

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Para conocer de las controversias contractuales que tienen un régimen jurídico privado y una de las partes es una entidad estatal / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Conocimiento de las controversias contractuales cuando una de las partes es una entidad estatal / CONTRATO ESTATAL - No depende de su régimen jurídico sino de la naturaleza de las partes

[E]sta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comoquiera que la Industria de Licores del Valle tiene el carácter de entidad estatal, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, naturalmente los contratos en los cuales esa entidad haya sido parte son contratos estatales. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (...) en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar. La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato (...) La norma legal transcrita, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, determinó que a la misma le compete “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, en lugar de “juzgar las controversias y litigios administrativos”, como disponía el texto anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar providencias de: 20 de agosto de 1998, exp. 14202; 20 de abril de 2005, exp. 14519 y de 8 de febrero de 2007, exp. 30903

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75 / DECRETO 1138 DE 1971 - ARTICULO 1

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Se estudia el incumplimiento del contrato / ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Existe la posibilidad de estudiar la existencia del contrato mismo / CONTRATO ESTATAL - Inexistencia. Declaratoria de la improsperidad de las pretensiones en la acción de controversias contractuales más no un fallo inhibitorio

[U]na de las pretensiones que se puede intentar en el ejercicio de la acción contractual es la de que se declare su incumplimiento, como en efecto lo solicitó la sociedad A. Romero Trading Corporation, por lo que en ese orden de ideas, en principio, procedía la acción de controversias contractuales. Ahora bien, la conclusión del Tribunal de instancia relativa a la indebida escogencia de la acción se debió a que consideró que entre las partes de este proceso no existió un contrato de distribución; sin embargo, para la Sala, tal decisión no resulta ajustada a derecho, como quiera que también es viable que mediante el ejercicio de la

acción contractual se solicite que se declare su existencia o, como sucede en este caso, que en el trámite de la correspondiente acción, previo a la declaratoria de incumplimiento, se vea la necesidad de estudiar la existencia del contrato que se alega incumplido. En efecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo también consagra la posibilidad de que se ejercite la acción contractual con el fin de declarar la existencia de un contrato. (...) se tiene que existe la posibilidad de estudiar no solo el incumplimiento contractual por medio de la acción de controversias contractuales, sino también la existencia del contrato mismo, evento este último en el que de concluirse que el negocio jurídico no existió deviene en la improsperidad de las pretensiones o, lo que es lo mismo, en la negación de las mismas, más no en un fallo inhibitorio. (...) si bien es cierto no en todos los casos es procedente la declaración de existencia del contrato debido a la solemnidad que revisten los contratos estatales, consistente en que deben constar por escrito, se debe estudiar la conducta desplegada por las partes para establecer si surgió el tipo negocial que desearon celebrar, caso en el cual el estudio se debe realizar dentro del marco de la acción contractual (...) para la Sala no queda duda de que entre las partes no existió un contrato de distribución y mucho menos que el acta 01 de 2000 recogiera un acuerdo contractual entre la sociedad A. Romero Trading Corporation y la Industria de Licores del Valle, sino que su relación estaba estrictamente limitada a lo que las resoluciones de gerencia autorizaban.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Régimen jurídico aplicable. Excepciones

[L]os actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetan a las regulaciones del derecho privado, pero los contratos que ellas celebran para el cumplimiento de su objeto se sujetan al régimen del estatuto contractual de las entidades estatales. (...) Armonizando las disposiciones de la ley 80 con el artículo 93 de la ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado se adoptarán tales disposiciones, esto es, las normas especiales, pero en lo no exceptuado, tales contratos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual. (...) sobre el régimen aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado y a manera de ilustración, sin que ello signifique que en el caso concreto se esté dando aplicación a la ley 1150 de 2007, vale la pena poner de presente que, el régimen contractual aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado es el previsto por la ley 80 de 1993, salvo dos excepciones i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o ii) cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa. Así las cosas, se reitera que los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter al Estatuto de Contratación Estatal y aquellos que celebren en desarrollo de su objeto o de sus actividades de industria y comercio lo pueden ser mediante el proceso de selección de contratación directa. En lo no regulado en la ley 80 de 1993, le son aplicables las normas comerciales y civiles pertinentes (artículo 13). (...) los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del

Estado se deben someter a las formalidades y exigencias precontractuales previstas en la ley 80, salvo que exista una excepción legal, y en lo no regulado se le dará aplicación al derecho privado, como sería el caso de los contratos no previstos en el Estatuto de Contratación Estatal. Con ese marco normativo procederá la Sala a determinar qué clase de relación existió entre las partes y el cumplimiento a la ley 80 de 1993 en el desarrollo de la misma.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 489 de 1998 - ARTICULO 93 / LEY 1150 DE 2007

CONTRATOS ESTATALES CELEBRADOS DESCONOCIENDO EL PROCEDIMIENTO PREVIO DE LICITACION PUBLICA O DE CONTRATACION DIRECTA - Se encuentran viciados de nulidad absoluta

En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo “hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, (sic) la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”. Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, era permitida para este caso específico por tratarse de una actividad que estaba íntimamente ligada con el objeto de la Industria de Licores del Valle. (...) “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”; en consecuencia, el desconocimiento de los principios - en especial del principio de transparencia- está expresamente prohibido en el ordinal 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, en virtud del cual “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”. Ahora, conforme al principio de transparencia, se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés”, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto, de lo contrario, se desconocerían los principios de igualdad e imparcialidad. (...) de llegar a considerarse que el acta 01 del 7 de enero de 2000 es un contrato de distribución, el mismo estaría viciado de nulidad absoluta, por no haberse adelantado el procedimiento previo de licitación pública o de contratación directa, ya que de los medios probatorios aportados al proceso no se observa que se haya hecho invitación para contratar, ni que se hubiera emitido pliego de condiciones. Lo anterior es indicativo, una vez más, de que la real intención de la Industria de Licores del Valle no era la de celebrar un contrato de distribución mediante el acta 01 de 2000, ya que no adelantó el debido proceso de selección del contratista, el cual, por demás, tenía claro que debía surtir, según su comunicación del 21 de julio de 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683)A

Actor: SOCIEDAD A. ROMERO TRADING CORPORATION

Demandado: INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2005, por la Sala de Descongestión para los Tribunales del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de indebida escogencia de la acción y se inhibió para pronunciarse de fondo.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 8 de marzo de 2001 en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la sociedad A. Romero Trading Corporation formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra la Industria de Licores del Valle, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el expediente):

“1. Declárese que la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE, incumplió las obligaciones derivadas del contrato de distribución firmado con A. ROMERO TRADING CORPORATION el 7 de

Enero de 2000, para la distribución de los productos de la INDUSTRIA en los Estados Unidos de América y Canadá.

“2. Declárese que como consecuencia de dicho incumplimiento, se causaron daños y perjuicios a la sociedad A. ROMERO TRADING CORPORATION.

“3. Condénese a la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE al reconocimiento y pago de todos los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad A. ROMERO TRADING CORPORATION, por causa del incumplimiento, tal como se estiman en esta demanda.

“4. Condénase a la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE a pagar a la sociedad A. ROMERO TRADING CORPORATION, el valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de (USD 4,528,369.89) o su equivalente en moneda legal colombiana, y en su defecto en la cuantía que resulte probada en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el Artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Estos perjuicios están estimados y detallados en el acápite de estimación de los perjuicios.

“5. Condénese a la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE a pagar los perjuicios morales en la cuantía que resulten probadas y en defecto en cuantía de 2.000 gramos oro.

“6. Que se declaren solidaria e ilimitadamente responsables como administradores en los términos del Artículo 24 de la Ley 222 de 1995 al representante legal esa época de la INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE, señor HERNAN MOLANO GONZALEZ y a los miembros de la Junta Directiva: ... responsables de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionaron a la sociedad A. ROMERO TRADING CORPORATION.

“7. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y gastos del proceso” (fls. 206 a 207, c. 1).

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- El 7 de enero de 2000, la Industria de Licores del Valle y la sociedad A. Romero Trading Corporation celebraron el contrato de distribución, promoción y venta de los productos fabricados por la primera de ellas, para ejecutarlo en algunos estados de Estados Unidos de América y en Canadá.

El contrato fue celebrado por un término de cinco años, por lo que vencía el 7 de enero de 2005.

2.2.- Con fundamento en el contrato, el 13 de enero de 2000 la Industria de Licores del Valle expidió la resolución 0021, con la que se oficializaron los precios para la distribución del aguardiente Blanco y del ron Trapiche Premium.

2.3.- En desarrollo del contrato de distribución, la demandante presentaba las órdenes de compra que eran aceptadas por medio de resoluciones expedidas por la Industria de Licores del Valle, con las que se autorizaba la venta de los licores.

2.4.- Con el fin de dar cumplimiento a las leyes norteamericanas y para poder distribuir lo licores en Estados Unidos se creó físicamente la empresa A. Romero Trading Corporation, también se tramitaron la respectivas licencias en ese país.

2.5.- El 2 de julio de 2000, la Industria de Licores del Valle le comunicó a la actora que los pedidos 31 a 38 no se los despacharía, pues se encontraba estructurando las condiciones para seleccionar un contratista para la distribución de los licores por los siguientes cinco años. Desde esa fecha no se le despachó ningún pedido, porque la acá demandada consideró que no existía ninguna relación contractual.

2.6.- El 22 de agosto de 2000, la Industria de Licores del Valle invitó a la sociedad A. Romero Trading Corporation a presentar oferta para un contrato de distribución, invitación que fue rechazada por ilegal, ya que existía un contrato con el mismo propósito entre las partes, que no había sido terminado, ni liquidado.

2.7.- El 6 de septiembre de 2000, la Industria de Licores del Valle adjudicó el contrato de compraventa 113 a la sociedad Rocasa S.A. Sociedad de Comercialización Internacional.

2.8.- Por el incumplimiento de la Industria de Licores del Valle, la sociedad A. Romero Trading Corporation no pudo cumplir sus obligaciones en el exterior, con lo que se le ocasionaron graves perjuicios económicos, ya que los despachos correspondientes al año 2000 estaban comprometidos para la venta.

3. Fundamentos de derecho.-

El actor citó como fundamentos de derecho los artículos 26, 50, 51 y 80, de la ley 80 de 1993, el artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 200 del Código de Comercio y los artículos 1496, 1613 y 2341 del Código Civil .

Indicó que la actuación de la Industria de Licores del Valle violó los principios de la contratación estatal: i) buena fe: infringido con el desconocimiento y consecuente incumplimiento del contrato, ii) responsabilidad: en virtud del cual la demandada debe reconocer los perjuicios causados, iii) reciprocidad de las prestaciones y iv) equilibrio contractual.

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 1 de junio de 2001, se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al Gerente General de la Industria de Licores del Valle, se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público, se dispuso la fijación del negocio en lista y se reconoció personería al apoderado de la parte actora.

La Industria de Licores del Valle se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que no era cierto que el 7 de enero de 2000 se hubiera celebrado un contrato con la sociedad demandante e indicó que en esa fecha solo se celebró una reunión de la cual se levantó un acta.

Precisó que los contratos que se suscribieron con Miguel Uribe o la firma que el representaba finalizaron y que no volvió a existir ninguna relación contractual, tan solo se accedió al despacho de licores a través de resoluciones administrativas, las cuales se expiden a favor de cualquier persona o entidad que haga pedidos de licor a la Industria de Licores del Valle, sin necesidad de que exista un contrato de distribución.

Señaló que desde 1998 se elaboraron resoluciones administrativas a favor de la sociedad A. Romero Trading Corporation para despacho de licor y fijación de precios y se empezó a estudiar la posibilidad de celebrar un contrato, en virtud de lo cual se hicieron unos requerimientos para la elaboración del contrato de distribución. En el desarrollo de esa negociación se intercambiaron varias comunicaciones y, en el entretanto, se autorizó la venta de licores a la

demandante; pero, tal negociación no se culminó, pues la partes no llegaron a un acuerdo.

Concluyó que la relación con la sociedad A. Romero Trading Corporation fue comercial, pero no contractual; adicionalmente, que de conformidad con el artículo 32 de la ley 80 de 1993 el contrato estatal debe ser escrito, sin que el contrato de distribución se encuentre dentro de las excepciones allí contenidas; en consecuencia el acta que pretenden hacer ver como contrato no reúne los requisitos mínimos establecidos en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, por lo que se debían negar las pretensiones de la demanda.

5.- Los alegatos de primera instancia.-

El Ministerio Público guardó silencio, las partes reiteraron lo expuesto en otras etapas procesales; además, la parte actora agregó que el acta 001 del 7 de enero de 2000 y la resolución 0021 de enero de ese mismo año contenían todos los elementos necesarios de un contrato de distribución comercial, contrato que se regía por las normas del derecho privado y no por la ley 80 de 1993, por tratarse de actividades propias de la Industria de Licores del Valle.

6.- La sentencia recurrida.-

Es la proferida el 16 de marzo de 2005, por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño, en la cual se declaró probada, de oficio, la excepción de indebida escogencia de la acción y se inhibió para pronunciarse de fondo.

Consideró que los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado son regulados por el Estatuto de Contratación Estatal, por lo que se debía cumplir con las formalidades allí establecidas.

Estableció que el documento del 7 de enero de 2000 es un acta que contiene el resultado final de una reunión entre funcionarios de la Industria de Licores del Valle y la sociedad A. Romero Trading, en la que se discutió la posibilidad de suscribir un contrato, pero allí no se definió ningún objeto contractual, ni obligaciones para las partes y, por tratarse de un monopolio estatal (licores), se

debían determinar en forma clara las condiciones de ejecución del supuesto contrato.

Adicionalmente, indicó que el acta del 7 de enero de 2000 no constituía un contrato estatal, ya que fue suscrita por funcionarios que no podían comprometer a la entidad, pues no tenían competencia para ello; así mismo, indicó que el Gerente General de la Industria de Licores del Valle, quien además, debía ser previamente autorizado por la Junta Directiva para la suscripción del contrato, solo impuso el visto bueno.

Concluyó que al no ser el acta un contrato estatal no era procedente la acción escogida, ya que la acción de controversias contractuales parte del supuesto de la existencia de un contrato.

7.- El recurso de apelación.-

Inconformes con la anterior decisión y dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, las partes interpusieron recurso de apelación.

7.1.- La parte actora sustentó su inconformidad en lo siguiente:

i) El *a quo* incurrió en denegación de justicia al proferir una sentencia inhibitoria, adicionalmente, desconoció que la acción de controversias contractuales también se puede ejercer para solicitar la existencia del contrato.

ii) El contrato celebrado entre la Industria de Licores del Valle y la sociedad A. Romero Trading Corporation sí existe y está probado.

Los contratos celebrados por la Industria de Licores del Valle se rigen por el derecho privado, en consecuencia no se someten a las disposiciones de la ley 80 de 1993.

De conformidad con el artículo 824 del Código de Comercio, los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar por cualquier modo inequívoco, lo que resulta aplicable a este caso, porque las partes son comerciantes. En ese orden de ideas, el acta 001 del 7 de enero y la resolución 0021 del 13 de enero, ambas de 2000, son modos inequívocos de expresión de las obligaciones que tenía la

demandada con la sociedad A. Romero Trading Corporation, actos jurídicos que están dotados de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

No solo la resolución 0021 da cuenta de la existencia del contrato, sino también las demás que se aportaron al proceso, nueve en total, que amparaban la venta de licores para exportación entre enero y junio de 2000, lo cual denota un contrato de suministro. Como el contrato se iba a ejecutar en Norte América, no necesitaba de cláusulas especiales, ya que el monopolio rentístico solo regía en los límites del departamento del Valle; así las cosas, sí está demostrada la existencia del contrato estatal.

iii) En el proceso se probó que el licor se compró para ser vendido por la sociedad actora en Estados Unidos, es decir, para ser exportado y los contratos de exportación no están sujetos a ningún requisito, solo la declaración simplificada de exportación.

Lo anterior fue corroborado por el testimonio del Gerente de la Industria de Licores, James Murillo, quien indicó que para vender licores en el exterior no se necesitaba de un contrato formal, sino que se podían vender por medio de una resolución.

iv) Se declaró probada una excepción que no se propuso desconociendo el principio de la justicia rogada, lo que implica una violación del debido proceso y el principio de igualdad.

v) El Tribunal realizó una errónea interpretación literal del acta 01 del 7 de enero de 2000, haciendo ver que se trataba de un documento transitorio o precontractual; así mismo, desconoció la relación contractual que existía entre las partes desde 1985, sumado al hecho de que la expedición de la resolución 0021 del 13 de enero de 2000 creó una situación particular y concreta a favor de la demandante.

De lo anterior se evidencia que entre las partes sí existió un contrato de distribución, con todos sus elementos.

7.2.- La parte demandada interpuso recurso de apelación con el fin de que fuera adicionada la sentencia en el sentido de condenar en costas a la parte actora.

8.- Trámite de segunda instancia.-

El recurso se concedió el 6 de mayo de 2005, se admitió el 27 de octubre de ese mismo año y, habiéndose dado traslado para alegar, el Ministerio Público guardó silencio.

Las partes reiteraron lo expuesto en otras instancias procesales. La parte actora, adicionalmente, citó el concepto de contrato estatal esbozado por la doctrina y la normatividad que considera aplicable (entre ello lo referente al contrato de compraventa internacional de mercancías) así como, jurisprudencia y doctrina referente a ese tema, para concluir que el acta 001 del 7 de enero de 2000 y la resolución 0021 del 13 de enero de ese mismo año contienen los elementos esenciales de un contrato de distribución y/o suministro comercial - contrato de compraventa internacional de mercancías; adicionalmente, se opuso a que se le condenara en costas.

II. CONSIDERACIONES

1.- La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño el 16 de marzo de 2005, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por el demandante en la suma de US \$4'117.036 (los que equivalían a \$9.312'982.454,16 pesos¹)y, para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de \$26'390.000³, monto que acá se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

¹ La tasa representativa del mercado para el 8 de marzo de 2001 era de \$2.262,06, según consta en http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&_scid=Ztl5PLVfaul.

² 8 de marzo de 2001.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

Aunado a lo anterior, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁴, el cual establece que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Comoquiera que la Industria de Licores del Valle tiene el carácter de entidad estatal, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, en su condición de empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental⁵, naturalmente los contratos en los cuales esa entidad haya sido parte son contratos estatales.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido, ha dicho la Sala:

“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado**, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”⁶ (negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar.

⁴ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

⁵ Decreto 1138 de 1971, artículo 1.

⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en sentencias como la del 20 de abril de 2005 (Exp: 14519) y en auto del 7 de octubre de 2004 (Exp. 2675).

La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que, al definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”*⁷.

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 que, a su vez, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2006, define el objeto de esta jurisdicción, en los siguientes términos:

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

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

⁷ Según este artículo, son contratos estatales los celebrados por las entidades enunciadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...)”.

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

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, determinó que a la misma le compete “*juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, en lugar de “*juzgar las controversias y litigios administrativos*”, como disponía el texto anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Respecto de su alcance se pronunció la Sala, mediante auto del 8 de febrero de 2007 (radicación 30.903), en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

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

“(…)”

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

2.- La validez de la prueba documental recaudada.-

Acogiendo la posición mayoritaria de la Sección Tercera, la Sala valorará la prueba documental que obra en el proceso en copia simple -contratos, comunicaciones entre las partes, algunas resoluciones, entre otros-, de conformidad con la providencia proferida por la Sala Plena de esta Sección el 28 de agosto de 2013⁸, según la cual: “en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas”⁹.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022), M.P.: Enrique Gil Botero.

⁹ Aspecto sobre el cual el Ponente de la presente providencia salvó el voto, pero acata la decisión de la mayoría y pone de presente que allí se agregó:

3.- Ejercicio oportuno de la acción.-

De conformidad con el artículo 136 (numeral 10) del Código Contencioso Administrativo, el término para el ejercicio de la acción contractual se cuenta a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

En el presente caso, el documento que se alega como contrato, se suscribió el 7 de enero de 2000 y la demanda se interpuso el 8 de marzo de 2001, de lo que resulta que, desde la fecha de suscripción del acta 001 a la fecha de presentación de la demanda, no habían transcurrido dos años, por lo que se entiende que se interpuso en forma oportuna.

4.- Análisis del caso.-

El *a quo* se declaró inhibido para resolver de fondo el asunto, al considerar que entre las partes no existió un contrato estatal. La parte actora manifestó su inconformidad con esa decisión, por cuanto, en su parecer, sí existió un contrato, el que unas veces denomina de distribución y otras de suministro, incluso habló de compraventa internacional.

Por su parte, el demandado solicitó condenar en costas a la sociedad A. Romero Trading Corporation.

4.1.- Fallo inhibitorio.-

Frente a la conclusión del *a quo* relativa a la inexistencia del contrato y su consecuente decisión de fallo inhibitorio por indebida escogencia de la acción, se debe precisar que en este caso sí era procedente la acción de controversias contractuales, por las siguientes razones:

"Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, (sic) está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–."

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento** y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas” (se resalta).

De la norma transcrita se observa que una de las pretensiones que se puede intentar en el ejercicio de la acción contractual es la de que se declare su incumplimiento, como en efecto lo solicitó la sociedad A. Romero Trading Corporation, por lo que en ese orden de ideas, en principio, procedía la acción de controversias contractuales.

Ahora bien, la conclusión del Tribunal de instancia relativa a la indebida escogencia de la acción se debió a que consideró que entre las partes de este proceso no existió un contrato de distribución; sin embargo, para la Sala, tal decisión no resulta ajustada a derecho, como quiera que también es viable que mediante el ejercicio de la acción contractual se solicite que se declare su existencia o, como sucede en este caso, que en el trámite de la correspondiente acción, previo a la declaratoria de incumplimiento, se vea la necesidad de estudiar la existencia del contrato que se alega incumplido.

En efecto, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo también consagra la posibilidad de que se ejercite la acción contractual con el fin de declarar la existencia de un contrato. Sobre el particular, esta Subsección en un fallo reciente estudió las pretensiones así encaminadas y, al concluir que no había contrato, negó las pretensiones; al respecto, indicó:

“Aunado a lo expuesto anteriormente existe la posibilidad de que la parte contractual solicite al juez, por vía de la acción de controversias contractuales, la declaratoria de existencia del contrato cuando el negocio no se ha perfeccionado o no se ha legalizado”¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-1999-02858-01(26886), M.P.: Hernán Andrade Rincón.

En ese mismo sentido, esta Subsección ha considerado que si bien es cierto no en todos los casos es procedente la declaración de existencia del contrato debido a la solemnidad que revisten los contratos estatales, consistente en que deben constar por escrito, se debe estudiar la conducta desplegada por las partes para establecer si surgió el tipo negocial que desearon celebrar, caso en el cual el estudio se debe realizar dentro del marco de la acción contractual:

“Si bien el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, contempla que *‘Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad...’*, lo cierto es que tal declaración no es procedente en todos los casos.

“Por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, según lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que tal es la forma que deben adoptar dichos actos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (*requisito ad solemnitatem o ad substanciam actus*); siendo así, no tendría sentido, en principio, solicitar la declaración de existencia de un contrato que debe constar por escrito -a través de la acción contractual-.

“Por tal razón, el artículo 87 del C.C.A. debe ser interpretado en forma acorde con la estructura que informa la existencia y eficacia de los contratos del Estado; por ello, la jurisprudencia de esta Corporación ha interpretado la norma señalando que, *‘...en algunos eventos –especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes–, puede solicitarse la declaración de existencia del respectivo negocio jurídico, en ejercicio de la acción contractual (...) adicionalmente, que para efectos de establecer si procede dicha acción o la de reparación directa, debe establecerse si las partes, en la práctica, han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar. Si la respuesta es afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, **dicha acción no podrá prosperar**. En efecto, la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente...’*¹¹ (subraya fuera del texto original).

¹¹ Nota del original: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 30 de noviembre de 2000, expediente No. 11.895. En el mismo sentido ver sentencias del 29 de enero de 1998, expediente 11.099; sentencia del 4 de marzo de 1991, expediente 5825 y sentencia del 10 de marzo de 1997, expediente 10.038”.

“Además, ha precisado la Sala que una de las hipótesis que se ubica en el supuesto previsto por el artículo 87 del C.C.A. (declaratoria de existencia del contrato) es la relacionada con aquellos contratos que celebran las entidades estatales que no están sometidas al régimen de la Ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen - en cuanto a su formación y relación sustancial- por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces, celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede deprecarse a través de la acción contractual¹².

“Otro de los supuestos previstos por la norma en cita, es el relacionado con los contratos sin formalidades plenas que contemplaba el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y los contratos de mínima cuantía de que tratan los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011, cuya existencia y eficacia no está determinada por la solemnidad prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993¹³, de modo que la declaración de existencia de este tipo de negocios es posible obtenerla a través de la acción contractual”¹⁴ (se resalta).

En conclusión, se tiene que existe la posibilidad de estudiar no solo el incumplimiento contractual por medio de la acción de controversias contractuales, sino también la existencia del contrato mismo, evento este último en el que de concluirse que el negocio jurídico no existió deviene en la improsperidad de las pretensiones o, lo que es lo mismo, en la negación de las misma, más no en un fallo inhibitorio.

4.2- Régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado.-

El *a quo* consideró que los contratos celebrados por la Industria de Licores del Valle debían ser regidos por la ley 80 de 1993 y que, en consecuencia, se debían ajustar a las formalidades que consagra ese Estatuto.

El actor indicó que el contrato que existía entre A. Romero Trading Corporation y

¹² Nota del original: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 29.402”.

¹³ Nota del original: “Ver a este respecto la reciente sentencia proferida por esta Sub Sección el 3 de octubre de 2012, exp. 26.140”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente: 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130), M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

la Industria de Licores del Valle era consensual, ya que se regía por el derecho privado. En consecuencia, es necesario esclarecer este punto.

Determinada la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las entidades contempladas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, entre ellas las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental, cual es la de contratos estatales, es necesario determinar el régimen jurídico al que están sujetos, pues no por el hecho de que sean estatales implica, per se, que el régimen jurídico sea de derecho público.

Como se indicó anteriormente, en la ley 80 de 1993 las empresas industriales y comerciales del Estado fueron denominadas como entidades estatales, para efectos de la ley de contratación administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 (numeral 1, literal a).

El artículo 24 (numeral 1) de la misma ley 80 fijó como regla general, para la selección del contratista, la licitación pública o el concurso público, pero también estableció algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en literal m) del numeral 1 del citado artículo, cuyo texto es el siguiente:

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

Lo anterior indica que los contratos enunciados en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, esto es, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, se rigen por la regla general de selección (licitación pública o concurso público)¹⁵, así se trate de aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de sus actividades industriales o comerciales, puesto que por expresa disposición legal, éstos no se encuentran excepcionados de dicha regla; por el contrario, la selección de los contratistas de tales empresas para la celebración de todos los demás contratos “que tengan por objeto directo las

¹⁵ Salvo los casos de menor cuantía previstos en el ordinal a), numeral 1 del artículo 24, de la ley 80 de 1993.

actividades comerciales e industriales” de ellas se hace mediante el procedimiento de la contratación directa.

Por su parte, el artículo 18 del decreto 855 de 1994 precisó que para efectos de la excepción consagrada en el artículo 24, numeral 1, literal m):

“se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo **las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales** y de las sociedades de economía mixta, **entre otros**, la compraventa, **suministro** y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios” (se resalta).

Así las cosas, se encuentra que la ley 80 de 1993 estableció para las empresas industriales y comerciales del Estado un procedimiento de selección especial, esto es, el de la contratación directa, para cuando se requiriera celebrar cierta clase de contratos.

Además, las empresas industriales y comerciales del Estado también tienen otros regímenes especiales para determinados casos, tales como: i) la prestación de los servicios públicos domiciliarios, los cuales se regulan por lo dispuesto en la ley 142 de 1998, ii) la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, según lo prescrito por la ley 143 de 1994, y iii) el desarrollo de actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 de la ley 80 de 1993.

Ahora, la ley 489 de 1998¹⁶, que determinó la estructura de la organización nacional, en su artículo 93 estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, así:

¹⁶ El artículo 85 de la ley 489 de 1998 definió a las empresas industriales y comerciales del Estado como “organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución ...”.

“ARTICULO 93. RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.

De conformidad con las normas antes transcritas, los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetan a las regulaciones del derecho privado, pero los contratos que ellas celebran para el cumplimiento de su objeto se sujetan al régimen del estatuto contractual de las entidades estatales.

A lo anterior se agrega que el párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993 establece que *“en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo¹⁷ (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

Armonizando las disposiciones de la ley 80 con el artículo 93 de la ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado se adoptarán tales disposiciones, esto es, las normas especiales, pero en lo no exceptuado, tales contratos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual¹⁸.

¹⁷ El numeral 2º del artículo 14 de la ley 80 de 1993 establece:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“... ”

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

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

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, expediente 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639), M.P.: Miryam Guerrero de Escobar.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación el siguiente concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“Lo anterior nos sirve de fundamento para interpretar y precisar el alcance de los artículos 85, 93 y 97 de la ley 489 de 1.998, en armonía con el Estatuto General de Contratación Estatal al cual remite el artículo 93, y en especial con el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24 de la ley 80 de 1.993, norma específica que regula los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta.

“...

“El segundo artículo parece hacer una distinción entre ‘actividad’ y ‘objeto’, para señalar que los **actos** que expidan las empresas industriales y comerciales para desarrollar su **actividad industrial o comercial o de gestión económica**, se sujetarán al derecho privado, mientras **los contratos** que celebre para el cumplimiento de **su objeto** se sujetarán al estatuto general de contratación de las entidades públicas.

“Sin embargo, cuando se revisa la disposición del estatuto de contratación relacionada con la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta a las que es aplicable, se encuentra que ésta hace relación nuevamente a las actividades comerciales e industriales propias de tales entidades, por lo cual es preciso concluir (sic), que cuando la ley 489 de 1.998 hace referencia a ‘la actividad’ o ‘al objeto’, (sic) se está refiriendo a un mismo concepto y, por consiguiente, debe aceptarse que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta (con participación de capital estatal mayoritario –más del 50% - art.2º L.80) tienen el mismo régimen para sus actos y contratos.

“La redacción del citado artículo 93 y la específica remisión al estatuto de contratación, (sic) no implican que tales contratos deban regirse por las normas generales de la ley 80/93; lo que en ella se dice es que en esa materia contractual ha de acudirse a lo que en el estatuto se prevé respecto de la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y para las sociedades de economía mixta, esto es, a las normas especiales en él contempladas, específicamente en el artículo 24, numeral 1º, literal m)...

“...

“El estatuto general de contratación partiendo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, tiene como finalidad la satisfacción directa o indirecta del interés público o las necesidades colectivas, con un criterio de universalidad pretendió establecer un marco normativo general para la actividad estatal en materia de contratación pública.

“En concordancia con lo anterior, el artículo 2º de la misma, al establecer su ámbito de aplicación, señaló las entidades estatales sujetas al mismo.

“ ...

“No obstante esta tendencia unificadora de la ley 80 de 1993 y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, señaló, **por vía de excepción, algunos regímenes especiales en razón al tipo de entidades o la naturaleza de la actividad que éstas desarrollan**, campo de excepciones que fue ampliado posteriormente por otras leyes como las 142 y 143 de 1994.

“Y ello porque la participación activa del Estado en el sector financiero, industrial y comercial, (sic) ha exigido que el legislador Colombiano (sic) señale un régimen contractual especial aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria estatal, con miras a garantizar la agilidad y eficiencia de sus operaciones y por ende su competitividad frente al sector privado. Lo anterior, sin perjuicio del carácter público que estas ostentan.

“ ...

“Con base en el análisis de las objeciones formuladas por el ejecutivo, el legislador extendió a todas las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, las mismas previsiones que se habían contemplado desde el proyecto inicial para las entidades del sector de telecomunicaciones (arts 33 a 38) y las del sector bancario y asegurador (parágrafo 1º art 32), por lo cual incluyó el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24 en la ley 80 de 1.993.

“ ...

“De lo expuesto debe concluirse que, con base en las observaciones efectuadas por el gobierno al proyecto de ley de contratación de las entidades estatales, el legislador (sic) aunque no modificó el texto original del parágrafo 1º del artículo 32 aplicable a las **empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta bancarias estatales**, sí incluyó una norma general en el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24, **aplicable a la totalidad de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta**, cualquiera sea la actividad industrial o comercial por ellas desarrollada.

“En otros términos, hechas por el legislador las precisiones correspondientes en el proyecto y como producto de la necesidad de contar con normas y procedimientos que correspondan a la naturaleza de las actividades industriales y comerciales de las diferentes entidades estatales que les permita ser eficientes y competitivas en el mercado, la ley 80 de 1993 dispuso:

“...

“a) La aplicación de un sistema distinto al de la licitación o concurso, esto es, el de contratación directa, para la selección del contratista en los contratos de las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta que tengan una relación directa con sus propias actividades industriales y comerciales, previstas en el acto de creación.

“...

“Tanto en el párrafo 1º del artículo 32 como en el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24 de la ley, se especificó que la excepción en ellos consagrada se aplicaría respecto de los contratos que **‘corresponden al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social’** (artículo 32, párrafo 1º) y a los contratos **‘que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales’** propias de tales entidades (artículo 24, numeral 1º, literal m).

De otra parte, el citado literal m) (sic) además, precisó que la celebración por las empresas y sociedades a que se refiere la norma, de los contratos enumerados en el artículo 32 de la ley 80 se haría, de todas formas, por licitación o concurso públicos¹⁹²⁰ (negritas del original).

En ese mismo sentido, sobre el régimen aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado y a manera de ilustración, sin que ello signifique que en el caso concreto se esté dando aplicación a la ley 1150 de 2007²¹, vale la pena poner de presente que, el régimen contractual aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado es el previsto por la ley 80 de 1993, salvo dos excepciones i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o ii) cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa.

Así las cosas, se reitera que los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter al Estatuto de Contratación Estatal y

¹⁹ Nota del original: “El citado artículo menciona los siguientes contratos: de obra: (sic) de consultoría: (sic) de prestación de servicios: (sic) encargos fiduciarios y fiducia pública”.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de mayo de 2003, radicación 1488, M.P. Susana Montes de Echeverry, reiterado en el concepto de 20 de noviembre de 2003, Radicación No. 1537.

²¹ Ya que esa ley no se encontraba vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que se debaten en este proceso.

aquellos que celebren en desarrollo de su objeto o de sus actividades de industria y comercio lo pueden ser mediante el proceso de selección de contratación directa. En lo no regulado en la ley 80 de 1993, le son aplicables las normas comerciales y civiles pertinentes (artículo 13).

La Corte Constitucional, en sentencia C- 691 del 5 de septiembre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, concluyó:

“La Corte, en varias decisiones (sic) ha referido explícitamente al régimen jurídico que cobija los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (sic) (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque **por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado** sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica²², (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado²³, (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público (sic) aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, **sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cobija ambas modalidades²⁴**, (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada²⁵, y (v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública”²⁶ (negritas adicionales).

El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado se justifica, según lo ha determinado la jurisprudencia de la

²² Nota del original: “Sentencia C-992 de 2006”.

²³ Nota del original: “Sentencia C-314 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra”.

²⁴ Nota del original: “Sentencia C-209 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara”.

²⁵ Nota del original: “Sentencia C-352 de 1998. Ms.Ps. Antonio Barrera Carbonell y Alfredo Beltrán Sierra”.

²⁶ Nota del original: “Sentencia C-579 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara”.

Sala²⁷, en “la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entrapen sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”, de tal manera que “... sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; (sic) que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes...”.

Así las cosas, se encuentra que los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter a las formalidades y exigencias precontractuales previstas en la ley 80, salvo que exista una excepción legal, y en lo no regulado se le dará aplicación al derecho privado, como sería el caso de los contratos no previstos en el Estatuto de Contratación Estatal. Con ese marco normativo procederá la Sala a determinar qué clase de relación existió entre las partes y el cumplimiento a la ley 80 de 1993 en el desarrollo de la misma.

4.3.- Existencia del contrato de distribución de licores.-

4.3.1.- Según lo señalado en la demanda, el contrato que se incumplió es el de distribución de licores, aspecto relacionado directamente con el objeto comercial de la Industria de Licores del Valle, el cual fue consagrado en los estatutos orgánicos de esa entidad, así:

“ARTICULO 2o.- La Industria de Licores del Valle tiene a su cargo la fabricación, distribución y venta de alcohol y los licores sujetos al monopolio departamental que consagran las leyes” (fl. 388, c. 1).

²⁷ Sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 12.342, actor: Sociedad Tronix Ltda., reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, expediente 13.414.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el acápite anterior, en el *súbdice* se debe verificar la existencia del contrato, sus obligaciones, su cumplimiento y, si es el caso, las indemnizaciones que del él se deriven conforme a las normas del Estatuto de Contratación Estatal y sin perder de vista que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993, los contratos estatales son solemnes, puesto que para su perfeccionamiento se exige la formalidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta o cuando se trate de contratos consensuales no sujetos a la ley 80 de 1993, requisito éste (el del escrito) que se satisface, en principio, con el acta del 7 de enero de 2000, de la cual el actor deriva el contrato que alega incumplido.

Se precisa que la parte actora presentó en los alegatos de conclusión de segunda instancia argumentos referentes a que el contrato que se alega vulnerado es de compraventa internacional, lo que no puede ser tenido en cuenta, pues ello no fue expuesto en la demanda y la introducción de ese nuevo argumento resulta inoportuna, ya que el demandado no ha podido ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a ese nuevo supuesto, por lo que la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

Así las cosas, la Sala centrará su atención en determinar si el acta del 7 de enero de 2000 contiene un contrato celebrado entre las partes, de conformidad con la normatividad entonces vigente.

Ahora bien, para determinar la validez y existencia del contrato es necesario verificar las actuaciones surtidas entre las partes, para luego confrontarlas contra el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

4.3.2.- Con las pruebas recaudas se encuentran acreditados los siguientes hechos:

4.3.2.1.- El 27 de julio de 1989, la Industria de Licores del Valle suscribió un contrato con Miguel Uribe Williamson²⁸, cuyo objeto era distribuir, promover y explotar la venta de los productos fabricados por la Industria, en Estados Unidos y Canadá, por un término de 5 años (fls. 238 a 241, c. 1).

²⁸ Quien para la fecha de presentación de esta demanda ostentaba la calidad de Director de la sociedad A. Romero Trading Corporation.

4.3.2.2.- El 27 de noviembre de 1991, se celebró el contrato adicional 001 a aquél, es decir, al suscrito el 27 de julio de 1989. Entre otros aspectos, se fijó el término de duración del contrato en 9 años contados desde la fecha de legalización del mismo (fls. 242 a 243, c. 1).

4.3.2.3.- En el año 1993, sin especificar el día y el mes, se celebró el contrato 001-93 entre las mismas partes y con el mismo objeto, por un término de 5 años contados desde la fecha de su legalización. Allí se precisó que los contratos celebrados el 27 de julio de 1989 y el 27 de noviembre de 1991 quedaban sin efecto, ya que eran sustituidos con el que se estaba suscribiendo (fls. 244 a 246, c. 1).

4.3.2.4.- El 14 de abril de 1998, la Industria de Licores del Valle expidió la resolución 0303, mediante la cual “se fijan nuevos precios de venta a la firma **A. ROMERO TRADING CORP.**, en los Estados Unidos” (fl. 247, c. 1).

4.3.2.5.- El 11 de noviembre de 1998, la sociedad A. Romero Trading Corporation envió a la Industria de Licores del Valle “la proyección de ventas del cuarto y quinto año... **para poder elaborar el contrato pendiente**, por cinco años” (fl. 248, c. 1 – se resalta).

4.3.2.6.- El 22 de diciembre de 1998, la Directora del Departamento de Mercadeo le solicitó a la demandante unos documentos “para la elaboración del contrato de distribución” (fl. 249, c. 1).

4.3.2.7.- Así mismo, con el oficio SG- 027 del 14 de enero de 1999, suscrita por la Secretaria General de la Industria de Licores del Valle, se le solicitaron unos documentos adicionales, en los siguientes términos (transcripción literal):

“REFERENCIA: Contrato de distribución **a celebrarse** entre la Industria de Licores del Valle y A. Romero Trading Corporation, como distribuidor nuestro en los Estados Unidos de America.

“Cordial Saludo:

“Para efectos legales y conforme a lo establecido en el título VIII del Código de Comercio, Artículo 48 del Código de Procedimiento Civil y demás normas concordantes, respetuosamente me permito solicitar se alleguen los siguientes documentos:

“1. Certificación vigente expedida por autoridad competente del lugar de constitución de la sociedad, donde conste su calidad de Empresa Comercial apta para desarrollar el objeto social del contrato (distribución), debidamente autenticada ante el Consul Colombiano tal y como lo establece el Artículo 480 del Código de Comercio Colombiano, certificado que debe contener como mínimo lo siguiente:

“A. Socios

B. Representante legal (Mandatario General y uno o más suplentes)

C. Capital Social

D. Vigencia de la sociedad, además de los estipulados en el Artículo 472 del Código de Comercio.

“2. Copia de los permisos vigentes otorgados por las autoridades competentes a la Sociedad A. Romero, como distribuidor de licores en cada uno de los Estados contenidos en el contrato (Florida, Georgia, Texas, New Jersey, New York, Massachusetts, Illinois, California y el Distrito Federal de Washington).

“3. Si los documentos han sido extendidos en idioma inglés, deben aportarse la traducción oficial, realizada por la persona idónea de acuerdo a la Ley (inscrita en el Ministerio de Relaciones Exteriores).

“4. Poder autorizado por A. Romero Trading al Representante Legal en Colombia para firmar el contrato a suscribirse con la Industria de Licores.

“En espera de esos documentos” (fls. 251 a 252, c. 1 – se resalta).

4.3.2.8.- El 20 de enero de 1999, la sociedad A. Romero Trading Corporation respondió a lo solicitado, con dos comunicaciones diferentes.

En la primera de ellas se indicó:

“De acuerdo a (sic) la carta en referencia, me permito informarle que los permisos de distribución en New Jersey, New York, Massachusetts, Illinois, California y el Distrito Federal de Washington son entregados directamente a cada distribuidor de los Estados Unidos, por este motivo estamos a la espera de su envío para presentárselos (sic) a Ustedes posteriormente” (fl. 253, c. 1).

Con la otra comunicación se dijo allegar la siguiente documentación (se transcribe como obra en el original):

“1. Certificado de incorporación

“1a. Copia de los Certificados 1, 2, y 3 donde consta que los socios son:

Miguel J. Uribe Romero
Miguel S. Uribe Williamson
Alicia Romero de Uribe

Cada uno con 50 acciones de las 150 emitidas.

“1b. Copia del acta de los socios de julio 3 de 1.993 en la que nombran a Miguel José Uribe Romero como presidente (representante legal) y a Alicia Romero de Uribe como secretaria.

“1c. Copia de las Minutas Organizacionales de A.Romero Trading donde consta (pagina 5) que se han emitido y pagado 150 acciones por un valor de US\$100 cada una para un total de US\$15.000.

“1d. La vigencia de la sociedad es a termino indefinido pues las leyes de la Florida no determinan un periodo predeterminado para las sociedades.

“2. Copia de los permisos y licencias vigentes otorgados.

“2a. Permiso Federal No. FL I942 para importar y vender licores al por mayor en los Estados Unidos vigente hasta 6/30/99.

“2b. Permiso del Estado de La Florida No. BEV – 2311509 para importar y vender licores al por mayor con vigencia hasta 9/22/99.

“2c. Permiso del Estado de Texas No. S 426463 para vender licor al por mayor.

“2d. La carta adjunta explica los permisos en los demás Estados.

“3. Las traducciones se realizaran, sin son absolutamente necesarias y toman aproximadamente tres meses” (fls. 254 a 255, c. 1).

4.3.2.9.- Mediante comunicación del 26 de enero de 1999, radicada al día siguiente en la Industria de Licores del Valle, la demandante dijo “adjuntar los siguientes documentos pendientes por entregar” (se transcribe como obra en el original):

“1. Copia de la Licencia No. 3400-23-044-005 del Estado de New Jersey para importar y vender licores al por mayor en los Estados Unidos, vigente hasta 06/30/99.

“2. Copia de la Licencia No. 99 1 QUEE LL 00670 203 del Estado de New York para importar y vender licores al por mayor en los Estados Unidos, vigente hasta 02/28/99.

“3. Copia de la Licencia No. 025625 del Estado de Washington para importar y vender licores al por mayor en los Estados Unidos, vigente hasta 03/31/99” (fl. 276, c. 1).

4.3.2.10.- Con el oficio SG- 050 del 26 de enero de 1999, la Industria de Licores del Valle le puso de presente a sociedad A. Romero Trading Corporation que la documentación aportada no reunía los requisitos legales y que en esas condiciones no era viable suscribir el contrato de distribución. Allí se dijo (transcripción literal):

“REFERENCIA: Su comunicación de Enero 20 de 1999, recibida en la Industria de Licores en Enero 21 de 1999.

“En Colombia existe regulación especial con relación a la contratación con sociedades cuyo domicilio principal está en el extranjero, siendo entonces necesario que las reglas que regulan el tema sea de forzosa aplicación.

“Es por ello que los requisitos señalados a Usted en mi comunicación SG-027 del pasado 14 de Enero, deben estar reunidos en forma plena como condición previa a la realización del contrato de distribución.

“Ninguno de esos aspectos a excepción de los permisos otorgados por los estado de Florida y Texas (ésta última próxima a vencer en Febrero 26 de 1999) se han cumplido, ya que los documentos por Usted aportados son copias simples de actos de carácter privado, provenientes de la misma sociedad, que no suplen la prueba de su existencia y representación legal y los nombres de los socios que la conforman.

“De acuerdo con nuestro Código de Comercio y demás normas complementarias, la existencia y representación legal se acredita con el certificado de la entidad competente que cumpla la función de registro, propias de la Camaras de comercio, documento que debe cumplir con la formalidad de autenticación y abono de las firmas por trámite consular.

“Del mismo certificado debe provenir la relación de los socios que componen la Sociedad.

“Sin estas formalidades no existe manera alguna de celebrar el contrato que nos ocupa.

“Es importante resaltar que sólo en la medida del cumplimiento de los antes expresado esta Empresa estará autorizada para proceder a la firma del respectivo contrato, única y exclusivamente para la distribución de licores en aquellos estados respecto de los cuales Usted acredite contar con la licencia correspondiente.

“No olvide Usted que la totalidad de los documentos deben estar acompañados de su traducción extendida de acuerdo con la Ley,

especialmente a lo consagrado en la Ley 455 de Agosto 4 de 1998, por el cual se aprueba la convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros” (fls. 277 a 278, c. 1 – subrayas del original).

4.3.2.11.- Con la resolución 0034 del 26 de enero de 1999 se autorizó una venta de licor a la firma A. Romero Trading Corporation en Estados Unidos, cuyo contenido es el siguiente (se copia exactamente como obra en el expediente):

“EL GERENTE DE LA INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE, en uso de sus atribuciones legales, y,

“CONSIDERANDO:

“1. Que la firma A. ROMERO TRADING CORP., es distribuidora de nuestros productos en los Estados Unidos.

“2. Que mientras se legaliza el contrato de distribución, se hace necesario despachar a la firma A. ROMERO TRADING CORP. en la ciudad de Miami el siguiente producto: 100 cajas de Aguardiente Blanco 1.750 cc, 483 cajas de Aguardiente Blanco 750 cc, 9 cajas de Aguardiente Blanco 375 cc y 51 cajas de Aguardiente Blanco 0.50 cc.

“RESUELVE:

“ARTICULO 1.- Autorizar a la firma A. ROMERO TRADING CORP., en la ciudad de Miami – USA, la venta de:
AGUARDIENTE BLANCO 1.750 CC 100 cajas
AGUARDIENTE BLANCO 750 CC 483 “
AGUARDIENTE BLANCO 375 CC 9 “
AGUARDIENTE BLANCO 0.50 CC 9 “

“ARTICULO 2.- El valor de los licores despachado a la firma A. ROMERO TRADING CORP., será pagado con cheque a la vista a 90 días.

“ARTICULO 3.- La presente Resolución sólo autoriza ventas hasta por las cantidades anotadas en el numeral 1ro., sin que implique contrato o relación prolongada en el tiempo, ya que se extingue una vez sea efectuada su venta.

“ARTICULO 4.- Para atender los gastos de promoción y propaganda, la Industria de Licores del Valle del Cauca aportará el equivalente del 10% del total del producto comprado en 1.750 CC, 750 CC y 375 CC, por la firma A. ROMERO TRADING CORP., a la Industria de Licores del Valle (fls. 279 a 280, c. 1).

4.3.2.12.- El 9 de febrero de 1999 se expidió la resolución 0077 con la que se autorizó la venta de licor en la ciudad de New York, con idéntico contenido a la

anterior, variando en la cantidad de licor autorizado (fls. 281 a 282, c. 1 – transcripción literal).

4.3.2.13.- El 11 de febrero de 1999, la sociedad demandante le presentó una propuesta a la Industria de Licores del Valle, en los siguientes términos (se transcribe como obra en el original):

“REF.: Comunicaciones SG-027 y SG- 050

“...

“Las comunicaciones de la referencia han sido discutidas por la Junta de Socios de nuestra compañía y en virtud de ellas presentamos a Ud. Las siguientes opciones de acuerdo a la información proporcionada.

“1. La Sociedad A. ROMERO TRADING CORPORATION, contrata con la Industria de Licores del Valle y esta le vende la mercancía C.I.F. en los puertos de destino.

“2. La Sociedad A. ROMERO TRADING CORPORATION, constituye una sucursal en Cali para que esta sea la persona jurídica que en adelante se dedique a realizar las exportaciones, las ventas de producto serán F.O.B. Cali y la exportadora es la sucursal de A. ROMERO TRADING CORPORATION.

“3. A. ROMERO TRADING CORPORATION otorga un contrato a uno de los socios (Miguel Uribe) para que realice funciones de manejo administrativo y operativo en Colombia y contrate con la Industria de Licores del Valle, la cual continua como exportadora vendiendo F.O.B. Cali. (Esta figura corresponde al marco contractual que se ha venido aplicando en los últimos trece años)

“Agradeceríamos su respuesta manifestándose conforme a lo expresado en el presente, con el fin de ejercer las acciones que sean pertinentes” (fls. 283 a 284, c. 1).

4.3.2.14.- En respuesta a la anterior comunicación la Industria de Licores del Valle expidió el oficio SG- 118 del 4 de marzo de 1999, en el que reiteró el contenido de las comunicaciones SG- 027 y SG-050, así (transcripción exacta al original):

“Las opciones propuestas por Usted en el escrito arriba referenciado [su comunicación del 11 de febrero de 1999] son posibilidades legales de venta.

“Sin embargo, por ser la Industria de Licores del Valle un organismo estatal del Orden Departamental, encuentra sus actividades debidamente regladas en la constitución, la Ley, Ordenanzas Departamentales, Acuerdos etc...

“En tal virtud conforme a la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios y el Código de Comercio vigente, para poder celebrar un contrato de distribución de los productos elaborados por nosotros, éste debe reunir ciertos requisitos conforme a la normas del país donde se desarrollará sus actividades (en este caso Estados Unidos de América) y a las de nuestro país, según el tipo de contrato.

“En tal virtud reitero el contenido de mis oficios SG- 027 de Enero 14 de 1999 y SG -050 de Enero 26 de 1999, que corresponden a los requisitos que A. Romero Trading debe cumplir previamente a la celebración de contrato.

“Una vez cumplidos estos requisitos insalvables, puede la Industria de Licores del Valle entrar a negociar la forma de distribución” (fl. 285, c. 1).

4.3.2.15.- El 19 de abril de 1999, la sociedad A. Romero Trading Corporation le solicita a la Industria Licorera del Valle que defina el marco contractual (se copia como obra en el expediente):

“REF: Reunión día 18 de marzo de 1999 en Oficina de Mercadeo.

“...

“En la reunión de la referencia la Industria de Licores del Valle se comprometió a analizar en el área contractual los aspectos: legales, financiero y de comercio exterior con el fin de definir su modalidad.

“Sin embargo el contrato se venció en julio 27 de 1998 y hasta la fecha la Industria de Licores del Valle no ha definido cual sería el marco contractual, situación que ha afectado el mercadeo del producto en los Estados Unidos por encontrarse paralizadas iniciativas en este orden. Igualmente nos hemos visto privados de efectuar una serie de acciones tendientes a continuar el objetivo contractual puesto que la ausencia de este paraliza muchos tramites y gestiones con clientes potenciales.

“Como también con autoridades y el sector financiero, colocándonos en desventaja para cumplir con el cabal desarrollo de nuestra actividad.

“Consideramos que el tiempo transcurrido desde la reunión de la referencia y teniendo en cuenta que el tema contractual ha sido tratado suficientemente, les solicitamos de la manera mas comedida definan Ustedes el marco contractual con la mayor brevedad posible, puesto que existe urgencia en la solución de una multiplicidad de asuntos derivados de la existencia de dicho contrato que son de vital importancia para nuestra compañía” (fls. 286 a 287, c. 1).

4.3.2.16.- La Industria de Licores del Valle expidió varias resoluciones, por medio de las cuales se autorizó la venta de licor a la sociedad A. Romero Trading Corporation, con contenido similar al de la resolución 034 del 26 de enero de 1999²⁹, pero variando la cantidad del producto y la ciudad, así:

- Resolución 0278 del 8 de abril de 1999, para la ciudad de Miami (fls. 290 a 291, c. 1).
- Resolución 0349 del 22 de abril de 1999, para la ciudad de New Jersey (fls. 292 a 293, c. 1).
- Resolución 0527 del 17 de junio de 1999, para la ciudad de New Jersey (fls. 294 a 295, c. 1).
- Resolución 0567 del 28 de junio de 1999 para la ciudad de New York (fls. 296 a 297, c. 1).
- Resolución 0622 del 16 de julio de 1999, para la ciudad de Miami (fls. 298 a 299, c. 1).
- Resolución 0811 del 30 de agosto de 1999, para la ciudad de New Jersey (fls. 301 a 302, c. 1).
- Resolución 0918 del 7 de octubre de 1999, para las ciudades de New York y Miami (fls. 303 a 304, c. 1).
- Resolución 0942 del 12 de octubre de 1999, para la ciudad de New York (fls. 305 a 306, c. 1).
- Resolución 1059 del 9 de noviembre de 1999, para la ciudad de Houston (fls. 307 a 308, c. 1).
- Resolución 0022 del **13 de enero de 2000**, para la ciudad de New Jersey (fls. 310 a 311, c. 1).
- Resolución 0088 del **25 de enero de 2000**, para la ciudad de New York (fls. 312 a 313, c. 1).
- Resolución 0192 del **22 de febrero de 2000**, para las ciudades de Maimi y de New Jersey (fls. 314 a 315, c. 1).
- Resolución 0380 del **17 de marzo de 2000**, para la ciudad de New Jersey (fls. 316 a 317, c. 1).
- Resolución 0429 del **29 de marzo de 2000**, para la ciudad de New York (fls. 318 a 319, c. 1).
- Resolución 0587 del **8 de mayo de 2000**, para las ciudades de Miami y Georgia (fls. 320 a 321, c. 1).

²⁹ Transcrita en el numeral 4.3.2.11.

- Resolución 0608 del **17 de mayo de 2000**, para la ciudad de Houston (fls. 322 a 323, c. 1).
- Resolución 0740 del **23 de junio de 2000**, para las ciudades de New Jersey y New York (fls. 151 a 152, anexo 2).

4.3.2.17.- El 30 de agosto de 1999, la Industria de Licores del Valle expidió la resolución 0807, mediante la cual "se fijan nuevos precios de venta a la firma **A. ROMERO TRADING CORP.**, en los Estados Unidos" (fl. 300, c. 1).

4.3.2.18.- El 7 de enero de 2000, las partes suscribieron el acta 01, en la que se lee (transcripción literal):

"ACTA NO. 01

"Entre las partes a saber Industria de Licores del Valle, Representada por el Señor Humberto Acevedo y José Leonardo Sinisterra; y Miguel Uribe Romero por parte de A. Romero Trading Corporation, en reunión surtida el día 7 de enero de 2.000, a las 3:30 pm en la oficinas de la Industria de Licores del Valle, Acordamos lo siguiente:

"Resultado de ventas año 1.999

Total 99	122.580
Total 98	126.607
Var (%)	(3.18%)
Unidades	(4.027)

"Presupuesto de ventas año 2.000

Aguardiente Blanco	14.000 cajas
Ron Trapiche Premium	1.000 cajas

"Nueva presentación litro: La Industria de Licores del Valle se compromete a entregar esta presentación a, A. Romero Trading Corp., y esta se compromete a vender la cantidad arriba estipulada.

"PRECIOS

AGUARDIENTE		
1.750 L	US \$ 2.53 X 6	US \$ 15.18 / CAJA
1.0 L	US \$ 2.10 X 12	US \$ 25.20 / CAJA
750 ml	US \$ 1.60 X 12	US \$ 19.20 / CAJA
375 ml	US \$ 0.99 X 24	US \$ 23.76 / CAJA
RON		
750 ml	US \$ 1.56 X 12	US \$ 18.72 / CAJA
375 ml	US \$ 0.97 X 12	US \$ 11.64 / CAJA

“Publicidad

“14.000 x US \$ 19.20 = US 268.800 X 7 %= US\$18.800
bonificación del 10% en producto.

“1.000 x US \$ 18.72 = 18.720 X 7% = US \$ 1.310
bonificación del 10% en producto.

“Al pie de la factura se hace el descuento por publicidad del 7%.

“Plazo: Inicial de 90 días fecha de facturación. Se revisará entre las partes Contrato a 5 años (fl. 2 y 3, c. 1 - se resalta).

4.3.2.19.- El 13 de enero de 2000, la Industria de Licores del Valle expidió la resolución 0021, mediante la cual “se fijan nuevos precios de venta a la firma **A. ROMERO TRADING CORP.**, en los Estados Unidos”, en la que se incluyeron los señalados en el acta 01 del 7 de enero de ese año (fl. 309, c. 1).

4.3.2.20.- El 27 de marzo de 2000, A. Romero Trandig Corporation le solicitó a la Industria de Licores del Valle copia del contrato que sería suscrito, con el fin de allegarlo a la autoridad aduanera. Allí se dijo:

“Nuestra firma A. Romero Trading Corp., sociedad domiciliada en la Ciudad de Miami y registrada en el Estado de Florida bajo el Corporate Number M17922, ha elevado consulta a la Administración de Impuestos Nacionales en relación al impuesto de timbre para los contratos de exportación.

“La DIAN nos ha solicitado, para absolver nuestra inquietud, copia del contrato a ser suscrito con la Industria de Licores del Valle. Le agradeceríamos nos proporcione una copia del mismo para ser enviado a esta entidad” (fl. 324, c. 1).

4.3.2.21.- El 25 de mayo de 2000, por solicitud de A. Romero Trading Coporation, la Industria de Licores del Valle certificó que esa sociedad era distribuidora autorizada de los productos aguardiente Blanco del Valle y Ron Premium Trapiche (fl. 333, c.1).

4.3.2.22.- El 29 de mayo de 2000, la sociedad demandante presentó a la demandada sus preocupaciones sobre la distribución de los productos de la Industria de Licores del Valle, en los siguientes términos (se copia como obra en el original):

“En el último trimestre de 1.999, A. Romero Trading Corporation y miembros de los Departamentos Financiero y Mercadeo discutieron compromisos entre la ILV y nuestra empresa para el año 2.000, como resultado se suscribió el Acta No. 01 de fecha enero 7 de 2.000.

“El director de Mercadeo renunció en el mes de marzo, siendo reemplazado por el señor Miguel Carvajal con quien nos reunimos el 24 de abril, para informar las labores realizadas hasta la fecha y planes para el 2.000.

“El día 10 de mayo presentamos a la Gerencia plan de Publicidad, Mercadeo e Incentivos a los Canales de Distribución, previamente planteado al departamento de Mercadeo, el cual debería iniciarse el 18 de mayo. Vemos con preocupación la dilación en la toma de decisiones con referencia al mencionado plan como también de otros asuntos pendientes relativos a la gestión de distribución y comercialización en los Estados Unidos de Norteamérica.

“Sin embargo, podemos anotar que nuestra firma ha incrementado compras a la Industria de Licores del Valle de 3.530 cajas a 5.832 cajas para el período enero – mayo con relación a 1.999, lo cual representa un incremento del 65.21%. Hemos ejecutado el 45.56% del presupuesto de ventas acordado y tenemos represadas ordenes de compra por 650 cajas presentación litro para despacho inmediato.

“A fin de cristalizar compromisos relacionados con la gestión de comercialización y distribución de los productos de la ILV que nuestra empresa realiza en los Estados Unidos, solicitamos una reunión con miembros de los departamentos de Mercadeo, Financiero y Jurídico. Adjuntamos Agenda sugerida para el encuentro” (fls. 334 a 335, c. 1).

4.3.2.23.- El 13 de junio de 2000, la Industria de Licores del Valle le comunicó a A. Romero Trading Corporation la forma como en adelante comercializarían, así:

“1) Se suspende temporalmente el 7% de descuento adicional para actividades promocionales en los Estados Unidos.

“2) **Continuaremos bajo el esquema de ventas por resolución de Gerencia**

“...” (fl. 131, c. anexos 2 – se resalta).

4.3.2.24.- El 21 de julio de 2000, la Industria de Licores del Valle le informó a la parte actora que se abstendría de despachar una mercancía (transcripción literal):

“Me refiero a su comunicación del pasado Julio 19 de 2000, relacionada con los pedidos Nos. 31, 32, 33 y 34 de fecha julio 6 de 2000, mediante la cual solicita diligencia los despachos mencionados para surtir distribuidores en California, Illinois y Georgia en los Estados de América.

“Sobre el particular y como es de su conocimiento debo reiterarle que la Industria de Licores del Valle se encuentra estructurando las condiciones para seleccionar un contratista con quien suscribir un contrato para efectuar entregas durante los próximos cinco (5) años con destinación exclusiva a su venta en el mercado de los Estados Unidos de América y Canadá.

“Teniendo en cuenta que dicho contrato se constituirá en un típico instrumento de ejecución del objeto social de esta Industria, y en atención a lo previsto en el letra m) numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la selección se adelantará mediante un proceso de contratación directa al cual será invitada oportunamente la sociedad A. ROMERO TRADING CORP., entre otros interesados, mediando, en todo caso, procedimientos e instancias que garantizarán la transparencia y la selección objetiva que imponen los principios de la contratación pública.

“Por tal razón, y tal como se lo manifesté personalmente al Sr. Miguel Uribe, la Industria no encuentra conveniente en este momento efectuar despachos que se destinen al mercado que será atendido por el contratista que se seleccionara muy próximamente, teniendo en cuenta el impacto que la distribución de nuestros productos en este momento podría tener en el éxito del contrato que se espera celebrar.

“En consecuencia, y considerando que, según se ha podido establecer, esta entidad no tiene vigente actualmente ningún contrato de distribución o compra venta en firme con la firma A. ROMERO TRADING CORP. que haga forzoso el diligenciamiento / y trámite de los despachos solicitados mediante los pedidos mencionados en su comunicación, la Industria de Licores del Valle ratifica que se abstendrá de dar trámite a los mismos hasta tanto se defina el contratista dentro del proceso de contratación mencionado, y, en el caso de resultar esa sociedad seleccionada, solamente una vez se suscriba y perfecciones el contrato para la venta de nuestros productos en los Estados de los Estados Unidos de América a los cuales se despacharían los productos que ha solicitado” (fls. 336 a 337, c. 1).

Del material probatorio acabado de relacionar se concluye que los contratos celebrados en los años 89, 91 y 93 se suscribieron con una persona diferente a la

que ahora obra como demandante; en efecto, dichos contratos fueron celebrados entre la Industria de Licores del Valle y el señor Miguel Uribe Williamson, mientras que quien funge como demandante en este proceso es la sociedad A. Romero Trading Coporation.

Si bien, para la fecha de presentación de la demanda el señor Miguel Uribe Williamson era socio de la demandante, no se pueden confundir los socios con la sociedad, ya que unos y otra resultan ser personas diferentes para el derecho.

Así las cosas, se evidencia que entre la sociedad A. Romero Trading Corporation y la Industria de Licores del Valle surgió una relación para la venta de licores desde 1998, cuando el 14 de abril se expidió la resolución 303, con la que se fijaron nuevos precios para la venta en los Estados Unidos a esa sociedad.

También es evidente que la Industria de Licores del Valle y la sociedad A. Romero Trading Corporation tuvieron acercamientos con el fin de llegar a un acuerdo que les permitiera celebrar un contrato de distribución; por tal razón, el 22 de diciembre de 1998 y 14 de enero de 1999 (oficio SG-027) la Industria de Licores del Valle le solicitó a la sociedad A. Romero Trading Corporation la documentación requerida para esos efectos.

En virtud de lo anterior, la sociedad A. Romero Trading Corporation aportó unos documentos; sin embargo, ellos no se ajustaron a los requerimientos exigidos por la Industria de Licores del Valle, por lo que, con el oficio SG- 050 del 26 de enero de 1999, se pusieron de presente a dicha sociedad las falencias de los documentos aportados y se le indicó que en esas condiciones no era viable suscribir el contrato.

A partir de esa misma fecha se le empezaron a autorizar las ventas de licor mediante resolución (ver el numeral 4.3.2.11), en la que explícitamente se hizo constar que era mientras se legalizaba el contrato de distribución y que tal resolución no implicaba contrato, ni relación prolongada en el tiempo y solo autorizaba las ventas por las cantidades allí anotadas.

Esa forma de venta (por resolución) se mantuvo hasta el 23 de junio de 2000, lapso en el cual se expidieron, por lo menos, 19 resoluciones autorizando las ventas bajo esas condiciones.

En febrero de 1999, la sociedad A. Romero Trading Corporation presentó una propuesta a la Industria de Licores del Valle sobre la forma de contratación, la cual no fue aceptada y se reiteraron los oficios SG-027 y SG- 050.

Así las cosas, se encuentra probado que las partes intercambiaron varias comunicaciones para determinar la forma de contratación, sin que llegaran a un acuerdo sobre el contrato de distribución de licores en favor de la parte actora; igualmente, se encuentra acreditado que todas las ventas se efectuaron previamente autorizadas por una resolución.

Ahora, en concepto de la sociedad A. Romero Trading Corporation el contrato se encuentra contenido en el acta 01 del 7 de enero de 2000, transcrita en el numeral 4.3.2.18 de esta providencia; sin embargo, la Sala guarda reparos frente a ello, como se pasa a explicar.

Es importante tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 41 de la ley 80 de 1993 el contrato se perfecciona, cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleva a escrito. En ese sentido, esta Corporación ha señalado:

“En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: ‘Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito’

“...

“De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: (sic) ‘acuerdo sobre el objeto y la contraprestación’ (elementos sustanciales) y también que ‘éste se eleve a escrito’ (elemento formal de la esencia del contrato).

“Al efecto cabe tener en lo (sic) afirmado por Marienhoff, para quien, como regla (sic) ‘puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes’³⁰

³⁰ Nota del original: “Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A, tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág 143”.

“De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.

“El Consejo de Estado en varias providencias,³¹ al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

“...

“De conformidad con lo expuesto se tiene que:

“- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es (sic) cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración.

“- Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, ‘se perfecciona’ cuando ‘se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito’, y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996”³².

El objeto del contrato se refiere al fin que se busca con el negocio jurídico, es decir, a las obligaciones que se deriven del mismo³³ y por ser uno de los elementos necesarios para la existencia del contrato estatal, es necesario determinar si en el acta 01 de 2000 se determinó el objeto contractual.

Revisada la mencionada acta se encuentra que del único aparte del cual se podría extraer un objeto sería del siguiente:

³¹ Nota del original: “Al efecto pueden (sic) consultarse lo manifestado sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, expediente 12775 y en sentencia proferida el 3 de febrero de 2000 (sic) expediente 10399”.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006. expediente 73001-23-31-000-1997-05001-01 (15.307), M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

³³ En ese sentido, el artículo 1501 del Código Civil dispone:

“OBJETO DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

“Nueva presentación litro: La Industria de Licores del Valle se compromete a entregar esta presentación a, A. Romero Trading Corp., y esta se compromete a vender la cantidad arriba estipulada”.

Analizando detalladamente ese aparte se tiene que la Industria de Licores del Valle se comprometió a entregar la presentación litro, siendo la única “obligación” estipulada a su cargo. De ello, se observa que tal objeto resulta no solo indeterminado, sino a su vez indeterminable, pues no se indicó a qué producto se refería esa presentación, estos es, si al aguardiente blanco, al ron trapiche o a qué otra clase de producto. Adicionalmente, no se señaló elemento alguno para que dicha obligación resultara determinable.

Así las cosas, de lo anterior se encuentra que la única obligación aparente de la Industria de Licores del Valle fue la de poner a disposición de la sociedad A. Romero Trading Corporation una nueva presentación litro, sin que se estuviera autorizando o comprometiendo a realizar alguna venta, mucho menos se habló de distribución o suministro de ningún licor en particular.

De otro lado, continuando con el objeto del supuesto contrato, la sociedad A. Romero Trading se comprometió a “vender la cantidad arriba estipulada”, pero sin que se determinara de qué presentación sería, ya que en la tabla de precios se fijaron cuatro presentaciones para el aguardiente Blanco y dos para el ron, ni por lo menos el lugar en el que se realizaría, supuesto que por tratarse de un monopolio rentístico (el de licores) debía ser autorizado previamente³⁴. Sumando a lo anterior, es de resaltar que a lo que se comprometió la sociedad A. Romero Trading Corporation frente a la Industria de Licores fue a la venta a terceros, mas no a la compra de los licores, evento este último en el que por lo menos podría considerarse la existencia de un contrato de compraventa que fuera vinculante con esa Industria.

Así las cosas, el objeto señalado en el acta 01 de 2000 no reviste la naturaleza de contrato para las partes, puesto que, las obligaciones son indeterminadas e indeterminables, de lo que resulta que no tiene fuerza vinculante para aquellas.

En lo relativo a la contraprestación del contrato, otro elemento de la esencia necesario para perfeccionamiento, si bien en el acta se establecieron unos

³⁴ Artículo 63 de la ley 14 de 1983.

precios, no es claro si ellos se refieren a los precios de venta de la Industria de Licores del Valle a Romero Trading Corporation o si son los precios de venta al público en general.

Adicionalmente, no se encuentran allí elementos que permitan establecer obligaciones referentes a un contrato de distribución, pues, no se pactaron obligaciones de tracto sucesivo; es más, allí mismo se dijo que “se revisará entre las partes contrato a 5 años”, es decir, no se pactaron obligaciones por un período, característica de los contratos de duración, como el contrato de distribución, en el que las obligaciones no se agotan en un solo acto.

Sobre las características del contrato de distribución, resulta ilustrativo lo que ha considerado la doctrina:

“De este modo, el contrato de distribución implica; una concesión de venta, de donde el fabricante o productor se obliga a permitir al distribuir la reventa de sus productos a consumidores finales; **un acuerdo de compra**, donde el distribuidor se obliga a adquirir los productos especificados en el contrato, durante el término de su duración; e implica un acuerdo de suministro, donde se obliga el fabricante o productor a suministrar los pedidos realizado durante la vigencia del contrato.

“ ...

“... el distribuidor se encarga de la distribución **en el territorio asignado** ... Esto implica que esta colaboración tiene vocación de duración en el tiempo, para que se pueda conseguir el lucro esperado con la celebración del contrato”³⁵.

De lo anterior, se concluye que el acta 01 de 2000 no cumplió con las exigencias señaladas en la ley 80 de 1993 para la existencia del contrato, esto es, el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, ni de ella se derivan los elementos de un contrato de distribución: i) una concesión o autorización de venta, ii) un acuerdo de compra, iii) un acuerdo de suministro, iv) un acuerdo sobre la duración del contrato y iv) delimitación de la zona de distribución.

Ahora bien, tan es cierto que allí no se celebró un contrato vinculante para las partes que la Industria de Licores del Valle expidió la resolución 0021 del 13 de enero de 2000 en la que se fijaron nuevos precios de venta para la sociedad A. Romero Trading Coporation y se incluyeron los precios que se indicaron en el acta

³⁵ PEÑA. Nossa, Lisandro. “Contratos Mercantiles”. Editorial Temis, 2012. Páginas 400 y 401.

01 del 7 de enero de 2000. Tal resolución no hubiera sido necesaria si el acta 01 hubiera contenido claramente las obligaciones, derechos y deberes de las partes, entre ellos los precios de venta.

Sumado a lo anterior, en las resoluciones que autorizaron las ventas que se expidieron con posterioridad al 7 de enero de 2000, se advierte, nuevamente, que tal autorización se da mientras se legaliza el contrato, que solo se autoriza la venta por las cantidades allí anotadas, que aquella – la autorización- no implica contrato, ni relación prolongada en el tiempo y que se extingue una vez sea efectuada la venta.

Tales resoluciones fueron acatadas por la sociedad actora, pues no presentó recurso contra ellas, ni las impugnó ante la jurisdicción, de dónde surge que la sociedad A. Romero Trading Corporation entendía que, efectivamente, no existía contrato de distribución y que, por esta razón aceptaba esa forma de autorización para la distribución y venta de los productos de la Industria de Licores del Valle.

De lo anterior salta a la vista que, al suscribir el acta 01 en mención, la intención de la Industria de Licores del Valle no fue la de celebrar un contrato, al punto que siempre lo dejó en claro en cada una de las resoluciones que expidió para la autorización de la venta, pues nunca se dieron las condiciones exigidas para su elaboración y firma.

La intención de la Industria de Licores del Valle fue suficientemente clara con la expedición de las resoluciones emitidas con posterioridad a la suscripción del acta 01 del 7 de enero de 2000 y ello resulta corroborado con los testimonios de Humberto Acevedo Delgado y James Murillas Giraldo, quienes suscribieron el acta en mención.

El señor James Murillas Giraldo, quien estuvo vinculado con la Industria de Licores del Valle en el cargo de Gerente entre enero de 1998 y abril de 2000, suscribió el acta 01 de 7 de enero de 2000 en su condición de Gerente General, adujo lo siguiente (transcripción textual):

“La firma en mención A. ROMERO TRADING era la encargada en la época en que me encontraba como gerente de la venta de los productos que producía la Industria de Licores en algunos sectores de los Estados Unidos, existió un contrato que se venció

en el año 97 o 98 no me acuerdo y durante los años 98 y 99 se vendía este producto por medio de una resolución donde se hacían acuerdos de porcentajes de la venta de los productos para fortalecer el mercado en planes de mercadeo los cuales se coordinaban entre las dos empresas (...) CONTESTO: **Contrato en el año 2000 con la firma A. ROMERO TRADING en el año 2000 no existía y se vendía el producto por medio de una resolución.** (...) CONTESTO: No existía contrato debido a que faltaban algunos requisitos para garantizar la formalización del contrato y la ley nos permite vender los productos para el exterior por medio de una resolución. (...) PREGUNTADO: Sírvase precisar al Despacho si el acta [se refiere al acta 001 de 7 de enero de 2000] y la resolución [0021 del 13 de enero de 2000] que usted acaba de reconocer son los que le daban el soporte jurídico a las ventas de licor a la firma A. ROMERO TRADING para su reventa en los Estados Unidos? CONTESTO: La resolución le daba el soporte jurídico para poder vender el producto a A. ROMERO TRADING y el acta son compromisos adquiridos donde se fijaba el precio, el compromiso de publicidad y el tiempo de pago de la factura de esta venta. PREGUNTADO: Sírvase informarnos si además del precio, la publicidad y el tiempo de pago, el acta que usted ha reconocido, establecía también un plazo de contrato a cinco años, según consta en el documento que le pongo de presente (NOTA DEL DESPACHO: El apoderado de la parte actora pone de presente al testigo el documentos obrante a fls.2-3³⁶).? CONTESTO: El plazo hablar de 90 días, fecha de facturación y se revisará entre las partes en un contrato que se hará durante cinco años pero que en ningún momento se había firmado. PREGUNTADO: Entonces a que se debe que en el documento por usted reconocido se haya indicado expresamente el término de 5 años? CONTESTO: Existía la voluntad de adelantar un contrato con la firma A. ROMERO hacía el futuro una vez llenados los requisitos exigidos. (...) PREGUNTADO: En una de sus respuestas anteriores usted nos dijo que la ley permite vender los productos de la ILV, sin contrato, por medio de resolución. Sírvase indicar cuál es el alcance de su respuesta, y si ello significa que no necesita contrato? CONTESTO: Para vender fuera del país se puede vender los productos por medio de resolución incluso esta venta se hace continuamente a otros países como España y centro América que en algún momento se adelantó la venta. (...) PREGUNTADO: Solicito se amplié la respuesta anterior en el sentido de que si cuando existe vínculo contractual se requiere la resolución administrativa de venta? CONTESTO: No, porque dentro del contrato están estipulados los deberes y compromisos de parte y parte” (fls. 1 a 4, c. 2- se resalta).

En ese mismo sentido, rindió testimonio Humberto Acevedo Delgado, quien fue Director Financiero de la Industria de Licores del Valle entre abril de 1992 y junio de 2000 (en tal condición firmó el acta de enero de este último año), así (se transcribe testualmente):

³⁶ Acta 001 de 7 de enero de 2000.

“Conozco que la firma A. ROMERO TRADING CORPORATION fue distribuidor de los productos de la Industria para el mercado externo desde aproximadamente el año 1985 para lo cual tenía un contrato de distribución que venció no me acuerdo en que fecha, como en el año 1997 pero no tengo exacta la fecha, por lo tanto **se le siguió vendiendo mediante un acto administrativo que llama resolución de gerencia (...)** PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si tiene conocimiento si en el año 2000 se hubiese celebrado un contrato con la Industria de Licores del Valle y la firma A. ROMERO TRADING CORPORATION, en caso positivo cuál era su objeto, término de duración o plazo y demás estipulaciones legales? CONTESTO: **Como contrato jurídicamente pues no podría decir que hubiese un contrato, se que existía una resolución de gerencia para poder venderle a la firma A. ROMERO TRADING CORPORATION** y esta firma fue la distribuidora hasta el momento de desvincularme de la Industria, de los productos en el mercado de los Estados Unidos. (...) PREGUNTADO: Sabe usted si de acuerdo con las políticas de la Industria de Licores del Valle la venta de licor con destino al exterior, siempre requería sin excepción alguna contrato solemne? CONTESTO: No siempre porque las ventas por fuera del territorio del Valle del Cauca se podían realizar o le daban potestad a la gerencia para realizarlas mediante resolución de gerencia (...) PREGUNTADO EL TESTIGO POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDADA: Sírvase informar al Despacho a partir de qué momento se le vende a la compañía ROMERO TRADING CORPORATION a través de la figura de resoluciones administrativas y cuál fue el motivo? CONTESTO: A partir del momento en que se venció un contrato de distribución que existía, creo que fue a partir del año 1997, no estoy seguro, a partir de ese momento se le empezó a vender a través de resolución de gerencia. (...) CONTESTO: El tema de las ventas para el mercado de los Estados Unidos fue llevado a Junta Directiva cuyo presidente era el Dr. BONILLA, lo que yo puedo afirmar es que la Junta Directiva le dio instrucciones al Gerente de ese entonces Dr. JAMES MURILLA de que no fuera a firma ningún contrato (...) PREGUNTADO: De manera precisa solicito sirva contestar si conoció entre el periodo en que se venció el contrato a que usted ya hizo mención hasta que salió, si hubo algún tipo de negociación con la empresa A. ROMERO TRADING para renovar el contrato? CONTESTO: Si tuve conocimiento de que se quería legalizar mediante un contrato la distribución de los licores para el mercado de los Estados Unidos con lo cual le garantizaba al distribuidor estabilidad financiera y comercial para poder realizar su gestión. PREGUNTADO: Ha manifestado usted que en el acta No. 001 tantas veces mencionada se establecían unas condiciones de distribución a partir del año 2000 en adelante, revisada esa acta establece como plazo inicial de 90 días fecha de facturación, sírvase aclararnos esta situación? CONTESTO: El plazo que me pregunta se refiere al plazo para el pago de los pedidos que se le despacharan a partir del año 2000, es decir, es un plazo para el pago de la facturación. PREGUNTADO: En esa misma acta se expresa en la parte final ‘se revisará entre las partes contrato a cinco años’ a qué se refiere esta expresión en dicha acta?

CONTESTO: Como lo expresé anteriormente, que tenía conocimiento de que se venía hablando de garantizarle al distribuidor un contrato en firme que le permitiera tener tranquilidad de que él pudiera invertir un capital al igual que la Industria y que por motivos políticos en algún momento le quitaran su contrato y lo afectaran económicamente” (fls. 7 a 13, c. 2 – negrillas adicionales)

Así las cosas, para la Sala no queda duda de que entre las partes no existió un contrato de distribución y mucho menos que el acta 01 de 2000 recogiera un acuerdo contractual entre la sociedad A. Romero Trading Corporation y la Industria de Licores del Valle, sino que su relación estaba estrictamente limitada a lo que las resoluciones de gerencia autorizaban; al respecto, resulta ilustrativo el testimonio de María Victoria Cruz Rivera, Subgerente de Control Interno de la Industria de Licores del Valle, quien dijo (se transcribe igual al original):

“Cuando yo llegué a la Industria de Licores del Valle aproximadamente en el año 85/86, no tengo bien claro esa fecha, comenzaron las relaciones comerciales específicamente con MIGUEL URIBE porque él llegó muy interesado en distribuir los productos nuestro en los Estados Unidos, como yo estaba como funcionaria del área de mercadeo en ese momento pues me tocó prácticamente iniciar con el señor MIGUEL de acuerdo con los parámetros establecidos por la gerencia, iniciar venta después de haber cumplido con unos requisitos de conocimiento de distribución y de existencia de la empresa de ellos por intermedio de un acto administrativo que se llama resolución de gerencia, **esas resoluciones de gerencia se hacían en la medida en que el distribuidor nos enviaba el pedido cada resolución de gerencia era valida por el pedido que se hiciera, es decir, en la medida en que ellos hacían los pedidos por escrito se elaboraba una resolución de gerencia que tenía validez como dije anteriormente por una sola vez.** Así se estuvo un tiempo que no recuerdo exactamente y se empozó posteriormente a hablar sobre la elaboración de un contrato con todas las legalidades y una duración para asegurar ellos lógicamente su distribución y fue como en el año 1989 si no estoy mal se firmó contrato de distribución con el señor URIBE, este contrato con varias modificaciones que se le hicieron se terminó finalmente en el año 1998, como los señores URIBE, ya en este caso A. ROMERO TADING siguieron interesados en la distribución de productos de l Industria en los Estados Unidos y **mientras se establecían los criterios tanto de comercialización como leales de acuerdo a un pedido que hicieron ellos para los Estados Unidos se elaboró resolución de gerencia como soporte para la venta de los productos y así en el transcurso de varios pedidos se siguieron haciendo resoluciones de gerencia que tenían valides por una sola vez.** PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si en el año 2000 la Industria de Licores del Valle celebró un contrato con la empresa A. ROMERO TRADING CORPORATION, para la distribución de sus productos

en los Estados Unidos, en caso positivo sírvase expresar cuál era la naturaleza de ese contrato, cuál su objeto y término de duración? CONTESTO: No, que yo conozca no. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si tiene conocimiento las razones por las cuales la Industria de Licores del Valle no suscribía contratos para la distribución de sus productos y cual era el fundamento entonces de las llamadas resoluciones de gerencia para la venta de dichos productos? CONTESTO: Como estrategia comercial y para efectos en ese momento de conocer y de vincular una distribución o un distribuidor que llenara las expectativas de la Industria de Licores del Valle para llegar con sus productos a diferentes mercados, se empieza la relación comercial mientras se definen los términos de contratación con ventas por resoluciones de gerencia por una sola vez, con esto la Industria de Licores del Valle da un tiempo prudencial para realmente elegir la distribución que le de mejores frutos para poner los productos en el mercado. (...) PREGUNTADO EL TESTIGO POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDADA: A partir de qué momento y por qué motivo se le vende a la empresa A. ROMERO TRADING a través de resoluciones administrativas? CONTESTO: Se le empezó a ver a A ROMERO TADING por resoluciones de gerencia por que el contrato ya se había vencido y entonces se le empezó a vender por resoluciones de gerencia. **PREGUNTADO: A quienes se les venden a través de esta modalidad de resoluciones administrativas de gerencia? CONTESTO: Las resoluciones de gerencia son actos administrativos que sirven de soporte legal cuando no existe un contrato con todas las legalidades y son establecidas por una sola vez**, en este caso por pedido, indistintamente si es para el interior del país o para el exterior, como ya contractualmente la distribución exclusiva para dentro del país se está trabajando con resoluciones de gerencia para solicitudes para fuera del país y San Andrés y providencia que quedaron por fuera de la distribución nacional (fls. 14 a 18, c. 2 – se resalta).

En conclusión, de la costumbre operante entre la partes (venta por resolución) no puede desprenderse la existencia de contrato alguno entre éstas, según lo visto, pues, de la propia actitud del actor, se evidencia que tenía claro que la negociación del contrato no había fructificado y que cada venta era independiente. Tan es así, que no formuló ningún reparo a las resoluciones con las que se autorizó la venta, sino que les dio cumplimiento.

Pretender ahora que el acta 01 constituye un contrato desconoce el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y que, a su vez, inspira la denominada teoría de los actos propios o venire contra factum proprium, que rechaza aquellas actuaciones que contravienen o contradicen una manifestación

de voluntad expresada anteriormente por una persona y que implican la asunción de una posición contradictoria en relación con esa anterior declaración.

Esta teoría aplica para obligar a acatar el acto a quien con su comportamiento tolera, admite, consiente o, de alguna manera, conviene cierta regla, pacto o consecuencia lícita, prohibiéndole que la discuta luego, con fines de desatenderla, pues, un comportamiento así es reprochable, porque desdice de la seriedad que tiene la voluntad expresada en los negocios jurídicos, lo cual es un valor que el ordenamiento, tanto público como privado, protege a través de los jueces. En el *sub lite* no resulta coherente que la parte actora acepte las ventas por resolución y luego pretenda que de ellas se derive la existencia de un contrato.

Sumado a lo anterior, se observa, que para que la Industria de Licores del Valle del Cauca pudiera suscribir el mencionado contrato de distribución, tenía el deber de observar el principio de transparencia que debe imperar en la contratación pública, consagrado en la ley 80 de 1993, en virtud del cual la suscripción del contrato debía estar precedida de un proceso de licitación o concurso público o de un proceso de contratación directa.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”³⁷.

En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo “hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, (sic) la Administración está en el deber

³⁷ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”³⁸.

Por su parte, la contratación directa, también sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, era permitida para este caso específico por tratarse de una actividad que estaba íntimamente ligada con el objeto de la Industria de Licores del Valle. El artículo segundo del decreto 855 de 1994 dispone que:

“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”.

En este sentido, esta Sala ha reiterado que “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”³⁹; en consecuencia, el desconocimiento de los principios - en especial del principio de transparencia- está expresamente prohibido en el ordinal 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, en virtud del cual “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, **les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto**”.

Ahora, conforme al principio de transparencia, se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “*sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés*”⁴⁰, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto, de lo contrario, se desconocerían los principios de igualdad e imparcialidad.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez;

³⁹ Sentencia 15324, ya citada.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección A, sentencia del 12 de marzo de 2009, expediente 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07), C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Ahora bien, los contratos que se celebren desconociendo el procedimiento previo de licitación pública o de contratación directa están viciados de nulidad absoluta, debido al desconocimiento del mandato imperativo para la selección del contratista, violando, en consecuencia, la “prohibición general que contiene el numeral (sic) 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas”⁴¹.

Así las cosas, de llegar a considerarse que el acta 01 del 7 de enero de 2000 es un contrato de distribución, el mismo estaría viciado de nulidad absoluta, por no haberse adelantado el procedimiento previo de licitación pública o de contratación directa, ya que de los medios probatorios aportados al proceso no se observa que se haya hecho invitación para contratar, ni que se hubiera emitido pliego de condiciones.

Lo anterior es indicativo, una vez más, de que la real intención de la Industria de Licores del Valle no era la de celebrar un contrato de distribución mediante el acta 01 de 2000, ya que no adelantó el debido proceso de selección del contratista, el cual, por demás, tenía claro que debía surtir, según su comunicación del 21 de julio de 2000 (ver 4.3.2.24).

Así las cosas, se revocará la sentencia apelada para negar las pretensiones de la demanda.

3.- Condena es costas

La parte demandada solicitó que se condenara en costas a la actora; sin embargo, no se observa que haya sido temeraria la conducta asumida ésta, por lo cual no se impondrá condena en costas, ya que su actuar no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

FALLA:

Revócase la sentencia proferida el 16 de marzo de 2005 por la Sala de Descongestión para los Tribunales del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño; en su lugar, se dispone:

1.-Niegánse las pretensiones de la demanda.

2.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA