijar para la liquidación de los impuestos al consumo será el mayor entre los distintos que haya establecido, sin deducir los descuentos o bonificaciones” (art. 1º decreto 2141 de 1996).

La obligación de declarar y pagar el impuesto debe ser cumplida por los productores, sin perjuicio de que los departamentos fijen esta obligación en cabeza de los distribuidores (art. 213).

En estas condiciones, el impuesto al consumo de licor va incluido en el precio de venta en fábrica y se causa también cuando el licor se entrega al distribuidor por una modalidad distinta a la compraventa (publicidad, promoción, donación, comisión o autoconsumo), tal como se deduce del art. 204 de la ley citada.

Las bonificaciones pactadas en los contratos de comercialización de licor pueden obedecer a una costumbre mercantil y a un incentivo que se utiliza en los contratos de comercialización que celebran las licoreras del país, tal como lo adujo la entidad demandada. Ello no se cuestiona y necesariamente no representan para los distribuidores que las reciben ingresos adicionales a los que perciben por la venta del licor que compran al productor, toda vez que esas cantidades que reciben gratuitamente pueden tener, como se insinúa en algunos documentos del expediente (fl. 105 anexo 5), una destinación para la promoción, publicidad y degustación del producto, entre otras.

En el documento “proyecto de comercialización exclusiva de aguardiente galeras y anisado Nariño”, elaborado por la empresa (fl. 105 anexo 5), acerca del precio y bonificación, se señaló lo siguiente:

“PRECIO DE VENTA:

Según el Acuerdo 029 de julio 9/99 quien comprare más de 7.000 cajas (583.333 botellas), el precio de la botella cuesta o sería de \$7.470. Hoy por este valor el Aguardiente es adquirido por los mayoristas. La empresa considera que si va a existir un tercero (comercializador) que compre o adquiera más del triple en cantidad de estos productos (1.860.000) se le otorgará un descuento en el precio de \$370.00 por botella.

Este precio obedece a un análisis de los gastos y costos que soporta la Empresa (ver propuesta No. 5).

BONIFICACIÓN:

Considerando el desmonte de la Empresa de su departamento de ventas y mercadeo, con todas las situaciones anexas al mismo como: publicidad, degustaciones, promociones, gastos de personal, viáticos, operativos y administrativos, costos de transporte, lucha contra el contrabando y gastos generales, la Empresa licorera de Nariño otorgará una bonificación especial del 16% sobre la venta facturada.¹⁷

Teniendo en cuenta la naturaleza de la bonificación, que no es una venta y más aún en la cual el comercializador pagará el IVA, respecto de la misma, en la realidad (sic) el porcentaje que se otorga es del: 9.91% producido de la actual planta de personal”.

De acuerdo con lo anterior, antes de que la empresa licorera entregara al consorcio Galeras la comercialización de sus productos tenía como precio de venta al detallista para la botella de 750 c.c. \$7.470, en compras superiores a 7.000 cajas (583.333 botellas), según se desprende del acuerdo No. 029 de 1999 de la junta directiva (fl. 278). Como este precio era el que más se acercaba a las compras mínimas que por volumen realizaría el distribuidor de acuerdo con las condiciones de la invitación (1.860.000 botellas), se tomó como base para la

¹⁷ Esta información fue entregada a los proponentes y correspondía a la primera invitación que hizo la empresa, en la cual la bonificación ofrecida era del 16%. En la segunda convocatoria se aumentó ésta en el 17%.

definición del precio al distribuidor exclusivo, el cual se fijó en \$7.100. Sobre la rebaja de \$370 que se produjo en el precio del distribuidor, no existe en el expediente justificación distinta a la allí consignada: “este precio obedece a un análisis de los gastos y costos que soporta la Empresa” (fl. 105 anexo 5).

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

Significa lo anterior que tanto la rebaja del precio como la bonificación, representaban la manera de establecer la utilidad y los incentivos que la empresa licorera otorgaría al contratista; ésta última implicaba la cesión a su favor del costo de los insumos utilizados, dejar de recibir la utilidad por la venta del licor y hacerse cargo del impuesto al consumo.

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

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

Si el precio que pagaba el distribuidor (\$7.100) ya tenía una rebaja de \$370, con respecto al precio que tenía la empresa licorera antes de la celebración del contrato de comercialización (\$7.470), ya de entrada la empresa dejaba de percibir en el primer año de ejecución del contrato la suma de \$725.200.000, que

resultan de multiplicar lo que representaba la rebaja (\$370) por el número de botellas que debía retirar de la fábrica el distribuidor (1.960.000).

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

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

El acuerdo 047 del 17 de septiembre de 1999 de la junta directiva de la empresa licorera que rigió hasta el 31 de diciembre de ese año (fl. 165 anexo 2), estableció que de los \$7.100 del precio de la botella de 750 c.c., la participación por el imptoconsumo era de \$2.858,38 y para la licorera \$3.048,30; lo cual significa que por el mes de diciembre de 1999, en el cual el contratista debía facturar como mínimo 430.000 botellas según el contrato, para una bonificación de 73.000 botellas (430.000 x 17%), la empresa dejó de percibir \$431.778.308, de los cuales \$222.830.730 correspondían al precio base fijado por la licorera (\$3.048,30 x 73.100) y \$208.947.578 por la participación departamental (\$2.858,38 x73.100).

La directora del departamento de contabilidad de la Empresa Licorera de Nariño, certificó que la empresa pagó por concepto de impuesto al consumo por bonificación la suma de \$252.250.270 en el mes de diciembre de 1999 y quedó

pendiente de pago por ese mismo concepto la suma de \$177.969.119 (fl. 1 cuaderno 6).

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

Para los meses siguientes el precio continuó siendo de \$7.100 la botella de 750 c.c., pero las participaciones cambiaron por el acuerdo de la junta directiva 057 del 28 de diciembre de 1999, así: Departamento de Nariño (impuesto de consumo) \$2.938.36; IVA: \$1.175.43; licorera: \$2.936.30 y Fonsejud. \$50 (fl. 16 anexo 1).

La empresa cedía por consiguiente, entre los meses de enero a noviembre de 2000¹⁸, la suma de \$1.527'999.066, de los cuales \$763.731.630. correspondían a los costos de la licorera (260.100 unidades x \$2.936,30) y \$764.267.436 al valor del impuesto (260.100 x 2.938,36).

En resumen, la empresa dejaba de percibir por el primer año de ejecución del contrato la suma de \$1.959.777.374 millones (sumado al valor anterior la suma correspondiente al mes de diciembre de 1999), de los cuales \$986.562.360, correspondían al precio de producción de la licorera y \$973.215.014 por el

¹⁸ Descontando la facturación del mes de diciembre de 1999 (430.000 botellas), la facturación por los meses restantes del primer año de ejecución del contrato correspondía a 1.530.000 botellas, sobre las cuales el porcentaje de la bonificación equivalía 260.100 unidades.

impuesto al consumo, que debía de todos modos pagar al departamento de Nariño.

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

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

4. Por las razones anteriores, la sala considera que el contrato de comercialización cuestionado constituye una amenaza para el patrimonio público

y que a través de esta acción deben tomarse las medidas adecuadas para protegerlo.

La empresa licorera siempre adujo atravesar una difícil situación financiera y por ello decidió buscar mecanismos de mercadeo y ventas, por cuanto los que tenía no estaban acordes con las necesidades de la factoría, “convirtiéndose en una notoria dificultad para la normal marcha de su funcionamiento y cumplimiento de sus objetivos”. Esto fue lo que motivó la decisión de la empresa de contratar la comercialización del licor (fl. 124 anexo 8).

Y ello está debidamente demostrado. Basta reparar en el informe presentado por el auditor externo de la empresa el 25 de octubre de 1999, en el cual ponía en evidencia “la profunda crisis económica” en que estaba la licorera, que no le permitía, a su juicio, “ninguna flexibilidad operativa” y por la que había perdido su capacidad competitiva (fl. 1 anexo 5).

A instancias del a quo, el director de planeación del departamento de Nariño conceptuó en oficio del 22 de febrero de 2001 (fl. 220 c. ppal), que de acuerdo con la información del departamento de contabilidad de Liconar, el contrato en la forma como estaba concebido no solucionaba la problemática financiera de la empresa por las siguientes razones:

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

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

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

En relación con la bonificación reconocida a favor del contratista, así como el traslado del imoconsumo de esa bonificación a la licorera, conceptuó que ésta “disminuye considerablemente el margen de utilidad ya que considerando que el

precio de venta por botella se mantenga en \$7.100, precio de 1999, el costo de bonificación por las 333.200 botellas que representan el 17% de las cantidades pactadas para el primer año (1.960.000 botellas), significa una disminución para Liconar de \$589.4 millones por costo de producción y \$978.9 millones por imponente, lo cual sumado equivale a \$1.568.3 millones”.

La definición de la alternativa que la Empresa Licorera de Nariño adoptó para solucionar la crisis financiera que afrontaba, esto es, la celebración de un contrato de comercialización exclusiva de sus productos, con la cual pretendía garantizar unos ingresos mínimos para el funcionamiento de la Empresa, ya que el contratista debía pagar en forma anticipada los bienes que mensualmente se comprometía a adquirir, además del ahorro de los costos de comercialización del producto, tales como seguro de transporte, publicidad y la contratación de empleados, es una función que corresponde adoptar a quienes administran la entidad y no puede ser valorada en este proceso, porque no se cuenta con elementos de juicio que permitan afirmar que la opción en sí misma constituía una forma de defraudar el patrimonio público que la entidad administra¹⁹.

Pero lo que si puede valorar el juez de la acción popular son los efectos de esa decisión y los compromisos contractuales adquiridos para determinar su incidencia en el patrimonio público, como quiera que su protección como derecho

¹⁹ En la providencia de la sección quinta del 24 de agosto de 2001, expediente AP-100 citado antes, se señaló: “... para respetar el principio de la separación y colaboración armónica de los órganos del Estado, un ejemplo en el que es indispensable diferenciar el tipo de decisión que está llamada a llenar el contenido de los conceptos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, es la definición del esquema gerencial con el que se va administrar una empresa pública. En efecto, las alternativas de gestión para mejorar la eficiencia de una empresa corresponde a una conducta administrativa que, por regla general, es ajena al juez. De ahí que no es una facultad de los jueces señalar si el esquema de participación privada es una alternativa de gestión deseable o conveniente para la Empresa ... pues corresponde a un estudio de conveniencia político y económico, que, mientras no comprometa la validez normativa de la decisión, el juez no puede inmiscuirse en la definición de la naturaleza jurídica de la empresa. En consecuencia, la definición de una alternativa de gestión de una empresa será una decisión política que no involucra la decisión judicial, mientras no desborde los límites jurídicamente permitidos”.

colectivo busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable.

Repárese que el art. 40 inciso tercero de la ley 80 de 1993 establece como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato estatal, además de la Constitución, la ley y el orden público las reglas de la “buena administración”.

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

Si al momento de celebrar el contrato la empresa desconoció las finalidades que buscaba, cuales eran sanear sus finanzas y recuperarse económicamente, ya que las condiciones del contrato no conducían a resultados adecuados frente a la crisis económica que aquella enfrentaba y sí, adicionalmente, el incentivo acordado a favor del contratista tampoco resultaba razonable, es evidente que un contrato celebrado en esas condiciones es una amenaza para el patrimonio público que es de todos y debe, por consiguiente, el juez de la acción popular impedir que siga produciendo sus efectos.

Como quiera que el contrato materia de esta acción popular actualmente es objeto de una acción contractual ante el juez administrativo en razón de la demanda de nulidad absoluta que en reconvención formuló la administración, la cual deberá resolverse en los términos del art. 44 y siguientes de la Ley 80 de

1993, se suspenderá su ejecución, hasta tanto se defina su legalidad en este último proceso.

V. El incentivo

El artículo 39 de la ley 472 de 1998 establece que *“El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales...”*.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 establece que *“En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) que recupera la entidad pública en razón a la acción popular”*.

Significa lo anterior que en todos los eventos, salvo cuando la acción proceda por violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, caso en el cual el actor popular tendrá derecho a recibir el 15% de lo que recupere la entidad, el incentivo es de 10 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

En el caso concreto, como ya se señaló, el contrato celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras amenaza el patrimonio de la entidad pública, pero no se demostró que en su celebración se haya lesionado el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Si bien el desconocimiento del derecho a la moralidad administrativa está generalmente vinculado con la violación de otros derechos colectivos como el patrimonio público, no sucede lo contrario, es decir, la violación del derecho al

patrimonio público no implica siempre la vulneración del derecho a la moralidad administrativa.

Por lo tanto, se reconocerá al actor como incentivo el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagados por La Empresa Licorera de Nariño.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia proferida por el tribunal administrativo de Nariño el 12 de abril de 2002 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Suspender la ejecución del contrato de comercialización No. C-095-99 celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras el 2 de diciembre de 1999, hasta tanto se defina por la jurisdicción contencioso administrativa la demanda de nulidad absoluta del contrato que en ejercicio de la acción contractual presentó la primera.

SEGUNDO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

TERCERO. Se concede al actor un incentivo equivalente a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagado por la Empresa Licorera de Nariño.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE CUMPLASE Y DEVUÉLVASE

PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

RICARDO HOYOS DUQUE
Presidente de la Sala

JESÚS M. CARRILLO BALLESTEROS

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR