

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Magistrado Ponente: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL N° 1.

REFERENCIA:	ACCIÓN CONTRACTUAL - INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS
DEMANDANTE:	MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN.
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DEL META.
RADICACIÓN:	50001-23-31-000-2000-40460-00

I. AUTO

Procede la Sala a resolver el incidente de liquidación de perjuicios promovido por la apoderada de la parte actora, de conformidad con lo ordenado en la sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, el 28 de agosto de 2014¹.

II. ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN en calidad de gerente, en nombre y representación del establecimiento de comercio ESTANCO LLANO Y SELVA por conducto de apoderado judicial, presentó demanda de acción contractual contra el DEPARTAMENTO DEL META y la EMPRESA LICORERA DEL LLANO, solicitando la declaración de nulidad de la resolución No. 0400 de 09 septiembre de 1999, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato de distribución exclusiva de licores celebrado el 28 de diciembre de 1998, asimismo se declare la nulidad de la resolución No. 0422 de 01 de octubre de 1999, por medio de la cual se confirmó lo contenido en la resolución anterior y como consecuencia se condenara a las demandadas a pagar a favor de la demandante por concepto de indemnización, con ocasión de la declaratoria de caducidad suscrito por las partes.

Agotados todos los trámites procesales al interior del proceso, el Tribunal Administrativo del Meta, el 05 de junio de 2009² profirió sentencia de primera instancia, declarándose inhibida para resolver de fondo por inexistencia del demandante.

Posteriormente y dentro del término de ejecutoria de la providencia mencionada, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido ante el Consejo de Estado, Sección Tercera, quien profirió sentencia el 28 de agosto de 2014, revocando la decisión del *a quo* y en su lugar, accediendo parcialmente a las pretensiones de

¹ Fólios 321 al 370 del cuaderno del Consejo de Estado.

² Fólios 249 al 270 del cuaderno del Consejo de Estado.

Acción: Incidente de Liquidación de Perjuicios
Expediente: 50001-23-31-000-2000-40460-00
Asunto: Resuelve Incidente
AH

la demanda, la cual fue corregida mediante auto del 12 de noviembre de 2014³, en los siguientes términos:

"(...) REVOCAR la sentencia proferida el 5 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Meta, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar se dispone:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 0400 del 9 de septiembre de 1999 mediante la cual la Empresa Licorera del Meta declaró la caducidad administrativa del Contrato de Distribución Exclusiva de Licores para el Departamento del Guaviare suscrito el 28 de diciembre de 1998 con la señora María del Carmen Isaza de Pinzón.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 0422 del 1 de octubre de 1999 mediante la cual la Empresa Licorera del Meta, confirmó la anterior decisión.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONSÉNASE** en abstracto al DEPARTAMENTO DEL META a pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN, a título de indemnización de perjuicios materiales, el monto de la utilidad que tenía derecho a obtener con la ejecución del contrato de distribución exclusiva de licores para el departamento del Guaviare, celebrado el 28 de diciembre de 1998 con la Empresa Licorera del Meta por el tiempo en que el mismo se dejó de ejecutar.

CUARTO.- CONDÉNASE en abstracto al DEPARTAMENTO DEL META a pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN, a título de indemnización de perjuicios materiales, el monto de la utilidad del contrato de distribución exclusiva de licores para el departamento del Guaviare, celebrado el 3 de febrero de 1997 entre la Empresa Licorera del Meta y María del Carmen Isaza de Pinzón, suma que deberá multiplicarse por el término de cinco años que duró la inhabilidad para contratar con el Estado.

QUINTO.- CONDÉNASE al DEPARTAMENTO DEL META a reintegrar a la señora MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN, la suma de dinero pagada a la entidad demandada por concepto de cláusula penal pecuniaria, únicamente en caso de que se demuestre su desembolso.

SEXTO.- Todo lo anterior deberá atender estrictamente a los lineamientos trazados en la parte considerativa de la presente providencia.

"La interesada deberá promover el respectivo incidente ante el Tribunal de primera instancia, dentro de la oportunidad temporal prevista por el artículo 172 del C.C.A".

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Sin condena en costas (...)"

III. TRÁMITE DEL INCIDENTE

La apoderada de la parte actora, de conformidad con la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, para dar cumplimiento a la condena en abstracto, presentó el 06 de abril de 2015 memorial contentivo del incidente de liquidación de perjuicios materiales.

Ante esta circunstancia, este Tribunal procedió a correr traslado del incidente a la entidad demandada, por el término de tres (3) días, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del Art. 137 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo (Fls. 48-49 Cdo. Incidente).

³ Folios 374 al 381 del cuaderno del Consejo de Estado.

En este sentido, comoquiera que la parte incidentada guardó silencio, este Tribunal de conformidad con el Art. 137 C.P.C., mediante auto de fecha 18 de noviembre de 2016⁴, procedió a abrir etapa probatoria en el presente asunto decretando como pruebas, además de los documentos allegados con el incidente y la demanda, el dictamen pericial solicitado.

Asimismo, el auxiliar de justicia nombrado y posesionado según constancia del 19 de enero de 2017 (Fls. 53 Cdno. Incidente), el 08 de febrero de la misma anualidad⁵ allegó el dictamen en el cual se discrimina la liquidación por perjuicios materiales causados a la señora MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN; por consiguiente, mediante proveído del 17 de febrero de 2017 se procedió a correr traslado a las partes del dictamen pericial (Fl. 87 Cdno. Incidente), por el término de tres (3) días, con la finalidad de que se pronunciaran al respecto, ya sea solicitando que el mismo fuese aclarado, complementado o proponiendo objeciones.

En ese sentido, previa solicitud de aclaración y complementación del dictamen presentado por el perito, mediante escrito radicado el 02 de mayo de 2017 el auxiliar de justicia allegó la complementación de la experticia con sus respectivos anexos⁶, de cual mediante auto del 26 de mayo de 2017⁷ se corrió traslado del mismo a las partes por el término de tres (3) días, de conformidad con el artículo 238, numeral 4 del C.P.C., a fin de que lo objetaran por error grave de considerarlo necesario, sin embargo, las partes guardaron silencio.

Agotada la etapa probatoria, y teniendo en cuenta para ello que las pruebas decretadas fueron practicadas, procede la Sala a decidir de fondo el asunto materia de análisis.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente este Tribunal para resolver el incidente de liquidación de perjuicios, como quiera que conoció el proceso en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 132 y el 172 del Código Contencioso Administrativo.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala resolver como problema jurídico el siguiente cuestionamiento:

¿La parte actora logró acreditar las circunstancias fácticas necesarias para establecer el *quantum* del perjuicio material, de conformidad con la condena en abstracto de la sentencia del 28 de agosto de 2014 proferida por el Consejo de Estado?

3. Caducidad del Incidente de Liquidación de Perjuicios

Al respecto, el Código Contencioso Administrativo, a través de su artículo 172 reguló lo concerniente al trámite de las condenas que se realicen en abstracto, al disponer:

⁴ Folio 51 Cdno. No. 1 del incidente

⁵ Folios 54-86 *ibidem*

⁶ Folios 94 Cdno No. 1 al 607 Con No. 3 del incidente.

⁷ Folio 608 Cdno No. 3

"ARTÍCULO 172. Modificado por el art. 56, Ley 446 de 1998 Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación." (Subrayado por la Sala).

En consideración a lo expuesto y teniendo de presente que la parte interesada tiene el deber de proponer el incidente de liquidación de perjuicios dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de notificación del auto de obediencia del superior (hipótesis aplicable al *sub examine*), observa la sala que dando cumplimiento a lo dispuesto en el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia del 28 de agosto de 2014⁸ proferida por el H. Consejo de Estado y teniendo en cuenta que mediante proveído del 24 de marzo de 2015⁹ esta corporación profirió auto de obediencia del superior, la apoderada de la parte demandante presentó escrito de incidente de liquidación de perjuicios materiales el 06 de abril de 2015.

En este sentido, se evidencia que el incidente de liquidación de perjuicios –materiales– fue presentado dentro del término fijado en la Ley para tal efecto.

4. Marco Jurídico

4.1. Incidente de liquidación de perjuicios.

El Código Contencioso Administrativo en el artículo 172, en cuanto al trámite, posición y efectos del incidente, realiza una remisión expresa al artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala:

"ARTÍCULO 137. PROPOSICION, TRÁMITE Y EFECTO DE LOS INCIDENTES. *Los incidentes se propondrán y tramitarán así:*

1. El escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funden y la solicitud de las pruebas que se pretenda aducir, salvo que éstas figuren ya en el proceso.

Al escrito deberán acompañarse los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del peticionario.

2. Del escrito se dará traslado a la otra parte por tres días, quien en la contestación pedirá las pruebas que pretenda hacer valer y acompañará los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.

3. Vencido el término del traslado, el juez decretará la práctica de las pruebas pedidas que se considere necesarias y de las que ordene de oficio, para lo cual señalará, según el caso, un

⁸ Folios 321- 370 Cuaderno del Consejo de Estado.

⁹ Folio 10 Cuaderno Acción contractual No. 2.

término de diez días o dentro de él, la fecha y hora de la audiencia o diligencia; no habiendo pruebas que practicar, decidirá el incidente.

4. *Por regla general los incidentes no suspenden el curso del proceso, pero la sentencia no se pronunciará mientras haya alguno pendiente, sin perjuicio de los que se deban resolver en ella y de lo dispuesto en los artículos 354 y 355.*

5. *Sobre la procedencia de las apelaciones que se interpongan en el curso de un incidente, se resolverá en el auto que conceda la apelación que se interponga contra el auto que decida el incidente. Si no se apela éste, aquéllas se tendrán por no interpuestas”.*

Así las cosas y teniendo de presente que el incidente propuesto reunió los requisitos legales establecidos en el artículo 172 del C.C.A. y 137 del C.P.C., el Tribunal Administrativo del Meta le impartió el trámite correspondiente, incorporando como prueba los documentos allegados con la demanda, el incidente y el dictamen pericial solicitado por la incidentante, el cual fue presentado por el perito designado.

4.2. Perjuicio material

Como se ha indicado doctrinalmente, los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o el interés de naturaleza económica, es decir, son medibles o mensurables en dinero.

En ese efecto, respecto de los perjuicios en materia contractual, en sentencia del 09 de mayo de 2011 el Consejo de Estado¹⁰, señaló:

“Para la Sala no cabe duda que los actos irregulares de la administración, realizados con ocasión de la actividad contractual, pueden producir perjuicios de índole material e incluso moral, y que en tal evento el derecho a ser indemnizado no admite discusión.

(...)La Sala considera que la sola declaración de caducidad de un contrato, que luego es anulada, genera un daño indemnizable, como lo plantea la parte actora. Sin embargo, esto no significa que la pérdida de la oportunidad no deba satisfacer un nivel mínimo de certeza sobre su ocurrencia, porque necesariamente se debe demostrar que los supuestos de la ocasión se configuran”.

Por otra parte, respecto del daño como generador de perjuicios, el Consejo de Estado, en su Sección Tercera ha señalado que:

“Una cosa es la causación del daño y otra bien distinta el quantum del perjuicio irrogado. El daño antijurídico en este tipo de eventos se concreta cuando, a pesar de haber presentado la mejor, la más favorable y la más conveniente de las ofertas para los intereses de la entidad pública, se priva al oferente del derecho a ser adjudicatario del proceso de selección. Ese daño es generador de perjuicios que deben ser indemnizados y que consisten, fundamentalmente, en la pérdida de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato; no obstante, puede suceder que el demandante no haya acreditado el quantum del perjuicio, pero ello no implica que el daño antijurídico no se haya causado o que éste no tenga vocación indemnizable...”¹¹

En lo que se refiere a su determinación, en reciente sentencia del 25 de mayo de 2017, el Consejo de Estado, sostuvo que:

¹⁰ Subsección C, Sección Tercera, exp. 18048, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

¹¹ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 16 de agosto de 2012, exp. 19216, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera

"(...) la Sala considera que es innegable que la causa principal de la cesación de ejecución del contrato es la declaratoria de caducidad, pues esta implicó su terminación en el estado en que se encontraba. Por tanto, la anulación de la caducidad implica que debe indemnizarse al demandante, pero no por el valor del contrato que restaba por ejecutarse, sino por el valor de la utilidad esperada por el contratista".¹²

Ahora bien, en el caso *sub juice* el H. Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia indicó que no le asiste duda en cuanto a la causación del perjuicio, puesto que la declaratoria de caducidad del contrato de distribución exclusiva de licores producidos por la Empresa Licorera del Llano, produjo a modo de consecuencia, la ruptura del vínculo contractual desde el momento en que se adoptó la decisión de nulidad, así mismo, sustrajo a la contratista, el derecho que ésta tenía de obtener en relación a la utilidad esperada por el plazo que faltó para su vencimiento.

En ese efecto, la parte actora solicitó la indemnización de perjuicios materiales respecto al término restante del contrato ilegalmente caducado, es decir, el monto de utilidad al que hace referencia el Máximo Tribunal Contencioso en el numeral tercero de la providencia del 28 de agosto de 2014 y al que tenía derecho de obtener la incidentante con la ejecución del convenio celebrado el 28 de diciembre de 1998, asimismo, petición la utilidad por pérdida de oportunidad sufrido como consecuencia de la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco años.

De otra parte, respecto de la cláusula penal, la cual constituye una tasación anticipada de perjuicios en virtud de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento del contrato, el Consejo de Estado en providencia de segunda instancia, resolvió condenar al Departamento del Meta a reintegrar el dinero correspondiente por éste concepto, siempre y cuando se demostrara que la parte actora hubiese realizado su desembolso. Sin embargo y como quiera que la señora María del Carmen Isaza no solicitó el reconocimiento de éste en el escrito de incidente de liquidación de perjuicios ni se comprobó que la incidentante hubiese realizado dicho pago, la Sala se abstendrá de reconocer lo referente a la cláusula penal pecuniaria.

Así las cosas, corresponde a la Sala decidir si es posible valorar en concreto los perjuicios materiales, respecto del monto de utilidad al que tenía derecho a percibir la señora MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN, conforme a los lineamientos señalados en la sentencia de segunda instancia.

5. Parámetros ordenados por el Consejo de Estado

Como quiera que el Consejo de Estado en la decisión de segunda instancia condenó en abstracto al Departamento del Meta, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, indicó ciertos lineamientos a fin de iniciar el incidente de liquidación de perjuicios ante esta Corporación.

Respecto del monto de utilidad y del perjuicio por la pérdida de oportunidad, conceptos que deben reconocerse a MARÍA DEL CARMEN ISAZA DE PINZÓN, indicó:

"(...)2.- Teniendo en cuenta que de los contratos y documentos que reposan en el plenario no es posible derivar el porcentaje de utilidad que arrojó la ejecución del contrato de distribución de licores celebrados el 3 de febrero de 1997 y el 28 de diciembre de 1998 y dada

¹² Subsección B, Sección Tercera, exp. 35957-A, M.P. Danilo Rojas Betancourth

la condición de comerciantes que ostenta la demandante María del Carmen Isaza de Pinzón, propietaria del establecimiento de comercio Estanco Llano y Selva, en observancia de los artículos 19, 48 y 53 del Código de Comercio, estatuto que regula su actividad, surge con claridad la obligación que le asiste de llevar su contabilidad en la forma que allí se señala, de suerte que será con apoyo en los soportes contables que habría de llevar la comerciante María del Carmen Isaza de Pinzón, con base en los cuales, dentro del correspondiente incidente de liquidación de perjuicios, se determine el monto de las utilidades que se habían generado desde el inicio de la ejecución contractual hasta la declaratoria de caducidad, valor cuyo promedio deberá ser proyectado por los 15 meses siguientes en que no fue posible su explotación por causa de acto ilegal que se anula.

La anterior suma deberá actualizarse con base en el índice de precios al consumidor certificados por el DANE, desde la fecha en que se habría de culminar el plazo contractual (1 de enero de 2001) hasta la fecha de la providencia de regulación de honorarios

Igual suerte correrá el monto del perjuicio por concepto de pérdida de oportunidad derivado de la inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco años, el cual se establecerá con apoyo en los documentos contables de la contratista directamente relacionados con la ejecución del contrato de distribución celebrado el 3 de febrero de 1997 entre la señora María del Carmen Isaza de Pinzón y la Empresa Licorera del Meta (fls 40-47 c1), valor que deberá ser actualizada en la misma forma antes señalada, desde en que cobró firmeza la declaratoria de caducidad del contrato (octubre de 1999) hasta la fecha de la providencia que decida el incidente de regulación de perjuicios, la suma obtenida como utilidad, a su turno se multiplicará por los cinco años durante los cuales se prolongó la inhabilidad de la demandante.

3.- Las sumas que se reconocerán en los dos casos anteriores se calcularán exclusivamente sobre el concepto de utilidad, es decir sin tener en cuenta rubros de administración e imprevistos por cuanto estos conceptos no están llamados a reconocerse". (Resaltado de la Sala).

Señala el artículo 19 del Código de Comercio:

«OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. Es obligación de todo comerciante:

- 1) Matricularse en el **registro mercantil**;
- 2) Inscribir en el registro mercantil todos los **actos, libros y documentos** respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;
- 3) **Llevar contabilidad regular** de sus negocios conforme a las prescripciones legales;
- 4) Conservar, con arreglo a la ley, la **correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades**;
- 5) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, y
- 6) Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal» (Negrilla de la Sala).

Respecto de la conformidad de libros a las normas comerciales, indica el artículo 48 del código mercantil: "Todo comerciante conformará su **contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general**, a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia. Dichas normas podrán autorizar el uso de sistemas que, como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia..." (Negrilla de la Sala).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 53 de la norma *ibídem*, haciendo referencia a los comprobantes de contabilidad, las operaciones mercantiles y las demás que puedan influir en el patrimonio del comerciante, se deben asentar en orden cronológico.

De otra parte, indica el artículo 125 que los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubiesen asentado los comprobantes, dichos libros se debe llevar necesariamente, además de asentar en orden cronológico las operaciones por cada cuenta, para establecer sus movimientos débito y crédito, así mismo para determinar

la propiedad del ente, el movimiento de los aportes de capital y las restricciones que pesen sobre ello.

De conformidad con el artículo 271 del Código de Comercio, los libros hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados conforme a los preceptos legales, de ésta forma tendrían fuerza probatoria en los procesos judiciales.

Así las cosas, y como quiera que a la incidentante le asiste obligación de llevar su contabilidad por ser comerciante, con base en los anteriores preceptos y los libros y documentos mencionados anteriormente, correspondería a esta Sala determinar los respectivos montos de utilidad.

Además, se colige que en el dictamen decretado, se debía no sólo determinar el monto de utilidad que arrojó los contratos de distribución de licores, tanto del celebrado en 1997 como del suscrito en 1998, sino también los imprevistos y rubros de administración, es decir los gastos concernientes al pago de salario de sus empleados, cánones de arrendamiento, servicios públicos, transporte de mercancía, entre otros.

6. Documentos aportados por la incidentante

Evidencia la Sala, que la incidentante aportó como pruebas documentales una relación de facturas de compras y ventas generadas durante los años 1997, 1998 y 1999 efectuados por la señora María del Carmen Isaza con el cálculo de utilidades neta,¹³ facturas de compra de los productos elaborados por la Empresa Licores del Meta, soportes y facturas de venta de efectuadas por el establecimiento de Comercio ESTANCO LLANO Y SELVA correspondiente a los años 1997¹⁴, 1998¹⁵ y 1999¹⁶, así mismo incorporó las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas IVA de las mencionadas anualidades y las declaraciones de renta únicamente de los años gravables 1998 y 1999.¹⁷

No obstante, no son los libros de contabilidad y comercio requeridos, sin embargo, cabe resaltar que estos tienen fuerza probatoria cuando justamente se llevan de conformidad con las disposiciones legales comerciales, más aún cuando estos se exhiben entre comerciantes dentro de un proceso litigioso.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-062 de 2008, manifestó:

"Debe aclararse, en primer lugar, que el valor probatorio de los libros de comercio opera de manera plena en las relaciones entre comerciantes. De allí que el artículo 69 del Código de Comercio precise que, en las cuestiones mercantiles con personas no comerciantes, los libros son principio de prueba, que puede ser complementado con otras pruebas legales.

Hecha esta salvedad, el principio general previsto en el artículo 68 del estatuto comercial indica que los libros son plena prueba entre comerciantes".

¹³ Folios 11-17 Cdo 1 Incidente. Liq. perjuicios

¹⁴ Anexo 2

¹⁵ Anexo 3

¹⁶ Anexo 1

¹⁷ Anexo 4

Si bien es cierto, la incidentante ostenta la calidad comerciante, le asiste la obligación de llevar la contabilidad en debida y legal forma, así las cosas y siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado en segunda instancia debió anexar la totalidad de la documentación que le era exigible como comerciante.

Ahora bien, aunque los documentos aportados con la solicitud de liquidación de perjuicios podrían considerarse soportes contables, éstos no constituyen en realidad la totalidad de la contabilidad exigida por el Consejo de Estado en providencia del 28 de agosto de 2014, que se debían tomar para establecer la respectiva utilidad neta.

7. La prueba pericial

Mediante auto del 18 de noviembre de 2016 se decretó el dictamen pericial para que con base en lo parámetros establecidos en las consideraciones de la sentencia del Consejo de Estado, se determinará los perjuicios materiales causados a la demandante, para lo cual se designó al perito ARNOLDO ARJONA LÓPEZ.

El auxiliar de justicia rindió dictamen el 08 de febrero de 2017, en el cual previo a realizar el cálculo para determinar la utilidad dejada de percibir por la incidentante al que tenía derecho a obtener y el monto de utilidad por la pérdida de inhabilidad de 5 años, hizo una relación de los documentos en que se basó para presentar su experticia, enunciando las facturas de venta y compra efectuadas durante los años 1997, 1998 y 1999, indicando los productos y su respectivo valor de acuerdo a la cantidades solicitadas y vendidas por el establecimiento de comercio "Estanco Llano y Selva" a sus respectivos clientes.

Con el fin de establecer la utilidad que tenía derecho a obtener la señora María del Carmen Isaza de Pinzón con la ejecución del contrato de distribución exclusiva de licores para el departamento del Guaviare, celebrado el 28 de diciembre de 1998 con la Empresa Licorera del Meta por el tiempo en que el mismo se dejó de ejecutar, el auxiliar de justicia realizó la siguiente cuantificación:

INGRESOS Estanco Llano y Selva de enero a agosto de 1999	\$160.582.238,00
COMPRAS Empresa Licorera del Meta de enero a agosto de 1999	\$100.143.552,00
Utilidad de enero a agosto	\$60.438.686,00
Utilidad promedio mensual: \$60.438.686,00/8 meses	\$7.554.835,75

Como quiera que el contrato habría de vencerse el 01 de enero de 2001, faltando para ello, 15 meses y 23 días, el perito realizó la proyección por el plazo faltante para su ejecución, así:

Valor utilidad de los 15 meses X \$7.554.835,75	\$113.322.536,30
Valor utilidad de los 23 días: \$7.554.835,75/30=\$251.827,86 x 23	\$5.792.040,74
TOTAL UTILIDAD	\$119.114.577,04

Ahora bien, para la actualización de la suma, el perito estableció la siguiente fórmula:

$$VA = (VH) * \frac{IPCF}{IPCI}$$

Acción: Incidente de Liquidación de Perjuicios
Expediente: 50001-23-31-000-2000-40460-00
Asunto: Resuelve Incidente
AH

Así las cosas, el auxiliar de justicia aplicó el IPC de enero de 2001, anualidad en la que se ejecutaría el contrato y por IPC final, el índice de diciembre de 2006, teniendo el valor de **\$253.667.712,46** correspondiente a la actualización indexada.

De otra parte, para determinar el monto del perjuicio por la pérdida de oportunidad derivada de la inhabilidad de contratar por cinco (05) años, tuvo en cuenta, conforme lo indicó el Consejo de Estado, el contrato de distribución exclusiva de licores para el departamento del Guaviare, celebrado el 3 de febrero de 1997, extrayendo el monto de la utilidad, así:

INGRESOS de marzo a diciembre de 1997	\$112.846.320,00
INGRESOS de enero a diciembre de 1998	\$169.433.424,00
TOTAL INGRESOS	\$282.279.744,00
COMPRAS de marzo a diciembre de 1997	\$66.844.626,00
COMPRAS de enero a diciembre de 1998	\$103.465.660,00
TOTAL COMPRAS	\$170.310.286,00
Total ingresos 1997 y 1998	\$282.279.744,00
Total compras 1997 y 1998	\$170.310.286,00
UTILIDAD	\$111.969.458,00

De lo anterior, actualiza la utilidad aplicando el IPC certificado por el DANE, teniendo en cuenta la fecha de la declaratoria de caducidad del contrato objeto del litigio, esto es, en septiembre de 1999, hasta la fecha del mes anterior en que rindió el dictamen, obteniendo el valor de **\$265.610.320,23** indexado.

No obstante, como quiera que la inhabilidad fue de 5 años, la suma anterior la multiplicó por este término, estableciendo el valor de **\$1.328.051.061,17** como monto del perjuicio por la pérdida de oportunidad.

En ese sentido, concluye el auxiliar de justicia en su informe pericial que el total de perjuicios materiales causados a la fecha de presentación de su experticio, es la suma de mil quinientos ochenta y un millón setecientos diecinueve mil trescientos pesos con 63/100 (**\$1.581.719.313.63**).

7.1. De la solicitud de aclaración, adición y complementación del dictamen

Dentro del término de traslado de la experticia, tanto la apoderada de la parte incidentante como el apoderado del Departamento del Meta, elevaron solicitud de aclaración y complementación del dictamen en el sentido de que el perito determinara claramente la utilidad deduciendo de la misma los gastos de administración e imprevistos realizados por la parte actora; como quiera que los escritos se ajustaron a los términos previstos en los artículos 238 y 243 del CPC, mediante auto del 17 de marzo de 2017¹⁸ se accedió a la petición, de modo que el perito mediante escrito radicado el 02 de mayo de la misma anualidad allegó lo requerido con sus respectivos anexos, visible a folios 94 al 607 del cuaderno de incidente No. 1, 2 y 3.

Respecto de los documentos en que se basó para rendir su experticia, aclaró:

¹⁸ Folios 91-92 cuaderno No. 1 incidente

“... fue de la contabilidad que llevaba la actora María del Carmen Isaza de Pinzón –Estanco Llano y Selva; de donde se obtuvieron los soportes contables, que me sirvieron de apoyo, para poder determinar los perjuicios que ocasionó la Empresa Licorera del Meta, estos soportes contables son:

- Facturas de compras de la Empresa Licorera del Meta, con sus respectivos recibos de caja como respaldo de las compras adquiridas durante los años 1997, 1998 y 1999, respectivamente.
- Comprobantes de compras, pertenecientes al Establecimiento Estanco Llano y Selva...
- Las facturas de venta de dichos productos realizados por el establecimiento Estanco Llano y Selva...”

En cuanto a la determinación de la utilidad, explicó:

Siguiendo los lineamientos ordenados en la sentencia del 28 de agosto de 2014, se tuvo en cuenta:

Ingresos: las ventas de productos realizadas por el Establecimiento Estanco Llano y Selva – María del Carmen Isaza de Pinzón, durante los años 1997 y 1998.

Compras de producto: La compra de producto realizada durante los años 1997 y 1998 a la Empresa Licorera del Meta.

Finalmente, en relación con los gastos administrativos e imprevistos o rubros de administración, el auxiliar de justicia en reiteradas ocasiones señaló:

“... no se tuvo en cuenta dichos gastos e imprevistos, por cuanto estos conceptos no están llamados a reconocerse”.

Con las anteriores precisiones, procede la Sala a realizar la valoración del dictamen presentado por el auxiliar de justicia.

7.2. Valoración del dictamen

Para el efecto, se tiene que en el dictamen pericial aportado se logró establecer el monto de utilidad que se habría generado durante la ejecución del contrato de distribución de licores celebrado el 28 de diciembre de 1998, el cual se proyectó por el tiempo en que faltare para terminar el plazo de ejecución, esto es por 15 meses y 23 días.

Así mismo, se logró determinar la utilidad del contrato de distribución celebrado el 3 de febrero de 1997 del cual se debía proyectar el monto del perjuicio por la pérdida de oportunidad.

Sin embargo, dicha utilidad no sustrae los gastos en que incurrió la contratista, es decir los imprevistos y gastos de administración que no pueden ser entendidos como utilidad o ganancia dado que dichas expensas no hacen parte del patrimonio neto del Establecimiento Estanco Llano y Selva.

Además, el auxiliar de justicia para rendir su experticia no acogió los soportes contables que habría de llevar la señora María del Carmen Isaza de Pinzón que dada su calidad de comerciante le asistía la obligación de llevarlos, sino que se apoyó en documentos aportados

por ésta, es decir únicamente en las facturas de compra y de venta que la parte actora allegó con el escrito de incidente¹⁹.

Por lo anterior, la Sala se abstendrá de acoger el dictamen pericial puesto que no cumple con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia.

Se advierte en este punto, que a la Sala no le asiste duda de los perjuicios causados a la señora María del Carmen Isaza y en aras de resolver de fondo el asunto de la referencia, podría darle valor probatorio a los documentos aportados por la incidentante al haber acreditado en efecto que como con la ejecución del contrato suscrito en 1997 percibió una utilidad de éste, así mismo la hubiese percibido con el contrato celebrado en 1998 de no haber sido declarado su caducidad por parte la Empresa Licorera del Meta, sin embargo, de dichos documentos no es posible determinar lo referente a los gastos e imprevistos administrativos, como tampoco fue determinado por el auxiliar de justicia dentro del dictamen pericial, por tanto le correspondería a esta Corporación deducir dichos rubros de administración de acuerdo con las declaraciones de renta aportadas.

No obstante, se evidencia que si bien es cierto, la señora María del Carmen Isaza de Pinzón pactó la distribución exclusiva de licores elaborados por la Empresa Licorera del Meta en el contrato suscrito el 28 de diciembre de 1998, a folio 31 del Cuaderno No.1 de la acción contractual, se certifica que la incidentante no sólo se dedica a la mencionada actividad comercial sino también a la compra, venta y distribución de otros productos populares, agua, jugos y comidas rápidas.

De lo anterior se infiere que, en el establecimiento comercial "Estanco Llano y Selva" ubicado en el municipio de San José del Guaviare, se distribuía otros productos que por ende debían dejarle una determinada utilidad económica, como también incurrir en gastos e imprevistos para ello, es decir, que requiere del mismo personal laboral para distribuirlos y/o venderlos e incurre en los mismos servicios públicos, por consiguiente no sería factible aplicar una deducción de gastos sólo sobre la utilidad bruta percibida con el contrato de distribución de licores, cuando la señora María del Carmen Isaza ejercía otras actividades comerciales en el mismo establecimiento de comercio, de modo que las deducciones señaladas en las declaraciones de renta estipuladas corresponde a un balance general de las actividades que la incidentante ejercía.

Es evidente que la parte actora no logró acreditar ni aportó las pruebas necesarias para establecer el *quantum* del perjuicio material conforme a lo señalado en la condena en abstracto proferida por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2014.

En este punto, cabe resaltar que la Sala en anterior oportunidad decidió un asunto en el que concurrieron las mismas partes y se pretendió la liquidación de perjuicios a través de incidente, caso en el que allegaron similares pruebas pero que, por no ceñirse a lo expresado por el Consejo de Estado respecto de los libros contables, se les restó valor probatorio, indicando que:

"... concluye la Sala, que en el Sub judge para hallar la utilidad, necesariamente del concepto de ingresos operacionales por las ventas del licor que realizó la contratista, debe ser depurado el de gastos en que incurrió, tales como transporte de los licores

¹⁹ Anexos 1, 2, 3 y 4

hasta el Departamento del Vichada, salarios, arriendo, bodegaje, entre otros, expensas que no pueden ser entendidas como utilidad o ganancia dado que no iban a entrar al patrimonio neto el Establecimiento Llano y Selva

(...) En consecuencia, por ausencia probatoria, según las razones expuestas ya indicadas, no es posible determinar la utilidad referida por el Consejo de Estado como insumo indispensable para calcular la indemnización de perjuicios a favor de la demandante, por tanto esta será negada”²⁰.

Ahora bien, cabe señalar que el H. Consejo de Estado, en sentencia de segunda instancia, respecto de los gastos administrativos, resaltó:

3.- Las sumas que se reconocerán en los dos casos anteriores se calcularán exclusivamente sobre el concepto de utilidad, es decir sin tener en cuenta rubros de administración e imprevistos por cuanto estos conceptos no están llamados a reconocerse”. (Resaltado de la Sala).

De lo anterior, se colige que el *ad quem* hace referencia a lo que en la contratación estatal se conoce como A.I.U.²¹, siglas utilizadas especialmente en los contratos de construcción u obra pública, sin perjuicio de que pueda usarse en otros tipos de contratos, dependiendo de su naturaleza, dichas siglas por ende representan: 1.) Administración (A), los costos indirectos necesarios para el desarrollo de un proyecto, como honorarios, impuestos, costos del personal, entre otros, que permiten el funcionamiento del negocio, por ende se requiere ejecutar para poder ofrecer la disponibilidad del servicio; 2.) Imprevistos (I), corresponden a un porcentaje destinado a cubrir los gastos que surjan durante la ejecución del contrato pero que no fueron previstos; y 3.) Utilidad (U), es el beneficio económico o remuneración del contratista.

Frente al anterior aspecto, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia se ha pronunciado, permitiéndole al Juez calcular el A.I.U. en contratos donde no se haya establecido, ello en aras de garantizar y dar aplicación de la justicia material frente a la necesidad de indemnizar los perjuicios causados, indicando que:

“En aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por el contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor del AIU a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar, verbigracia en contratos de obra pública, sin embargo, en este caso no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial, se estima un porcentaje del 15% por AIU para la tipología contractual analizada, del cual se establece un 5% de utilidad, en consideración a las actividades que implicaban la puesta en marcha del contrato diseñado por las partes, en este caso, la adecuación de una sala de informática (con acometidas eléctricas, instalación de acondicionador de aire, reguladores de voltaje, mesas y sillas para computadores), suministro de computadores, mantenimiento preventivo y correctivo y asesoría”²² (Resaltado de la Sala).

Para el caso concreto, si bien es cierto el contrato bajo examen no es de naturaleza de la modalidad de construcción u obra civil, no está exento de darle aplicación a la noción conocida con las siglas AIU, y en aras de dar aplicación a la justicia material a efectos de indemnizar los perjuicios causados por los daños originados a la incidentante con la declaratoria de caducidad del contrato suscrito en 1998, por parte de la Empresa Licorera

²⁰ Providencia del 08 de febrero de 2017, Rad. 50001 23 31 000 2000 00467 00, M.P. Claudia Patricia Alonso.

²¹ Administración, Imprevistos y Utilidad

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2011, exp. 37500, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

del Meta, la Sala podría deducir el porcentaje de utilidad de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado.

Sin embargo, en el caso *sub judice*, no es posible realizar dicha deducción debido a la evidente incongruencia que resultaría de aplicar el 5% de utilidad a los ingresos y/o costos directos; (éstos últimos se demostraron con las pruebas aportadas y en el dictamen pericial), por cuanto, la diferencia resultante no concordaría con el 10% restante que debiera corresponder a los imprevistos y gastos de administración.

Adicionalmente, es de resaltar que el juez del incidente no puede apartarse de los lineamientos y directrices señalados por el Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia, salvo que esta sea imprecisa frente a los criterios dictados por ese Tribunal.

Por lo anterior y ante la ausencia probatoria e información y por no haber un parámetro comparativo frente a este tipo de contratos, esta Corporación negará la liquidación en razón a que no es posible determinar la utilidad neta, concepto indispensable para calcular la respectiva indemnización de perjuicios a favor de la incidentante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, sin más consideraciones:

RESUELVE

PRIMERO.- NIEGUESE la liquidación de perjuicios solicitados en el respectivo incidente por la parte actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

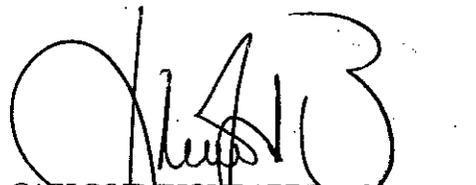
SEGUNDO.- En firme esta providencia, procédase con el archivo del expediente.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión del día veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), según consta en acta de sala No. 88 de la misma fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada


TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada


CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado