**PACTO ARBITRAL – Cláusula compromisoria – Obligatoriedad**

La Sección Tercera de esta Corporación unificó la jurisprudencia en torno al efecto jurídico que tiene la existencia de la cláusula compromisoria y/o el compromiso, y la imposibilidad de desconocer la falta de jurisdicción en el marco de un proceso contencioso administrativo bajo el argumento de una renuncia tácita de la cláusula compromisoria pactada por las partes, resulta imperativo dar trámite a la actuación, por haberse decidido en segunda instancia el conocimiento de la jurisdicción contenciosa de este asunto en particular. Insistir en el criterio jurisprudencial actual implicaría proceder contra providencia ejecutoriada y vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Reclamaciones o salvedades –Saneamiento**

Es posible concluir que las conductas presuntamente constitutivas de incumplimiento fueron saneadas a partir de los contratos modificatorios, donde se aceptaron sus efectos económicos por el contratista. Al respecto la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado: “En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…” Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes. Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”. En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Liquidación bilateral del contrato –Vinculante – Reclamación**

es preciso resaltar que la posición pacífica y reiterada de la Sección Tercera de la Corporación, apunta al carácter vinculante de la liquidación bilateral del contrato y la imposibilidad de formular reclamación judicial en relación con aspectos definidos por las partes en la misma liquidación, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento que haya quebrantado la manifestación de voluntad o por haberse consignado expresas salvedades frente a lo acordado como balance de cuentas. En tal sentido se ha considerado: “En reiterados pronunciamientos emanados de la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada se ha considerado que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser controvertido posteriormente por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); con todo, si en ese acto de liquidación bilateral, que es la única oportunidad para objetar su contenido, alguna de las partes deja expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna, es claro que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que hubiere sido motivo de inconformidad. Siguiendo esa línea de entendimiento, resulta menester advertir que el ejercicio de la acción contractual sólo puede dirigirse a controvertir aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, de tal forma que sobre aquellas otras materias respecto de las cuales no hubiere realizado observación alguna, por encontrarse conforme con su liquidación y así haberlo formalizado con su firma, no cabe luego reclamación en sede judicial. Aceptar lo contrario equivaldría a desconocer la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual encuentra sólido sustento en el principio de la buena fe o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 13001-23-31-000-1998-02067-02(34130)**

**Actor: PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: Responsabilidad contractual por incumplimiento y liquidación bilateral del contrato. Contratos modificatorios para conjurar desequilibrio económico del contrato. Terminación del contrato de mutuo acuerdo.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 6 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fl. 529, c. ppal, segunda instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Proveedores del Caribe Ltda., a través de su representante legal, pretende que se declare administrativamente responsable y en forma solidaria al Departamento de Bolívar y a la Industria Licorera de Bolívar, por constreñir, al suministrar información errada, a la sociedad contratista, a suscribir el Acuerdo del 6 de abril de 1995, para dar por terminado contrato de concesión celebrado el 13 de junio de 1993. A su vez, se declare el incumplimiento del Acuerdo suscrito para terminar el contrato por mutuo consentimiento, se ordene restituir a la sociedad todas las inversiones que no pudo recuperar, debido a la terminación anticipada del contrato de una manera irregular e impositiva. En consecuencia, solicitó que le reconozcan todos los perjuicios causados.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 28 de febrero de 1997 (fl. 23 c.ppal), el representante legal de la sociedad Proveedores del Caribe Ltda.[[1]](#footnote-1), presentó demanda en contra del Departamento de Bolívar, en ejercicio de la acción contractual (fls. 2 a 23, c. ppal).

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 5 a 11, c. ppal):

1.1.1. El 13 de julio de 1993, previo agotamiento del proceso de selección de licitación pública, el Departamento de Bolívar, la Industria Licorera de Bolívar y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., suscribieron contrato de concesión de las actividades de producción y comercialización de los licores producidos por la Industria Licorera de Bolívar, por un término de veinte años contados a partir de su perfeccionamiento.

1.1.2. Con posterioridad a la firma del contrato de concesión, la sociedad contratista advirtió que los pasivos de la Industria Licorera ascendían a más de cinco mil millones de pesos ($ 5.000.000.000,oo), superando el monto inicialmente informado por el Gerente de la Licorera de Bolívar en el mes de marzo de ese año. A su vez, la venta de los licores de la Industria Licorera de Bolívar decayó, debido a la falta de diligencia de los anteriores administradores y la carencia de publicidad de los productos; sumado a ello, la nómina que corresponde a los jubilados pasó de sesenta y tres a ochenta millones de pesos mensuales.

1.1.3. Con posterioridad a la firma del contrato de concesión, el representante de la sociedad de Proveedores del Caribe Ltda., comunicó al Gobernador del Departamento de Bolívar y al Gerente de la Industria Licorera de Bolívar la necesidad de revisión del contrato para buscar el equilibrio financiero del mismo.

1.1.4. El 16 de diciembre de 1993, las partes del contrato suscribieron acta de entrega y recibo de bienes e instalaciones.

1.1.5. Posteriormente, las partes suscribieron otrosí al contrato de concesión con la finalidad de restaurar el equilibrio y la ecuación económica del contrato por haberse presentado situaciones imprevistas y no imputables al concesionario.

1.1.6. Desde el año 1994, la sociedad contratista informó tanto al Gobernador del Departamento como al Gerente de la Industria Licorera de Bolívar, la grave situación que se estaba presentando por la pérdida total del mercado del Ron Tres Esquinas debido a la falta de distribución, a la mala calidad de épocas anteriores, la nueva presencia de licores nacionales e importados y el contrabando. A su vez solicitó la colaboración del gobierno departamental para adoptar las medidas pertinentes y necesarias para corregir esta anomalía.

1.1.7. El 20 de febrero de 1995, en desarrollo de conversaciones adelantadas con el Secretario de Hacienda del Departamento de Bolívar se hallaron irregularidades e incumplimientos en que se había incurrido contra la Sociedad Proveedores del Caribe Ltda., que dieron sustento a la petición presentada el 10 de febrero de 1995, en cuyo texto se concretaba una propuesta de solución al problema vigente.

1.1.8. Pese a lo anterior, el Gobernador del Departamento resolvió no negociar con el contratista, por el contrario, solicitó llegar a un acuerdo amistoso para dar por terminado el contrato de concesión.

1.1.9. La sociedad contratista se vio obligada a aceptar la oferta de terminación del contrato existente.

1.1.10. El 6 de abril de 1995, el Departamento de Bolívar, la Industria Licorera de Bolívar y la sociedad contratista acordaron la terminación del contrato de concesión. En el mismo acuerdo, el Departamento de Bolívar se obligó a pagar en forma directa algunas obligaciones a cargo de la sociedad contratista, a su vez, exigió que Proveedores del Caribe lo declarara a paz y salvo, como consta en documento suscrito el 18 de mayo de 1995.

1.1.11. El Departamento no cumplió con la obligación de los pagos en la forma y oportunidad establecidos, circunstancia que originó perjuicios al contratista, como el embargo de sus bienes.

1.1.12. A raíz de la terminación anticipada y forzada del contrato, atendiendo que la duración era de 20 años, la sociedad contratista se vio privada de recuperar en el poco tiempo de ejecución del contrato las inversiones que hizo en maquinaria, publicidad, insumos y promoción de los licores de Bolívar, por el contrario, aumentaron sus pérdidas debido al imposible desarrollo de la concesión.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 2 a 4 c. ppal):

*1.- Que se declare administrativamente responsable y en forma solidaria al Departamento de Bolívar y a la Industria Licorera de Bolívar, establecimiento público del orden Departamental, domiciliados en la ciudad de Cartagena de Indias, por haber suministrado información incompleta y equivocada que dio origen al contrato de concesión de las actividades de producción, distribución y comercialización de licores y alcoholes como objeto propio de la Industria Licorera de Bolívar, suscrito el día 13 de junio de 1993, igualmente sobre el verdadero estado financiero y de mercadeo de la Industria de Licores de Bolívar, por no haber tomado las medidas pertinentes para impedir la competencia desleal de los licores de otros Departamentos así como el de los licores extranjeros importados en forma ilegal y que dieron lugar a que mi representada tuviera que afrontar el pago de deudas superiores a las que se comprometieron y que debido a la pérdida del mercadeo de los licores producidos por la Industria de Licores de Bolívar tanto en el Departamento de Bolívar como en los demás Departamentos, con los cuales se tenía contrato de distribución. Por lo anterior, se vieron constreñidos a firmar el Acuerdo de fecha 6 de abril de 1995, para dar por terminado el contrato de concesión firmado entre el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., en condiciones absolutamente desfavorables e inequitativos a los intereses económicos de mi representada.*

*2.- Que se declare que el Departamento y la Licorera de Bolívar incumplieron el Acuerdo celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, por una parte y la Sociedad Proveedores del Caribe Limitada por la otra parte, para terminar por mutuo consentimiento el contrato de concesión de las actividades de producción, distribución y comercialización de licores, y alcoholes como objeto propio de la Industria Licorera de Bolívar, suscrito el día 13 de junio de 1993 por los mismos contratantes.*

*3.- Que se ordene restituir a la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., todas las inversiones que no pudo recuperar, debido a la terminación anticipada del contrato de una manera irregular e impositiva.*

*4.- Como consecuencia de la declaración anterior se condene solidariamente, al Departamento de Bolívar y a la Industria Licorera de Bolívar a pagar a la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., los perjuicios ocasionados con la conducta administrativa señalada, los que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, cantidades que serían actualizadas al momento que se profiera la sentencia.*

*5.- Que se condene a las demandadas a pagar las costas y gastos del proceso.*

**1.3. Concepto de la violación**

La parte demandante reprocha a las entidades demandadas: *“haber dado lugar a que la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., incurriera en errores en la situación financiera y de mercadeo de la Industria Licorera de Bolívar, así como la conducta omisiva por parte del Departamento para corregir las anomalías que se presentaban con la intromisión de licores de otros Departamentos y con precios inferiores (…), y al incumplimiento en el pago de las deudas a que se refiere el acta de acuerdo de terminación del contrato de concesión y que ocasionara el embargo y secuestro de los bienes de [la sociedad] y de algunos de sus socios, al incremento exagerado de la importación ilegal de licores extranjeros”,* conductas que atentan contra los artículos 2º y 58 de la Constitución Política de Colombia, las disposiciones del código de comercio y del código civil.

Destacó los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, para increpar a las entidades demandadas que en la etapa precontractual no procedieron de buena fe exenta de culpa, circunstancia que propició, *“la ligereza con que actuó el Gerente de la Industria de Licores de Bolívar al certificar un pasivo muy inferior al verdaderamente existente y al aumentar desproporcionadamente las cantidades de cajas de licor que se vendían tanto en el Departamento de Bolívar como en los demás departamentos, con los cuales existía el convenio de intercambio de licores”,* lo cual motivó que la sociedad *“incurriera en gravísimos errores al formular su propuesta a efectos de obtener la adjudicación de la licitación”*, además de variar *“sustancialmente las perspectivas de utilidad en detrimento de los fines sociales”* de la sociedad contratista.

Acusó igualmente la violación de los artículos 1508, 1602 y 1603 del Código Civil que exigen la actuación de buena fe de las partes en todas las fases del proceso contractual, la igualdad y la necesidad del consentimiento libre de dolo y fuerza. Para la parte demandante la conducta que contiene esta violación consistió en la *“presión que las autoridades del Departamento de Bolívar ejercieron para reconocer unas obligaciones y así obtener una terminación de un contrato antes de su vencimiento y un paz y salvo sobre puntos que no fueron objetos de negociación”*, lo que vicia el acuerdo suscrito bajo presión.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Departamento de Bolívar (fls. 114 a 175, c. ppal.) señaló que mediante resolución 1177 de 18 de junio de 1993, el gobierno departamental y la Industria Licorera de Bolívar adjudicaron a la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., el contrato de concesión.

Apuntó que en su momento las partes del contrato suscribieron variaciones al mismo, contenidas en tres *otro sí*, en los cuales el contratista aceptó expresamente la obtención del equilibrio económico del contrato, ante las modificaciones de las obligaciones hechas a su favor, donde se disminuyó el nivel mínimo de producción y se le eximió de varias contraprestaciones a su cargo.

Resaltó que durante el periodo comprendido entre diciembre de 1993 a diciembre de 1994, se produjeron por acuerdo entre las partes, tres revisiones al contrato suscrito en julio de 1993, es decir con un promedio de una revisión cada cuatro meses, ajustándolo siempre a las peticiones del concesionario.

El Departamento demandado precisó que el acuerdo para dar por terminado el contrato de concesión se hizo por la *“espontánea, libre, inequívoca y expresa voluntad bilateral de las partes”.* A su vez afirmó que el actor desconoce que los contratos estatales terminados por mutuo acuerdo deben liquidarse.

La entidad demandada negó que haya existido una exigencia unilateral del Departamento para la suscripción de la liquidación del contrato de concesión, al contrario sostuvo que la declaratoria de paz y salvo en virtud de la terminación de común acuerdo del contrato y su reiteración en el documento de liquidación, demuestran la absoluta carencia de fundamento, temeridad y mala fe de la parte actora al formular la demanda.

Concluyó que el demandante hace esfuerzos por argumentar un incumplimiento del contrato concluido y declarado a paz y salvo por acuerdo de las partes, cuando previamente reconoció su solución integral. Al mismo tiempo que alega la presencia de vicios constitutivos de nulidad en contra del acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato de concesión.

Por último, propuso como excepciones (i) la inexistencia de la persona demandada como Industria Licorera de Bolívar, en tanto no corresponde a la naturaleza jurídica con la que identificó la parte demandante a la entidad demandada. ii) Cláusula compromisoria, en la medida que las partes acordaron someter cualquier diferencia ante el Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cartagena. iii) Indebida representación del demandante sociedad Proveedores del Caribe Ltda., en tanto el representante convencional de la sociedad confirió poder para presentar la demanda de controversias contractuales, sin ostentar aptitud legal debido a los efectos de la declaratoria de quiebra de la sociedad, en la que se designó un síndico. iv) Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, toda vez que resulta improcedente pedir la nulidad del acto de terminación del contrato y al mismo tiempo su incumplimiento, además no existe certeza si reclama nulidad, cumplimiento, revisión o inexistencia del contrato o de su conclusión. v) legalidad, validez y eficacia de la terminación de común acuerdo del contrato de concesión y de la liquidación bilateral, por cuanto las partes consintieron de manera libre, espontánea la terminación del contrato y las mismas partes, cumpliendo lo convenido en el acuerdo de terminación lo liquidaron mediante acto bilateral del 18 de mayo de 1995. vi) Las partes acordaron desistir formalmente de las actuaciones administrativas o judiciales presentadas con ocasión del contrato de concesión o instaurar nuevas demandas. vii) Pago-conciliación- declaratoria de paz y salvo, toda vez que las partes del contrato conciliaron, liquidaron y solucionaron sus obligaciones declarándose a paz y salvo por todo concepto derivado del contrato y sus modificaciones.

La Industria Licorera de Bolívar presentó escrito de contestación de la demanda con idénticos argumentos a los invocados por el Departamento de Bolívar (f. 145 a 175 c. ppal).

**3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes no presentaron escrito de alegatos.

El Representante del Ministerio Público rindió concepto, cuyas conclusiones se citan a continuación:

*Para este Despacho una vez analizados los diferentes pormenores de la demanda se evidencia la imposibilidad de su prosperidad por más de una razón como pasamos a ver seguidamente:*

*El libelista en el primer petitum de su demanda ha solicitado a este Tribunal declare a los demandados solidariamente responsables por una serie de situaciones que tal como se desprende de su narración acaecieron antes del 13 de junio de 1993 cuando se celebró el contrato materia de estos autos y que se sintetizan en la inconsistencia de los datos suministrados por el contratante para viabilizar el contrato de concesión.*

*Se resume esta censura en la palabra “engaño” sin más eufemismo:*

*Por otro lado y como fuente indemnizatoria plasmada en ese petitum se reseñan conductas subsiguientes a la firma del contrato en mención; conductas estas traducidas en la falta de gestión por parte del contratista para evitar la competencia desleal creada por el comercio de otros licores importados “en forma ilegal”.*

*Todo lo anterior, manifiesta: constriñó al contratista a firmar el acuerdo del 6 de abril de 1995 para dar por terminado en condiciones desfavorables, el mencionado contrato de concesión.*

*La redacción del anterior petitum no obstante ser abstrusa permite inferir que el propósito del accionante es lograr una declaración de responsabilidad porque en la prestación de su voluntad para contratar medio (sic) “el error” inducido por el contratante; y aparte de ello como culminación de un itinerario signado por la mala fe, lo “forzaron a un convenio o acuerdo de terminación del contrato más allá de la libre expresión de su voluntad; es decir que al no operar la libre y espontánea manifestación de su voluntad ese acto de terminación del contrato”, este deviene asistido por uno de los vicios del consentimiento cual es “la fuerza”.*

*En su segundo petitum pide que se declare que el Departamento de Bolívar y la Licorera de Bolívar incumplieron el acuerdo anteriormente mencionado.*

*En su tercer pedimento solicita que se ordene a los demandados restituir a la actora todas las inversiones que no pudo recuperar, debido a la terminación anticipada del contrato de una manera irregular e impositiva.*

*Advertimos que las suplicas traídas a cuento por la Procuraduría es para dejar precisado que todas fueron presentadas en el mismo orden como “principales” sin haber dispuesto que las unas fueran subsidiarias de las otras; por suerte que todas estarían llamadas a ser resueltas frente a la causa petendi dentro de una secuencia procesal lógica.*

*Advertimos que por el hecho de no haberse presentado las unas como subsidiarias de las otras, por esa razón la demanda devendría inepta por indebida acumulación; pues no es pertinente dentro de los requisitos de demanda en forma presentar peticiones que se excluyan la una con la otra sobre la misma base fáctica a menos que la una sea subsidiaria de la otra.*

*(…)*

*Pero este Despacho yendo más lejos aún tuvo a bien averiguar en el plenario sobre los eventuales elementos de prueba que respaldaran las afirmaciones del petitum los cuales se detallaron en el punto de los hechos de la demanda; pero a fe de verdad que tales afirmaciones sólo quedaron en el campo de los enunciados ya que no militan en los autos pruebas atendibles para dar por sentado que efectivamente el Departamento y la Industria Licorera de Bolívar incurrieron en las conductas que les endilga el demandante.*

*De lo anterior ha quedado patentada la falta de desvirtuación de la presunción de legalidad y de certeza que le asiste al acuerdo de terminación del 6 de abril de 1995 que por ende quedó cobijado bajo los auspicios de la buena fe, que se predica de las conductas interpartes que guían la relación contractual.*

*Partiendo así del hecho incontrovertible conforme al cual las partes aquí contratantes decidieron de común acuerdo dar por terminado el contrato de concesión firmado el 13 de junio de 1993, efectuando en consecuencia la liquidación del mismo, tal como se aprecia de los documentos vistos a folios 211 a 213, del cual se infiere inequívocamente (ver cláusula segunda) que las partes se declararon a paz y salvo no vemos cómo y de que manera pretende el demandante desconocer los términos de una liquidación de contrato suscrita por su representante, faltando a la seriedad que debe rodear la participación en actos o actuaciones llamadas a tener efectos jurídicos.*

*De sobra es conocido por la jurisprudencia y la doctrina que la liquidación del contrato en la cual ha intervenido el contratista sin dejar constancia o reparo alguno sobre los factores económicos y demás aspectos relacionados con obligaciones derivadas del contrato, cierran el debate cualquiera el que sea sobre el cuestionamiento del contrato, sus antecedentes, desarrollo, cumplimiento e indemnizaciones (…)* (f. 284 a 289 c. ppal).

**II. LA SENTENCIA APELADA**

El 6 de marzo de 2007, el Tribunal *a quo* profirió fallo que negó las pretensiones de la demanda[[2]](#footnote-2), con sustento en las siguientes consideraciones (fls. 512 a 526, continuación c. ppal.):

*A la luz de lo contemplado en la demanda y su contestación, procederá la Sala a realizar el análisis del asunto que se ha traído a sus manos.*

*Antes que nada la Sala estima necesario referirse a la excepción de existencia de cláusula compromisoria, que fue propuesta por el apoderado del Departamento de Bolívar, en la cual se señala que la cláusula décimo séptima del contrato de concesión suscrito entre las partes, cuyo tenor es el siguiente: “CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las partes acuerdan que las diferencias o controversias que se susciten en relación con el contrato serán sometidas a la decisión del Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cartagena, cuyo fallo será siempre en derecho”, continuaba vigente a pesar de que los contratantes habían renunciado a cualquier reclamación por la vía administrativa o judicial, razón por la cual estimaba que el demandante estaba desconociendo dicha cláusula compromisoria al instaurar demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.*

*Esta Sala de decisión aunque comparte el criterio anteriormente expresado (pues el demandado NO renunció a la aplicación de la mencionada cláusula), deberá declarar no probada la presente excepción por cuanto el Honorable Consejo de Estado en auto de fecha 24 de julio de 2003 a través del cual resolvió la apelación interpuesta contra el proveído emanado de este Tribunal que declaraba la nulidad de todo lo actuado por la existencia de la cláusula compromisoria, resolvió revocarlo argumentando que: “Pero, así como las partes voluntariamente someten a la justicia arbitral la posibilidad de resolver un conflicto determinado, también lo es que las mismas partes, pueden abdicar o renunciar a esta modalidad de justicia excepcional para que sea el juez natural el que juzgue y resuelva una controversia particular de carácter transigible.*

*Ahora bien, ha sido orientación de la Sala la tesis que considera que no obstante existir cláusula compromisoria en el contrato cuyo incumplimiento alega el actor; las partes pueden acudir al Juez Natural de la causa, y si en el curso de la actuación no se excepciona la falta de jurisdicción o se pide la nulidad por la misma causa, cabe entender que renunciaron con ello al compromiso de someter sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento” (…) Subraya de este Tribunal.*

*Así las cosas, la Sala estudiará el fondo de este asunto en virtud de que debe obedecer la orden impartida por el Honorable Consejo de Estado.*

*Empecemos refiriéndonos a la alegación del demandado consistente en la inexistencia de la Industria Licorera de Bolívar como Establecimiento Público del orden departamental, pues se trata de una empresa industrial y comercial en el orden departamental cuya naturaleza jurídica es distinta.*

*A juicio de la Sala, a pesar de tener esa característica que en principio le permitiría ser demandada dentro del proceso como ente independiente por tener personería jurídica, capital independiente y autonomía administrativa y financiera, en este caso en particular el Departamento de Bolívar debía ser vinculado por el libelista en su escrito introductorio, como en efecto ocurrió, puesto que el Gobernador del aludido ente territorial en su calidad de presidente de la Junta Directiva de la Industria Licorera de Bolívar fue facultado junto al Gerente de ésta última, para que con base en las potestades que se le habían conferido a través de la Ordenanza No. 36 del 29 de diciembre de 1992, y por los decretos 117 de 1993 y el acuerdo No. 001 del 4 de febrero de 1993, actuaran como contratantes en el contrato de concesión de licores y alcoholes que aquélla empresa industrial y comercial del Estado manejaba en ese momento.*

*En conclusión: existe legitimación en la causa por parte del Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar para ser accionada en el presente caso.*

*En cuanto a la legitimación en la causa por activa, a pesar de que el apoderado del Departamento sostiene que existe indebida representación del demandante y para sustentar su dicho aportó copia simple de la sentencia calendada el 5 de octubre de 1995 en que se declaró la quiebra de sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA. y se nombró síndico para que la representara legal y judicialmente; se observa a folio 27 del cuaderno principal el certificado de existencia y representación legal de la anotada sociedad, documento que según el No. 4 del artículo 77 del C.P.C. es la prueba ab solemnitatum para demostrar la representación legal de una sociedad, fechado el 18 de febrero de 1997 en el que se señala como representante legal al señor FREDDY PINILLA CONTRERAS, que es la misma persona que confirió poder para iniciar la acción contractual de la referencia.*

*Así las cosas, es evidente que también existe legitimación en la causa por activa para actuar en el caso de marras.*

*Dejada en claro lo referente a la legitimación en la causa, la Sala estudiará a renglón seguido la petición del demandado consistente en declarar probado el hecho exceptivo de ineptitud de demanda por haber una indebida acumulación de pretensiones.*

*Para decidir es necesario analizar cada una de las peticiones formuladas por el accionante en su libelo introductorio.*

*Observa la Sala que en el primer pedimento la Sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA. solicita que se declare a los demandados solidariamente responsables por el engaño que cometió el Departamento de Bolívar en su contra al suministrarle datos inconsistentes durante la etapa licitatoria para adjudicar el contrato de concesión de producción, distribución y comercialización del Ron “TRES ESQUINAS”, que la indujeron a un error que se manifestó en la suscripción del contrato antedicho. Y por haberla “constreñido” posteriormente para que firmara el acuerdo del 6 de abril de 1995 que daba por terminado en condiciones desfavorables el contrato de concesión.*

*Y en la segunda pretensión pide que se declare que los accionados incumplieron el contrato de concesión antedicho, y en consecuencia se les ordene restituir a la actora todas las inversiones que no pudo recuperar, debido a la terminación anticipada del contrato de concesión de manera irregular e impositiva y por el no pago de las obligaciones estipuladas en el acuerdo de terminación del contrato.*

*Quiere decir lo anterior que la accionante pretende la nulidad del contrato de concesión que había suscrito con el Departamento de Bolívar- Industria Licorera de Bolívar, y a la vez quiere que se le indemnice por el incumplimiento en que incurrió el ente territorial accionado.*

*Esta situación no provocaría ningún inconveniente si se hubiesen presentado las unas como subsidiarias de las otras, pero en el caso de autos todas se invocaron como principales de manera que todas estarían llamadas a ser resueltas frente a los hechos que las sustentan, dentro de una secuencia procesal lógica. De esta circunstancia se desprende, que la demanda es inepta por cuanto las peticiones son excluyentes entre sí, al respecto la Sala comparte el criterio del señor Procurador quien sostuvo: “Advertimos que por el hecho de no haberse presentado las unas como subsidiarias de las otras, por esa razón la demanda devendría inepta por indebida acumulación; pues no es pertinente dentro de los requisitos de la demanda en forma presentar peticiones que se excluyan la una con la otra sobre la misma base fáctica a menos que la una sea subsidiaria de la otra.”*

*Pero si en aras de discusión la Sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA. alegara que el juez debió interpretar que las pretensiones fueron presentadas como subsidiarias, tampoco prosperaría la demanda por las siguientes razones:*

*Sostiene la demandante en el concepto de la violación que el Gerente de la Industria Licorera de Bolívar faltó a la buena fe contractual porque les certificó un pasivo muy inferior al verdaderamente existente y al aumentar desproporcionadamente las cantidades de caja de licor que se vendían en Bolívar y en los demás Departamentos con los que se tenía convenio de intercambio de licores, hizo que incurriera en gravísimos errores al formular su propuesta a efectos de obtener la adjudicación de la licitación, que se vieron reflejados durante la ejecución del contrato de concesión puesto que se produjeron circunstancias que atentaron contra su sostenibilidad económica. Argumenta además que lo forzaron a suscribir el acuerdo de fecha 6 de abril de 1995.*

*Se encuentran demostrados los siguientes hechos:*

*1. El gerente de la Industria Licorera de Bolívar envió comunicación fechada el 17 de marzo de 1997(sic) a la sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA., en la cual les informaba la relación de pasivos, la nómina de jubilados, y el número de cajas comercializadas mensualmente (folio 376 cuaderno principal).*

*2. El día 13 de julio de 1993 se suscribió el contrato de concesión para la producción, distribución y comercialización que adelantaba en ese momento la Industria Licorera de Bolívar, por un término de 20 años (fl. 28-48).*

*3. En el numeral 4 de las declaraciones del Departamento obrante a folio 29 se lee: “Que ante las difíciles circunstancias en los órdenes administrativo, financiero, productivo y laboral, con las resultas de un deterioro institucional alarmante, La (sic) Industria Licorera de Bolívar se ha visto imposibilitada para cumplir con sus objetivos en forma razonable y eficiente, constituyéndose en una pesada e inmanejable carga para el Departamento de Bolívar (…)*

*4. En el parágrafo segundo de la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión se lee: “TERMINACIÓN VOLUNTARIA: El presente contrato podrá darse por terminado por mutuo acuerdo de las partes tal como lo establece el artículo 1602 del C. C.*

*5. Se suscribieron 3 otro si al contrato de concesión celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar por una parte y la firma proveedores del Caribe por la otra. En los cuales se variaron las condiciones del contrato con el fin de restablecer el equilibrio económico a favor de la antedicha sociedad (folios 199-205).*

*6. El 24 de enero de 1996 se protocolizó por Escritura Pública No. 128 el acuerdo celebrado entre el Departamento de Bolívar, la Industria Licorera de Bolívar y la Sociedad Proveedores del Caribe Ltda., firmado el día (sic) de mayo de 1995, en el cual las partes “declaran y libremente asienten por mutuo acuerdo en terminar, a partir de la fecha de suscripción de este documento el contrato ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN de las actividades de producción, distribución y comercialización de licores y alcoholes que venía realizando la INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR (…)” (folios 53-54 y 206-211).*

*7. El 19 de mayo de 1995 se suscribió el acuerdo sobre liquidación de las obligaciones a cargo del Departamento y a cargo de la Sociedad Proveedores del Caribe Ltda. reconocidas en el convenio celebrado el 6 de abril de 1995, en el cual se lee lo siguiente: “CLÁUSULA SEGUNDA: Las partes, Departamento y Concesionario dejan expresa constancia de su conformidad con la presente liquidación y pago de las obligaciones reconocidas en el acuerdo que dio por terminado por mutuo acuerdo el contrato administrativo de concesión que originó la presente liquidación. CLÁUSULA TERCERA: El Departamento queda liberado de cualquier obligación pendiente por concepto de pasivos laborales, fiscales, tributarios, de servicios públicos, contractuales o extracontractuales que no se hubiesen incluido en el presente acuerdo de liquidación y que sean a cargo del Concesionario con ocasión del contrato de concesión, por tal circunstancia el Concesionario se obliga a responder única y exclusivamente por tales obligaciones. CLAUSULA CUARTA: El Concesionario releva al departamento de cualquier obligación económica que conste en actas de cancelación de pasivo, que no hayan sido canceladas o incluidas en la (sic) presente acuerdo de liquidación comprometiéndose a asumir el respectivo pago (folios 211-213).*

*La Sala, con el fin de realizar un análisis organizado partirá del supuesto de haberse presentado las pretensiones de manera subsidiaria, por lo que dividirá el estudio de acuerdo a los vicios del consentimiento que el demandante sostiene se presentaron en la etapa precontractual y contractual del contrato de concesión.*

*Según la demandante en la etapa precontractual el Gerente de la Industria Licorera de Bolívar dolosamente le dio información errónea que lo indujo en error al formular su propuesta, y pretende demostrarlo con la comunicación que dicho funcionario le envió.*

*Para determinar si ello ocurrió hay que remitirse a la definición que del dolo y el error ofrece nuestro código civil:*

*Dolo: “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del otro”. Es decir, son las maniobras, subterfugios o artificios ilícitos que uno de los contratantes emplea, en el acto de la celebración contractual, para inducir al otro a prestar su consentimiento.*

*(…)*

*Y el error implica un defecto de concordancia entre la voluntad verdadera o interna, y la voluntad declarada.*

*Estudiada la anterior doctrina y comparada con los hechos que su (sic) fundan el petitum del accionante, la Sala considera que la simple comunicación aportada como prueba no es suficiente para demostrar la coexistencia de los elementos constitutivos del dolo en la conducta asumida por el señor Gerente de la Industria Licorera de Bolívar, es más, al parecer de este cuerpo decisorio el funcionario actuó dentro de los parámetros legales al suministrar la información que la empresa proponente requirió en aquel momento.*

*Por otra parte, en la etapa contractual sostiene el actor que los accionados lo coercionaron para que firmara el acuerdo y la liquidación que daban por terminado el contrato de concesión que estos habían suscrito.*

*La fuerza según establece el artículo 1513 del Código Civil “(…) no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta, ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.*

*Según se entiende de la norma antes transcrita se necesitan tres calidades que deben darse conjuntamente para que la fuerza sea capaz de viciar el consentimiento, cuales son:*

*a) Debe ser grave, es decir, debe ser capaz de producir una impresión fuerte en el ánimo de una persona sana, habida cuenta de su edad, sexo y condición.*

*b) Debe ser injusta, o sea, estar dirigida contra un derecho legítimamente protegido, y*

*c) Debe ser determinante, es decir, producida por un acto humano que esté en relación de causalidad respecto del consentimiento obtenido.*

*El artículo 177 del C. P. C. señala:*

*“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

*De acuerdo al contenido de la norma en comento, es obligación del demandante demostrar la existencia de los hechos en que se fundan sus pretensiones.*

*En este orden de ideas, en el caso cuyo estudio ocupa a la Sala es imprescindible que la sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA. aportara al proceso elementos probatorios que acrediten de manera diáfana que se configuraron los elementos constitutivos de la fuerza que es capaz de afectar el libre consentimiento, en las conductas que a su parecer incurrieron el Departamento de Bolívar y a la Industria Licorera de Bolívar en contra de la SOCIEDAD PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA. para obligarla a firmar los acuerdos de terminación y liquidación del contrato de concesión de producción, distribución y liquidación (sic) de licores.*

*En otras palabras, solo podría el demandante desvirtuar la validez del tantas veces citado acuerdo de terminación, aportando pruebas incontrovertibles y certeras que convencieran a la Sala de que se vio irremediablemente forzado a suscribir dicho acuerdo en contra de su voluntad.*

*Revisado el expediente, esta Sala de decisión no encontró en el material probatorio documento alguno que desvirtuara la presunción de legalidad y certeza que se predica de las estipulaciones que establecen las partes bajo los auspicios de la buena fe en sus relaciones contractuales, que gobierna inclusive, cuando uno de los extremos es un ente estatal.*

*La falencia de las anteriores pruebas plantea como hecho incontrovertible que el consentimiento no se encuentra viciado porque no medió fuerza en los acuerdos firmados por la sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA., el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- INDUSTRIA LICORERA DE BOLIVAR, para terminar y liquidar el contrato de concesión, máxime cuando la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha establecido que:*

*“El hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado, o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento.”*

*(…)*

*Lo anterior significa que la liquidación de un contrato queda en firme y por lo tanto no puede ser impugnada judicialmente, si el acta respectiva es aceptada y suscrita por las partes, sin salvedad alguna y sólo en la medida en que se formulen salvedades, el contratista se reserva la posibilidad de reclamar judicialmente.*

*De tal manera que una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, dado su carácter bilateral tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano judicial, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento.*

*En el caso de marras se invocó la fuerza para desvirtuar la validez de este acuerdo, pero como ya se dijo en los apartes precedentes, el acervo probatorio aportado en el expediente, no convenció a esta Sala de la existencia de tal vicio del consentimiento.*

*Por otro lado, y teniendo en cuenta que esta parte motiva se está desarrollando partiendo de la hipótesis de que las pretensiones se presentaron subsidiariamente, el demandante solicita que se declare el incumplimiento del contrato por parte de los entes demandados por no haberse cumplido con los pagos oportunamente y en la forma establecida en el acta de liquidación del contrato.*

*Al respecto hay que decir, que esta no es la vía jurisdiccional para este pedimento porque en la cláusula novena del acuerdo de terminación del contrato de concesión se señaló: “Las partes se reservan el derecho de exigir por vía administrativa y/o judicial el cumplimiento de las obligaciones contenidas en este acuerdo. Para este efecto las partes convienen en constituir este mutuo acuerdo en título ejecutivo complejo que se integrará con todos los documentos que la conforman”.*

*En virtud de las anteriores razones se denegarán las pretensiones de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y por no haberse demostrado los fundamentos fácticos de la presente acción.*

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora formuló recurso de apelación*[[3]](#footnote-3)*. Para el efecto (fls. 554 a 562, c. segunda instancia), adujo (i) ausencia de análisis del fondo del asunto por parte del *a quo,* so pretexto de una indebida acumulación de pretensiones, cuando las pruebas existentes en el proceso permiten adoptar una decisión en la que se declare el incumplimiento del acuerdo de terminación del contrato y a su vez ordenar la restitución a la sociedad de las inversiones que no pudo recuperar debido a la terminación anticipada del contrato; (ii) No comparte la consideración en torno a la inexistencia de dolo atribuible a la Industria Licorera de Bolívar, en tanto se encuentra acreditada la falta de buena fe contractual que se concretó en la información errónea y dolosa suministrada por el Gerente de la Licorera de Bolívar en la etapa precontractual.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte demandada guardó silencio. La parte actora reiteró los argumentos de sus intervenciones (fls. 632 a 636, c. segunda instancia).

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. En tanto uno de los extremos está conformado por entidades públicas, el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental[[4]](#footnote-4), es esta la jurisdicción a la cual le corresponde asumir el presente asunto.

Vale aclarar que en el contrato en estudio se pactó una cláusula compromisoria (cláusula décima séptima, fl. 39 c. ppal.). No obstante, esta Corporación en providencia del 24 de julio de 2003 -al resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, en contra del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 29 de mayo de 2002 (f. 1 a 3 c.4), en el cual se había declarado la nulidad de todo lo actuado en el proceso debido a la existencia de cláusula compromisoria en el contrato de concesión suscrito entre las partes (fl. 425, c. 4)- revocó el auto impugnado y dispuso continuar en esta jurisdicción el trámite del proceso.

La decisión de segunda instancia se soportó en la tesis imperante en su momento, según la cual, *“no obstante existir clausula compromisoria en el contrato cuyo incumplimiento alega el actor, las partes pueden acudir al juez natural de la causa, y si en el curso de la actuación no se excepciona la falta de jurisdicción o se pide la nulidad por la misma causa, cabe entender que renunciaron con ello al compromiso de someter sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento”* (f. 29 a 33 c4)*.*

Si bien, la Sección Tercera[[5]](#footnote-5) de esta Corporación unificó la jurisprudencia en torno al efecto jurídico que tiene la existencia de la cláusula compromisoria y/o el compromiso, y la imposibilidad de desconocer la falta de jurisdicción en el marco de un proceso contencioso administrativo bajo el argumento de una renuncia tácita de la cláusula compromisoria pactada por las partes, resulta imperativo dar trámite a la actuación, por haberse decidido en segunda instancia el conocimiento de la jurisdicción contenciosa de este asunto en particular. Insistir en el criterio jurisprudencial actual implicaría proceder contra providencia ejecutoriada y vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia.

1.1.2. Ahora, es esta Corporación la competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1988, le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos[[6]](#footnote-6).

1.1.3. De otro lado, frente a la acción pertinente, es preciso advertir que la parte demandante encaminó las pretensiones para obtener la declaratoria de responsabilidad contractual de las entidades demandadas, por suministrar información equivocada sobre el estado financiero y de mercadeo de la Industria Licorera de Bolívar y la omisión en adoptar medidas pertinentes para evitar la competencia desleal de los licores de otros Departamentos, conductas que propiciaron, según lo afirmado por el actor, un constreñimiento sobre el contratista para suscribir el acta de terminación del contrato de concesión.

A su vez demandó el incumplimiento de las entidades frente a las obligaciones contraídas en el acuerdo de terminación del contrato y el consecuente reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta administrativa señalada (f. 3 a 4 c. ppal.).

Debe tenerse presente que el *a quo,* en la oportunidad procesal correspondiente, inadmitió la demanda para que el demandante especificara claramente el asunto en el poder conferido con el fin de establecer las facultades del apoderado[[7]](#footnote-7).

En cumplimiento de lo anterior, la parte demandante aportó memorial poder conferido por el Representante legal de Proveedores del Caribe Ltda., para que en nombre de la sociedad demandante iniciara y llevara hasta su culminación proceso ordinario de acción contractual en contra del Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, *“a efectos de obtener la* ***nulidad del acuerdo celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar de una parte, y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., por la otra parte, celebrado el 6 de abril de 1995****, al igual que la* ***revisión del contrato de concesión suscrito ante las mismas partes el día 13 de junio de 1993****, para obtener el restablecimiento del equilibrio contractual, se haga la correspondiente liquidación y la consecuencial indemnización de los perjuicios en lo que respecta al daño emergente”* (Negrillas no corresponden al texto original) (f. 65 a 66 c. ppal.).

Aún frente a la aparente contradicción que pudiera existir entre las pretensiones enunciadas y el poder aportado por la demandante, con posterioridad al requerimiento, el Tribunal procedió a la admisión de la demanda[[8]](#footnote-8).

Es del caso resaltar, que el *a quo* al hacer una interpretación del *petitum* consideró en la sentencia, que la parte demandante reclamaba en sede judicial *“la nulidad del contrato de concesión que había suscrito con el Departamento de Bolívar- Industria Licorera de Bolívar, y a la vez (…)”,*  se le indemnizara “*por el incumplimiento en que incurrió el ente territorial accionado”*. En tal sentido estimó en principio, la ineptitud de la demanda por resultar, las pretensiones formuladas excluyentes entre sí.

Como primer fundamento de oposición al fallo de primera instancia el apelante censuró la ausencia de análisis del fondo del asunto por parte del *a quo,* y en su lugar la consideración relacionada con la indebida acumulación de pretensiones, cuando las pruebas existentes en el proceso permiten adoptar una decisión en la que se declare el incumplimiento del acuerdo de terminación del contrato y a su vez ordenar la restitución a la sociedad de las inversiones que no pudo recuperar debido a la terminación anticipada del contrato.

Observa la Sala que el entendimiento de las pretensiones de la demanda ha generado interpretaciones diversas, tanto desde la óptica de las entidades demandadas, el concepto del representante del Ministerio Público como del fallador de primera instancia. Corresponde entonces, como se ha considerado en la jurisprudencia[[9]](#footnote-9), al juez *“en el marco de su autonomía funcional y como garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda[[10]](#footnote-10) y extraer el verdadero sentido y alcance de la pretensión judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción. // Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración[[11]](#footnote-11), eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda[[12]](#footnote-12)”.*

Del sustento fáctico de la demanda y las pretensiones enunciadas, es posible identificar que la finalidad propuesta por el demandante es obtener la declaratoria de responsabilidad contractual de las entidades demandadas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de la ejecución del contrato de concesión suscrito el 13 de julio de 1993. Con todo y que la pretensión se formuló como si fuera extracontractual, las conductas constitutivas de incumplimiento que se atribuyen, en su orden son: i) haber suministrado información equivocada sobre el estado financiero y de mercadeo de la Industria Licorera de Bolívar ii) la omisión en adoptar medidas pertinentes para evitar la competencia desleal de los licores de otros Departamentos, conductas que propiciaron, según lo afirmado por el actor, un constreñimiento sobre el contratista para suscribir el acta de terminación del contrato de concesión; iii) el incumplimiento de las entidades frente a las obligaciones contraídas en el acuerdo de terminación del contrato.

Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual, pretende el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta administrativa señalada.

Los fundamentos fácticos indican que la conducta constitutiva de incumplimiento habría contribuido a que el contratista comprometiera su consentimiento en la suscripción del acta de terminación del contrato, mediando un vicio. Ahora, la competencia en esta instancia se limitará a los argumentos del recurso de apelación, sin pasar por alto, que para abordar lo relativo al incumplimiento del acta de terminación del contrato previamente corresponde resolver sobre su validez, en cuanto el demandante afirma que fue constreñido a suscribir el acta.

Por lo tanto, en garantía del acceso a la administración de justicia del actor se analizarán como cargos de nulidad relativa contra el acto de terminación anticipada del contrato, los cargos que el accionante ha invocado constitutivos de incumplimiento contractual.

En esos términos, la pretensión de responsabilidad por incumplimiento de las entidades contratantes y el consecuente reconocimiento de perjuicios causados es un asunto que en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, podía demandarse a través de la acción contractual, que fue la intentada en esta oportunidad (fl. 2 c. ppal).

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio.

**1.3. La caducidad**

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 2304 de 1989), dispuso que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento. Toda vez que se acredita la terminación del contrato de concesión de mutuo acuerdo y la liquidación del mismo, a consecuencia de su terminación, el día 18 de mayo de 1995; a partir de esta fecha corrían los 2 años de caducidad de la acción, es decir, hasta el 19 de mayo de 1997. Como la demanda se presentó el 28 de febrero de 1997, fue oportuna.

**2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

Deberá iniciar el análisis por descartar en la terminación bilateral si existe vicio del consentimiento que afecte su validez, con fundamento en los mismos cargos que se invocaron como de incumplimiento, pese a no haberse formulado expresamente pretensión de nulidad, en aras de privilegiar el acceso a la administración de justicia del demandante.

De otro lado, superado el anterior estudio deberá determinarse la procedencia de la pretensión de responsabilidad contractual por incumplimiento de las entidades demandadas. De resultar procedente, corresponde establecer si se hallan configuradas las conductas atribuidas por este concepto, en los términos invocados por la parte demandante.

A su vez, si se encuentran acreditados los perjuicios reclamados por la parte demandante, a consecuencia del incumplimiento endilgado.

**3. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que los documentos aportados por la parte demandante por fuera de la oportunidad procesal se tendrán en cuenta siempre y cuando correspondan a documentos que resuelvan el pedimento probatorio formulado en oportunidad.

De otra parte, advierte la Sala que los profesionales que rindieron el dictamen pericial decretado en primera instancia, allegaron por fuera de la oportunidad procesal, complementación al concepto rendido, sin que la misma se hubiere solicitado de oficio o a petición de parte, a su vez, anexaron documentos de los cuales se valió el *a quo.* Al respecto la Sala considera que no es procedente valorar la complementación del dictamen, en tanto se rindió sin el cumplimiento de las exigencias legales[[13]](#footnote-13), ni los documentos anexos, toda vez que no fueron aportados en oportunidad.

3.1. La sociedad Proveedores del Caribe Ltda., presentó propuesta para la celebración del contrato de concesión *“para el uso y administración de los bienes, equipos y maquinarias para el manejo de los procesos de producción, distribución y comercialización de licores y alcoholes de la Industria Licorera de Bolívar”*, en la que se comprometió como oferente, entre otros aspectos, a los siguientes, en materia financiera, de proyección de mercadeo y ventas, y asuntos laborales:

*“4. Desarrollo de la propuesta*

*(…)*

*4.1. Estructura de la nueva organización*

*(…)*

*4.1.1. Administrativa*

*(…)*

*4.1.2. Operativa*

*(….)*

*4.1.3 Financiera*

*La sociedad Proveedores del Caribe Ltda., está conformada por los socios Moisés Araujo y Edgardo Borelli.*

*De ser adjudicada la concesión, la Sociedad está en capacidad económica de cumplir con los compromisos que se hacen en esta propuesta, de cancelar la totalidad del pasivo de la Industria Licorera de Bolívar, adquirir y reparar maquinarias y equipos, adecuar las instalaciones industriales y oficinas, ejecutar el plan publicitario y de mercadeo, reparar y acondicionar el parque automotor, modernizar las redes telefónicas, etc.*

*Además, se adjuntan a la propuesta cartas de intención de entidades bancarias que afirman su interés y aprobación para conceder los préstamos necesarios para el buen funcionamiento de la empresa que maneja la producción, distribución y comercialización de licores dentro y fuera del Departamento de Bolívar y del país, lo que le da mayor solidez económica a la sociedad.*

*4.2. Proyección de mercadeo y ventas*

*Como lo habíamos comentado, merece éste punto una especial dedicación de Proveedores del Caribe Ltda., como concesionarios de la Industria Licorera de Bolívar, en atención a que es necesario la optimización de la producción de licores, a partir del reacondicionamiento de las instalaciones y su consecuente modernización y sistematización de los equipos, que nos proponemos adelantar en un programa a corto plazo, aprovechando las bondades de la apertura económica en lo que se refiere al régimen arancelario y de importación de maquinaria industrial.*

*Concomitante con éste programa, adelantaremos una agresiva campaña publicitaria, dentro y fuera del departamento y del país, con el objeto de recuperar rápidamente los mercados de los licores de la Industria, especialmente el TRES ESQUINAS, el cual ya había estado ampliamente posicionado en el mercado de los licores.*

*Inicialmente el esfuerzo de la Empresa estará dirigido a posicionar el TRES ESQUINAS, posteriormente con fundamento en estudios de producción y mercadeo, esperamos producir y comercializar otros licores como el whisky, vodka, ginebra, anisados, vinos, etc.*

*(…)*

*4.2.1. Programa de reposición y modernización de equipos e instalaciones*

*Lograr niveles óptimos en la producción de licores y alcoholes sólo es posible con una acción decidida encaminada a la modernización de la factoría, en lo que se refiere a la maquinaria industrial, equipo de oficina e instalaciones.*

*Se adquirirán y repondrán los equipos para dos nuevas líneas de producción con capacidad de 10.000 unidades/hora cada una, para obtener una producción mensual de 180.000 a 200.000 cajas de licor, con sistemas de controles acordes con los últimos avances tecnológicos.*

*(…)*

*4.2.2. Ante el impacto negativo que ha sufrido la imagen del TRES ESQUINAS, es necesario definir e impulsar una estrategia de publicidad y mercadeo, a partir de un plan de investigación de mercados, cuyo objetivo inicial será la Costa Atlántica.*

*(…)*

*4.2.3 Proyección de producción y ventas*

*4.3. Compromisos con el Departamento de Bolívar*

*La empresa concesionaria CANCELARA de manera inmediata a nombre de la Industria Licorera de Bolívar, la totalidad del pasivo que hasta la fecha de la firma del contrato de concesión, tenga la Industria Licorera de Bolívar.*

*Los compromisos que adquiere la Empresa los podemos clasificar en directo e indirectos.*

*En los primeros se incluyen las transferencias de los impuestos al consumo y a las ventas, los compromisos laborales con el personal activo y jubilado, las deudas con proveedores, obligaciones por concepto de servicios públicos, etc.*

*En los indirectos, contemplamos una serie de programas sociales dirigidos al mejoramiento de la condiciones de vida de quienes dependen directa o indirectamente de la empresa, y de protección al medio ambiente.*

*Es menester precisar que la Empresa asumirá el pago de la nómina de jubilados que tenga la Industria Licorera de Bolívar, de manera directa, con lo cual esperamos contribuir a la solución de este problema social y financiero que ha venido afectando el normal funcionamiento del departamento.*

*La deuda que adquiera la Industria Licorera de Bolívar con la empresa PROVEEDORES DEL CARIBE Ltda., por concepto de la cancelación de los pasivos de la Industria Licorera, se pagará con el cincuenta por ciento (50%) del Impuesto al consumo que se abonará primero a los intereses, a una tasa de interés equivalente al D.T.F.+5% mes vencido, y el excedente se abonará al capital.*

*Pero si el 50% no alcanzáre para cubrir los intereses, la diferencia se cancelará en el mes siguiente sin que la Empresa PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA., pueda cobrarle a la Industria Licorera, intereses sobre estos intereses.*

*Se anota además, que el restante cincuenta por ciento (50%) del Impuesto al consumo, se entregará al Departamento de Bolívar en los términos de ley.*

*4.3.1. Impuesto al consumo*

*(…)*

*4.3.2. Impuesto a las ventas*

*(…)*

*4.3.3. Compromisos laborales*

*Los compromisos laborales serán asumidos en su totalidad por la Empresa Proveedores del Caribe, la cual adelantará un estudio de organización y productividad, con el objeto de determinar las calidades y condiciones de los actuales trabajadores de la Industria.*

*Con el resultado de éste estudio, presentaremos un plan de retiro, que cumpliendo con las disposiciones de las normas laborales, contemple estímulos económicos para los trabajadores que no se adecúen al perfil de calidad y eficiencia de la nueva Empresa.*

*4.3.4. Regalias*

*La Empresa PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA., cancelará por concepto de regalías la nómina de jubilados de la Industria Licorera de Bolívar, en su totalidad y en forma directa.*

*Para ello aplicará durante los primeros cinco (5) años de vigencia del contrato de concesión, el valor correspondiente a DOS MIL PESOS MCTE., ($2.000,oo) por caja de licor que se venda. Si la liquidación de las cajas vendidas no alcanza a cubrir el valor de la nómina de jubilados, la Empresa asume la diferencia del costo total de la nómina y en el evento en que ésta liquidación sea superior al valor de la nómina de jubilados, la Empresa concesionaria transferirá el saldo al Departamento de Bolívar.*

*Del sexto año al décimo de la ejecución del contrato, la Empresa cancelará la suma de tres mil pesos mcte, ($3.000,oo) por caja de licor vendida.*

*Del año undécimo a la finalización del contrato de concesión, la Empresa cancelará la suma de cuatro mil pesos mcte, ($4.000,oo), por cada caja que se venda. (…)”* (f. 297 a 355 c. ppal.).

3.2. El 13 de julio de 1993, el Departamento de Bolívar, la Industria Licorera de Bolívar, por una parte, a nombre del Departamento y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., suscribieron el contrato administrativo de concesión de las actividades de producción, distribución y comercialización de licores y alcoholes que viene realizando la Industria Licorera de Bolívar. Dentro de sus estipulaciones contractuales se destaca (fls. 75 a 95, c. ppal)[[14]](#footnote-14):

*CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO: La Sociedad Proveedores del Caribe Limitada, que para todos los efectos de este contrato se denomina EL CONCESIONARIO, por su cuenta y riesgo se obliga para con el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, que para los efectos de este contrato se denominan EL DEPARTAMENTO, a llevar a cabo los procesos de producción, distribución y comercialización de los licores destilados y alcoholes que de acuerdo con la Constitución y la ley constituyen monopolio rentístico de EL DEPARTAMENTO, actividades que venía ejerciendo a través de un ente descentralizado como lo es la Industria Licorera de Bolívar. Como garantía para el desarrollo normal de las obligaciones que contrae el CONCESIONARIO, EL DEPARTAMENTO y la Industria Licorera de Bolívar se obligan a abstenerse de desarrollar actividades paralelas a las de EL CONCESIONARIO por el término del contrato. En forma muy clara se deja establecido que dentro del criterio de las actividades que por su cuenta y riesgo se obliga a realizar EL CONCESIONARIO, éste no puede directa ni indirectamente comprometer ni a la Industria Licorera de Bolívar ni al Departamento de Bolívar y que, en consecuencia, todos los pasivos, obligaciones y compromisos que adquiera en desarrollo del cumplimiento del contrato son de la exclusiva responsabilidad de EL CONCESIONARIO, quien en ningún tiempo ni en ningún modo ni por causa alguna podrá afectar o gravar los bienes de EL DEPARTAMENTO, comprendiendo esta expresa prohibición a los bienes de la Industria Licorera de Bolívar. // CLÁUSULA SEGUNDA.- TERMINO DEL CONTRATO: Las partes convienen para este contrato un término de veinte (20) años contados a partir del día de su perfeccionamiento. No obstante el señalamiento de su duración, primará lo establecido en el Régimen de Contratación del Departamento de Bolívar (Decreto 294 del 17 de marzo de 1993 dictado por el Gobernador del Departamento) en su artículo 27, es decir, cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para interés del público el cumplimiento del objeto del contrato, este podrá darse por terminado unilateralmente por el Gobernador del Departamento de Bolívar mediante resolución motivada, contra la cual puede interponerse solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda ejercer EL CONCESIONARIO. Conforme lo precisa el parágrafo uno (1) del mentado artículo 27, la resolución de terminación unilateral del contrato sólo puede estar fundada en consideraciones de orden público o de coyuntura económica crítica verdaderamente ostensibles o de gran connotación, que impiden o hagan imposibles las actividades regulares de comercio. En firme la resolución en referencia de conformidad con lo que predica el inciso segundo del artículo 27 citado “se procederá a la liquidación del contrato, para lo cual se tomará en cuenta el estimativo de los perjuicios que deban pagarse. En ningún caso la resolución de terminación unilateral podrá dictarse sin previo concepto del Consejo de Gobierno”. PARÁGRAFO PRIMERO.- LIMITACIÓN AL TÉRMINO: El presente contrato no podrá prorrogarse ni renovarse.- PARÁGRAFO SEGUNDO.- TERMINACIÓN VOLUNTARIA: El presente contrato podrá darse por terminado por mutuo acuerdo de las partes tal como lo establece el artículo 1602 del C. C.(…) //CLÁUSULA CUARTA.- FORMA DE PAGO-. El CONCESIONARIO se obliga a pagar a el Departamento de Bolívar, en forma directa a su Tesorería Departamental, como contraprestación por la concesión que se le otorga, objeto del presente contrato, las siguientes sumas de dinero: A.) Durante los primeros cinco (5) años de ejecución del contrato pagará la cantidad de dos mil ($2000,oo) PESOS M/CTE., por cada una de las cajas de licor o productos de la industria vendidas, cada mes vencido, en ese periodo de cinco (5) años. B) A partir inclusive del sexto año en adelante hasta el vencimiento del contrato pagará la cantidad de dos mil ($2.000,oo) pesos m/cte. por cada una de las cajas de licor o productos de la Industria vendidas, cada mes vencido, suma ésta que se incrementará anualmente en forma porcentual de acuerdo con la rata en que se aumentare el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, o quien haga sus veces, durante el periodo anual inmediatamente anterior.- PARÁGRAFO PRIMERO.- LÍMITE MÍNIMO DE PAGO: En todo caso las sumas de dinero que deba pagar EL CONCESIONARIO por mensualidades vencidas, nunca podrán ser inferiores a la totalidad del dinero que le corresponda pagar a la Industria Licorera de Bolívar por su nómina de jubilados mensualmente, durante todo el tiempo de ejecución del contrato.- PARAGRAFO SEGUNDO.- PAGO A JUBILADOS: EL CONCESIONARIO se obliga a pagar en nombre de la Industria Licorera de Bolívar, del producido de las regalías, la nómina de sus jubilados por mensualidades vencidas de conformidad con los reajustes pensionales de ley, tal como se determina en el contenido de la propuesta, en los mismos términos que esta lo venía haciendo directamente; ello lo hará durante la vigencia de este contrato. Luego del pago mensual de la nómina de jubilados de la Industria Licorera de Bolívar el saldo, si lo hubiere, lo entregará también mensualmente EL CONCESIONARIO a el Departamento de Bolívar en forma directa a su Tesorería Departamental.- (…)//(…)CLAUSULA NOVENA.- ASUNCIÒN DEL PASIVO O DEUDA DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLIVAR: EL CONCESIONARIO asume la obligación de pagar la totalidad del pasivo de la Industria Licorera de Bolívar existente hasta la fecha de iniciación de su vigencia contractual, de acuerdo con la relación que aparece en el anexo No. 3 de este documento; el pasivo incluye el pago y liquidación definitiva de todas y cada una de las obligaciones laborales, tales como, salarios, cesantías, indemnizaciones, bonificaciones y cualquier otro tipo de prestación y egreso laboral respecto de todos los trabajadores de la Industria Licorera de Bolívar, en atención de que a la totalidad de ellos se les declarará terminado el contrato de trabajo, pues esta es la voluntad de la Industria Licorera de Bolívar, para hacerle entrega de la concesión a EL CONCESIONARIO libre de compromisos laborales de índole contractual. Por su parte, EL CONCESIONARIO aportará la totalidad de las sumas de dinero necesarias para pagar tales obligaciones laborales. A su turno, el DEPARTAMENTO reintegrará al CONCESIONARIO las sumas de dinero que éste pagare por la Industria Licorera de Bolívar más sus intereses a una tasa mensual por periodos vencidos, equivalente al D.T.F. más un cinco por ciento (5%), con el Impuesto al Consumo de Licores en la forma establecida en la cláusula duodécima, durante el tiempo que se requiera dentro de la ejecución del contrato. Las partes convendrán mediante actas previas que serán suscritas por el Gobernador del Departamento de Bolívar y el Representante Legal de EL CONCESIONARIO, las obligaciones a pagar por EL CONCESIONARIO en cada caso y en el orden de prioridad que ellas establezcan, tales actas prestarán mérito de recaudo ejecutivo cuyo título de ejecución complejo se integrará junto con el presente contrato más la constancia o certificación del pago efectuado, por cuanto esa es la voluntad de las partes. (…)// (…) CLÁUSULA VIGESIMO PRIMERA.- OBLIGACIONES POSTERIORES AL VENCIMIENTO DEL CONTRATO: Ejecutoriada la resolución administrativa de caducidad o terminado el contrato por cumplimiento del plazo, o por anticipo del mismo previo acuerdo entre las partes, o por terminación unilateral, o finalizado el contrato, sea cual fuere la forma de su terminación, se suscribirá un acta en la que se expresaran los fenómenos acaecidos y las obligaciones pendientes.” (…) //“(…) CLÁUSULA VIGESIMO TERCERA.- VALOR DEL CONTRATO: Con fundamento en la naturaleza del negocio jurídico realizado en este contrato, y especialmente lo señalado en sus cláusulas cuarta y quinta, que reglamentan, en su orden, la contraprestación liquida a percibir por el Departamento de Bolívar y el número de cajas a vender por EL CONCESIONARIO durante toda la vigencia del contrato, el valor fiscal anual del mismo será el resultado de multiplicar el precio de la contraprestación a pagar por cada caja de licor, por el número de cajas de licor a vender anualmente.” (…)* (fl. 75 a 95 c. ppal).

3.3. El 16 de diciembre de 1993, el Gobernador del Departamento de Bolívar, el Gerente encargado de la Industria Licorera de Bolívar y el representante legal de la Sociedad Proveedores del Caribe Ltda., suscribieron *otro sí* al contrato de concesión, bajo las siguientes consideraciones:

*“PRIMERA: Que mediante Resolución No. 1177 del 18 de junio de 1993, expedida por el Gobernador del Departamento de Bolívar, se adjudicó el contrato de concesión para la producción, distribución y comercialización de los licores y alcoholes de la Industria Licorera de Bolívar a la firma Proveedores del Caribe Ltda. SEGUNDA: Que el día 13 de julio de 1993, se suscribió el mencionado contrato de concesión entre el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, por una parte, y la firma PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA, por la otra parte. TERCERA. Que desde la fecha anteriormente citada, se iniciaron los trámites administrativos de perfeccionamiento, lo cual culminaría, cuando el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar lo revisara y declarara formalmente ajustado a derecho, al tenor de las normas nacionales y departamentales que regulan los contratos administrativos. CUARTA: Que en virtud de lo dispuesto por la ley 80 de 1993, en su artículo 81 y en concordancia con lo estatuido en el Artículo 4º del Decreto 2251 del mismo año, el Tribunal Administrativo de Bolívar, perdió competencia para revisar el contrato, como lo sostiene dicho organismo en su providencia de sala plena de fecha 30 de noviembre de 1993, la cual se halla debidamente ejecutoriada. QUINTA: Que en virtud de lo anterior, el contrato de que se viene hablando, quedó perfeccionado y las partes con plena capacidad legal para adelantar su ejecución. SEXTA: Que en comunicación CG-0121 de octubre 26 de 1993, reiterada con detalles explicativos en la comunicación No. CG0128 del 7 de diciembre de 1993, el concesionario solicitó al Gobernador del Departamento, restablecer la ecuación contractual, aduciendo razones como las siguientes: a) El aumento considerable de los pasivos laborales, comerciales y fiscales de la Industria Licorera de Bolívar. b) El deterioro del mercado del Ron Tres Esquinas; c) El incremento de la nómina de los jubilados. El estimativo que se tuvo en cuenta al momento de la presentación de la oferta, fue el pasivo existente a la fecha, el cual era por la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (2.874.157.535,76), proyectándose su aumento por el tiempo que duraría el proceso a unos TRES MIL MILLONES DE PESOS (3.000.000.000), y en la actualidad el pasivo asciende a más de CINCO MIL MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (5.841.792.372.80) (sic). SEXTA. Que en la fecha en que se adjudicó el contrato, en esa resolución administrativa se dispuso que el adjudicatario debía prorrogar el término de la garantía de seriedad de la oferta por tres (3) meses más, la que sería devuelta una vez se perfeccionara el contrato, lo cual indica el tiempo máximo de perfeccionamiento del contrato. SÉPTIMA: Que desde la fecha de adjudicación han transcurrido cinco (5) meses y veintiocho (28) días, lo que ha incidido notablemente en la pérdida de las condiciones iniciales del contrato, que fueron tenidas en cuenta para la presentación de la propuesta y para la suscripción del contrato. OCTAVA: Que de conformidad a las normas vigentes, en especial la ley 80 de 1993 y el Decreto 2251 del 11 de noviembre del mismo año, y teniendo en cuenta las consideraciones aquí expuestas y con miras a mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato, por ser una situación imprevista y no imputable al concesionario. ACUERDAN: CLAUSULA PRIMERA. El Concesionario se obliga a producir y vender en el territorio nacional y/o en el extranjero, volúmenes mínimos semestrales en caja de doce (12) unidades de 750 centímetros cúbicos cada unidad, o su equivalente en licores destinados, o alcoholes, así:*

*SEMESTRE No. DE CAJAS A PRODUCIR Y VENDER BOLÍVAR*

*1. 150.000 Ciento cincuenta mil cajas 52.500*

*2. 180.000 Ciento ochenta mil cajas 63.000*

*3. 210.000 Doscientos diez mil cajas 73.500*

*4. 240.000 Doscientos cuarenta mil cajas 84.000*

*5. 270.000 Doscientos setenta mil cajas 94.500*

*6. 300.000 Trescientas mil cajas 105.000*

*PARÁGRAFO: Del séptimo semestre en adelante el concesionario se obliga a producir y a vender por semestre el número de cajas señaladas en el contrato de acuerdo con la programación inicialmente pactada. Si dentro del término de los seis (6) semestres iniciales de ejecución del contrato, las condiciones del mercado observan un comportamiento favorable, lo estipulado en esta cláusula se someterá a revisión con el objeto de lograr los niveles máximos de producción y venta. CLÁUSULA SEGUNDA: El concesionario se obliga a cancelar los pasivos fiscales existentes a la fecha de la firma del presente Acuerdo, a partir del 16 de diciembre de 1995. Sin perjuicio de que las obligaciones fiscales que se causen a partir de la vigencia de ejecución del contrato, sean canceladas en el momento legalmente exigible. CLÁUSULA TERCERA: La cláusula duodécima del contrato de concesión que trata sobre impuestos y transferencias, en cuanto a lo que concierne al Impuesto de Consumo de Licores señalado en el literal b de dicha cláusula, se modifica en el siguiente sentido: Durante los tres (3) primeros años de ejecución del contrato, el concesionario deducirá mensualmente del Impuesto al Consumo de Licores la diferencia faltante para cubrir el valor de la nómina de jubilados de la INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR. El remanente lo utilizará en un 95% para cubrir el pago del servicio de la deuda, el 5% restante lo girará mensualmente al Departamento en la forma estipulada en el contrato. Una vez transcurrido este término las deducciones correspondientes a este concepto se harán de acuerdo con lo inicialmente pactado en el contrato. CLÁUSULA CUARTA: Si el concesionario cancelare la totalidad de las obligaciones asumidas a través de la cláusula novena del contrato, con recursos del crédito equivalente a una tasa mensual de intereses inferior al D. T. F. más un 5%, le cederá al Departamento en su totalidad el beneficio del interés más bajo; si la cancelación de tales obligaciones la hiciere con recursos propios el interés a cancelar por parte del Departamento será el equivalente a una tasa mensual de interés del D.T.F. más el 1%. CLÁUSULA QUINTA: Los contratantes ratifican en todas sus partes las obligaciones y derechos a sus cargos (sic), contenidos en el contrato de concesión para la producción, distribución y comercialización de los licores y alcoholes de la INDUSTRIA LICORERA DE BOLÌVAR, suscrito por los mismos, salvo lo adicionado mediante el presente Acuerdo. (…)* (f. 96 a 99 c. ppal.).

3.4. El 1º de julio de 1994, las partes suscribieron *otro sí* al contrato de concesión, en el que plasmaron las siguientes consideraciones:

*“PRIMERA: Que de acuerdo a la reunión sostenida por las partes para la evaluación del cumplimiento del contrato de concesión correspondiente al primer semestre de 1994, se pudo constatar que las cajas vendidas mensualmente han sido atípicas es decir, cíclicas. SEGUNDA: Que el concesionario ha tenido que respetar contratos de distribución celebrados con anterioridad al recibo de la concesión, en los cuales se estipularon volúmenes de ventas mínimas y en condición (sic) desventajosas para el concesionario como en los casos de los distribuidores en los Departamentos de Sucre y Córdoba. TERCERA: Que con el objeto de mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato, y por ser una situación no imputable a las partes, sino al mercado como consecuencia del contrabando de licores. ACUERDAN: CLÁUSULA PRIMERA: Por la cual se modifica el parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de concesión que trata sobre el límite mínimo de pago, con la siguiente adición: Si las regalías generadas en el mes no alcanzaren para cubrir el valor de la nómina de jubilados, se utilizará el 95% del impuesto al consumo de licores ó participación porcentual, para cubrir la diferencia resultante por la suma cancelada, durante la vigencia del contrato, en el evento de que las regalías generadas más el 95% del Impuesto al Consumo de Licores ó participación porcentual generadas en ese mes, no alcanzaré (sic) para cubrir la totalidad de la nómina de jubilados el concesionario podrá utilizar las regalías y el 95% del Impuesto al consumo de licores o participación porcentual que se generan en los meses siguientes para cubrir las diferencias en dinero cancelados por los meses anteriores. CLÁUSULA SEGUNDA: Por la cual se modifican las cláusulas duodécimas del contrato de concesión que trata sobre impuestos y transferencias en contrato a lo que concierne al Impuesto al consumo de licores señalando en el literal “B” de dicha cláusula tercera de otro sí, firmado por las partes se modifica en el siguiente sentido: Del impuesto al consumo de licores, mensualmente el concesionario deducirá durante los tres primeros años un 95% de lo recibido por tal concepto, que se abonará mensualmente, en primer lugar a la diferencia faltante de la nómina de jubilados canceladas en meses anteriores; en segundo lugar, la diferencias cancelada de la nómina de jubilados del respectivo mes, en tercer lugar, los saldos de interés que se hayan dejado de abrir en periodos mensuales anteriores; en cuarto lugar, se aplicará a los intereses causados durante el respectivo periodo mensual de su captación y finalmente el saldo se abonará a capital. Una vez cumplido el término de los 3 años aquí establecidos, las deducciones se harán de acuerdo a lo inicialmente pactado en el contrato. CLÁUSULA TERCERA: Por lo cual se modifica la cláusula quinta del contrato de concesión y cláusula primera del otro sí, firmado entre las partes, quedando de la siguiente manera: El concesionario se obliga a producir y vender durante cinco (5) semestres a partir de la firma del presente documento en el territorio nacional y/o en el extranjero, volúmenes mínimos semestrales en cajas de doce (12) unidades de 750 centímetros cúbicos cada unidad, o su equivalente en licores destilados, o alcoholes, la cantidad de 90.000 cajas semestrales, de esta cantidad el 35% deberá venderse en el Departamento de Bolívar. PARÁGRAFO: Del sexto (6) semestre en adelante el concesionario se obliga a producir y a vender por semestre el número de cajas señaladas en el contrato de acuerdo con la programación inicialmente pactada. CLÁUSULA CUARTA: Por medio de la cual se modifica la cláusula novena del contrato de concesión y se limita al monto del pasivo o deuda de la Industria Licorera de Bolívar de la siguiente manera: El concesionario cancelará los pasivos de la Industria Licorera de Bolívar asumidos en la cláusula novena hasta la suma de $4.237.202.926,23. Los pasivos fiscales que ascienden a la suma de $1.706.408.283,46 producto del IVA, se cancelaran a partir del 16 de diciembre de 1995 tal como se acordó en la cláusula segunda del otro sí firmado entre las partes. En caso de que existan o se generen otras obligaciones de índole laboral, comercial o fiscal serán canceladas directamente por el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar. CLÁUSULA QUINTA: Los contratantes ratifican en todas sus partes las obligaciones y derechos a sus cargos, contenidos en el contrato de concesión para la producción, distribución y comercialización de los licores y alcoholes de la Industria Licorera de Bolívar, suscritos por los mismos salvo a lo adicionado mediante el presente acuerdo. (…)”* (f. 100 a 101 c. ppal).

3.5. El 16 de diciembre de 1994, el Departamento de Bolívar, la Industria Licorera de Bolívar y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., suscribieron *otro sí*, al contrato de concesión, por el cual:

*“acuerdan: PRIMERO: Para efectos de cumplir lo dispuesto en la ordenanza No. 29 de diciembre 13 de 1994, la cláusula cuarta, parágrafos primero y segundo del contrato de concesión, se ejecutará de conformidad con lo dispuesto en la citada ordenanza a partir del día 1º de enero de 1995. (…)”* (f.102 c. ppal.).

3.6. El 6 de abril de 1995, el Departamento de Bolívar, la Industria Licorera de Bolívar por una parte, y la Sociedad Proveedores del Caribe Limitada, firmaron acuerdo para dar por terminado el contrato de concesión de las actividades de producción, distribución y comercialización de licores y alcoholes:

*CLÁUSULA PRIMERA: Declaración de terminación del contrato por mutuo acuerdo de las partes. Las partes, EL DEPARTAMENTO Y EL CONCESIONARIO, declaran y libremente consienten por acuerdo mutuo en terminar, a partir de la fecha de suscripción de este documento, el contrato ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN de las actividades de producción, distribución y comercialización de licores y alcoholes que venía realizando la Industria Licorera de Bolívar, celebrado entre las mismas partes el día 13 de junio de 1993 en la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C. con vigencia a partir del 16 de diciembre de 1993. Este contrato para efectos de acuerdo que lo termina se denominará en las restantes cláusulas el CONTRATO DE CONCESIÓN. CLÁUSULA SEGUNDA: DESARROLLO HISTORICO DEL CONTRATO. Las partes aceptan como desarrollo histórico del contrato de concesión que mediante este acuerdo se termina, en sus etapas de formación pre-contractual, celebración, la relación de las circunstancias contenidas en los documentos que conforman el ANEXO No. 1, que se encuentra constituido por el contrato de concesión con sus anexos y otros si debidamente protocolizados, documentos que hacen parte integrante de este acuerdo. CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. En armonía con la cláusula primera, las obligaciones a que se compromete el CONCESIONARIO, en virtud de este acuerdo son las siguientes: PAGO DE REGALIAS.PAGO DE IMPOCONSUMO. PAGO DE ISS. PAGO DE IVA. PAGO DE JUBILADOS Y PENSIONADOS HASTA 31 DE DICIEMBRE- PAGO DE RETENCIÓN EN LA FUENTE. PAGO DE SALDO PENDIENTE QUE SURGE COMO CONSECUENCIA DE LA CONFRONTACIÓN DE INVENTARIOS. PAGO DE SALDO PENDIENTE A FAVOR DE COMFENALCO. PAGO DE SERVICIOS PÚBLICOS A LA FECHA DE ESTE ACUERDO. Estos conceptos, como obligaciones contractuales a cargo del concesionario, se han cuantificado y liquidado de conformidad con lo descrito en el ANEXO No. 2, documento que hace parte integrante de este acuerdo. El concesionario se obliga a cancelar incondicionalmente el concepto obligacional debido por regalías e impoconsumo, directamente a la Tesorería Departamental sin que se desvirtúe su destinación legal específica, o mediante compensación, tomando como monto exacto en su cuantificación, liquidación e imputación lo especificado al efecto en el ANEXO No. 3, documento que hace parte integrante de este acuerdo. El concepto obligacional insoluto de IVA será cancelado directamente por el CONCESIONARIO a la entidad recaudadora, al igual que la obligación debida al ISS, el pago de jubilados, retención en la fuente, saldo de Comfenalco, en el término máximo de veintidós (22) días a partir de la firma de este acuerdo, mediante pagos que deberá demostrar al momento de suscribir el acta de liquidación del contrato, con la presentación de comprobantes auténticos que harán parte integrante de dicha acta definitiva. Las sumas de dinero que sean canceladas por el concesionario con posterioridad a la firma de este acuerdo por cuenta y a cargo de la industria licorera serán reembolsados por el departamento reconociendo el pago de la misma tasa de interés pactada en el contrato de concesión. CLÁUSULA CUARTA: DETERMINACIÓN DEL PASIVO QUE ADEUDA EL DEPARTAMENTO AL CONCESIONARIO. De conformidad con lo establecido en la cláusula novena del contrato de concesión y en sus otro si, EL CONCESIONARIO asumió la obligación de pagar la totalidad del pasivo de la INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR, existente hasta la fecha de iniciación o vigencia del respectivo contrato de concesión. En razón de lo prescrito en la misma cláusula novena, el DEPARTAMENTO se obligó a reintegrar al CONCESIONARIO las sumas de dinero que éste pagare por la INDUSTRIA LICORERA DE BOLIVAR, más sus intereses a una tasa mensual por periodos vencidos, equivalente al D.T.F., más un cinco por ciento (5%), con el impuesto al consumo de licores en la forma establecida en la cláusula duodécima del contrato de concesión durante el tiempo de su ejecución. Mediante OTROS SI, (ver anexo número 1), EL DEPARTAMENTO ratificó la obligación de reintegrar, con algunas modificaciones, las sumas de dinero que el CONCESIONARIO pagare como asunción de la deuda o pasivo de la INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR. Igualmente, el Departamento reconoce como una de las obligaciones a su cargo, el cubrimiento del monto invertido por el concesionario en promoción y publicidad para la explotación de la Industria, en la medida de utilidad futura de tales mecanismos de promoción y publicidad. Estas obligaciones a cargo del DEPARTAMENTO serán pagadas en el término máximo de veinte (20) días, a partir de la fecha de suscripción de este acuerdo. La cuantificación y liquidación de esta deuda se encuentra establecida, hecha la compensación acordada en la cláusula 3ª de este acuerdo, en el ANEXO no. 4, documento que hace parte integrante de este acuerdo. En todo caso, los intereses pactados, serán cancelados hasta la fecha en que se produzca el pago de la obligación, imputando el pago, primero intereses y luego a capital. (…)// (…) CLÁUSULA SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO FRENTE A TERCEROS. Las obligaciones o pasivos laborales, fiscales, tributarios, de servicios públicos, contractuales o extra- contractuales o que emanen de otra fuente obligacional y que el concesionario haya adquirido o surjan en relación con terceros son de su directa y exclusiva responsabilidad, y deben ser solucionadas o canceladas por la sociedad CONCESIONARIA, sin que este acuerdo implique, cambio de deudor, novación, cesión, subrogación o sustitución obligacional alguna a cargo de EL DEPARTAMENTO Y/O LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÌVAR. El concesionario prestará, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente, una garantía de pago de salarios y prestaciones sociales por el término de tres (3) años. CLÁUSULA SÉPTIMA: DESISTIMIENTO DE ACCIONES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES- RENUNCIA A SU INSTAURACIÓN. Las partes, fundamentadas en los términos de este acuerdo y por mutuo consentimiento, se declaran a paz y salvo por todo concepto que se origine del contrato de concesión que los vinculara y se obligan a desistir formalmente de las actuaciones administrativas y/o judiciales o extrajudiciales de cualquier clase que hubiesen incoado por causa del mismo contrato de concesión. Igualmente, renuncian, libre, inequívoca y expresamente a la proposición de trámites administrativos, agotamiento de vías gubernativas, mediante peticiones o interposición de recursos ordinario y/o extraordinarios, o mediante cualquier otro medio; así como renuncian libre, inequívoca y expresamente a la instauración y prosecución de demandas o acciones o procesos judiciales, o a través de tribunales de arbitramento, de cualquier naturaleza, que tengan como causa o se relacionen con el acto contractual concesionario que vinculara a las partes, en todas sus etapas, para la nulidad, acción contractual, restablecimiento de derecho, reparación directa, cumplimiento, resolución, modificación o terminación o cualquier otro efecto en relación con los estados, derechos y obligaciones que se deriven de las cláusulas consagradas en el CONTRATO DE CONCESIÓN y SUS OTROS SI, constituyéndose este mutuo acuerdo en sustento probatorio fehaciente para la proposición y prosperidad de la excepción de renuncia al derecho de pedir o accionar administrativa, judicial y/o extrajudicialmente y de la excepción de conciliación y pago de derechos y obligaciones entre los contratantes, frente a la parte que en actitud constitutiva de conducta infundada y temeraria proceda en violación a lo convenido en esta cláusula. PARÁGRAFO: Las partes acuerdan dejar a salvo de los desistimientos y renuncias que se hacen en esta cláusula y como obvia excepción, las acciones que el DEPARTAMENTO deba iniciar y proseguir contra EL CONCESIONARIO para dar cumplimiento a lo estipulado contractualmente en la cláusula 15ª del contrato de concesión sobre reversión de todos los derechos, marcas y bienes, en aspecto que se ratifica integralmente por consentimiento de las partes. //CLÁUSULA OCTAVA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El contrato de concesión será liquidado en el término máximo de veinticinco (25) días, con sujeción a las cláusulas del contrato de concesión, de sus otros sí y de este acuerdo con lo determinado en sus anexos sin lugar a modificación u oposición alguna de las partes. La liquidación del contrato se realizará de común acuerdo entre las partes dentro del término previsto en esta cláusula; si por cualquier motivo ésta llegare a producirse unilateralmente por la administración, mediante acto administrativo, el concesionario se reserva el derecho a impugnarla por la vía administrativa y judicial. CLÁUSULA NOVENA. Las partes se reservan el derecho de exigir por vía administrativa y/o judicial el cumplimiento de las obligaciones contenidas en este acuerdo. Para este efecto las partes convienen en constituir este mutuo acuerdo en título ejecutivo complejo que se integrará con todos los documentos que lo conforman”* (fl. 56-60 c. ppal).

3.7. El 18 de mayo de 1995, el Departamento de Bolívar, la Industria licorera de Bolívar y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., suscribieron acuerdo sobre la liquidación y pago de las obligaciones reconocidas en el convenio celebrado el día 6 de abril de 1995, por el cual se dio por terminado por mutuo acuerdo de las partes el contrato administrativo de concesión de las actividades de producción, distribución y comercialización de alcoholes que venía produciendo la Industria Licorera de Bolívar así:

*CLÁUSULA PRIMERA: DETALLE DE LAS OBLIGACIONES RECONOCIDAS ENTRE LAS PARTES AL MOMENTO DE DAR POR CANCELADO EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y SU CORRESPONDIENTE PAGO A LOS ACREEDORES:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *FECHA* *DD/MM/AA* | *CONCEPTO* | *MONTO*  |
| *31/03/95* | *CAPITAL RECONOCIDO A FAVOR DEL CONCESIONARIO*  | *$4.163.497.552,33* |
| *31/03/95* | *INTERESES*  | *$1.413.431.888,15* |
| *31/03/95* | *TOTAL DEUDA RECONOCIDA*  | *$5.576.929.439,48* |
| *26/04/95* | *INTERESES*  | *$105.003.408,30* |
| *26/04/95* | *PUBLICIDAD*  | *$250.000.000,00* |
| *26/04/95* | *TOTAL DEUDA SEGÚN ACUERDO* | *$5.931.932.847,78* |
| *26/04/95* | *JUBILADOS, REGALIA, IMPOCONSUMO* | *$158.579.829,31* |
| *26/04/95* | *INTERESES*  | *$1.810.129,16* |
| *26/04/95* | *SERV.SECC DE SALUD (IVA), SERV.ISS* | *$1.002.716.353,00* |
| *26/04/95* | *SUBTOTAL*  | *$4.768.826.466,31* |
| *03/05/95* | *INTERESES*  | *$44.509.047,01* |
| *03/05/95* | *ABONO BANCO COLOMBIA*  | *$3.000.000.000* |
| *03/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$1.813.335.513,32* |
| *08/05/95* | *INTERESES* | *$12.088.903,42* |
| *08/05/95* | *ABONO BANCO DE OCCIDENTE* | *$1.400.000.000* |
| *08/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$425.424.416,74* |
| *18/05/95* | *INTERESES* | *$5.672.325,00* |
| *18/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$431.096.741,00* |
| *18/05/95* | *ACUERDO EMBARGO LINA AHUMADA DE CURI* | *$140.000.000,00* |
| *18/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$291.096.741,00* |
| *18/05/95* | *REMANENTE JUZGADO J.H. GARCIA*  | *$41.722.702,10* |
| *18/05/95* | *EMBARGO ESPITIA IMPRESORES*  | *$20.774.672,00* |
| *18/05/95* | *DEPARTAMENTO VALORIZACIÓN* | *$20.000.000,00* |
| *18/05/95* | *INVENTARIO SEGÚN ACUERDO BLAS GARCÍA DAZA*  | *$208.599.367* |
| *18/05/95* | *SALDO* | *$0,00* |

*CLÁUSULA SEGUNDA:*

*Las partes, Departamento y Concesionario dejan expresa constancia de su conformidad con la presente liquidación y pago de las obligaciones en la tabla anterior detallada, declarándose mutuamente a paz y salvo por las obligaciones reconocidas en el acuerdo que dio por terminado por mutuo acuerdo el contrato administrativo de concesión que originó la presente liquidación.*

*CLÁUSULA TERCERA:*

*El Departamento queda liberado de cualquier obligación que con relación a tercero haya quedado pendiente por concepto de pasivos laborales, fiscales, tributarios, de servicios públicos, contractuales o extracontractuales que no se hubiesen (sic) incluidos en el presente acuerdo de liquidación y que sean a cargo del Concesionario con ocasión del contrato de concesión, por tal circunstancia el Concesionario se obliga a responder única y exclusivamente por tales obligaciones.*

*CLÁUSULA CUARTA:*

*El Concesionario releva al departamento de cualquier obligación económica que conste en actas de cancelación de pasivo, que no hayan sido canceladas e incluidas en la (sic) presente acuerdo liquidación comprometiéndose a asumir el respectivo pago. (…)* (fl. 108 a 110 c. ppal.).

3.8. El 10 de marzo de 2000, los peritos Edinson Acosta Hernandez y Plinio Peña Villamil, contadores públicos, rindieron su experticia así (fls.226 a 230, c. ppal.):

*“De manera comedida nos dirigimos a ustedes en calidad de auxiliares de la justicia de ese honorable Tribunal actuando como tales, y tomando como base todas las pruebas que obran en el proceso y en especial sobre los documentos contables que la Industria Licorera de Bolívar y Proveedores del Caribe Ltda., han suministrado, encaminando el trabajo pericial hacia el contrato de concesión, realizado el 18 de junio de 1993.*

*Para este efecto se hizo un examen sobre las OPERACIONES sobre este contrato y de la situación financiera de la firma Proveedores del Caribe Ltda., en el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1993 y el 6 de abril de 1995 fecha última en la cual se cancela el contrato de concesión, ESTABLECIENDO lo siguiente:*

*A. DEUDAS CANCELADAS POR PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA. ADQUIRIDAS POR INDULIBOL Y NO RELACIONADAS EN EL CONTRATO FIRMADO EL 18 DE JUNIO/93 (sic).*

*Cuando se firmó el contrato entre Proveedores del Caribe Ltda., y la Industria Licorera de Bolívar, se estableció un pasivo de la Licorera que debía asumir Proveedores del Caribe Ltda., por la suma de $2.874.187.536.oo; esta cifra no se encontraba acorde con la realidad, ya que la fecha del 16 de diciembre/93, el valor real del pasivo de Indulibol es de $5.841.792.373.oo, presentándose una diferencia de $ 2.867.634.837.oo que debía ser cubierta por el concesionario de acuerdo al contrato firmado, lo que obliga a Proveedores del Caribe Ltda., a incrementar el capital de la inversión; esto se encuentra reflejado en otro sí del contrato firmado en Julio 1/94 por ambas partes y el cual se soporta con las actas de pagos de las deudas.*

*B. COSTO FINANCIERO DE LA DIFERENCIA DEL PASIVO DE INDULIBOL*

*El valor de $2.867.634.837.oo correspondiente a la diferencia del pasivo de Indulibol en el momento de la firma del contrato de concesión en Junio16/97 con Proveedores del Caribe Ltda., a la fecha de cancelación del mismo en Abril 6/95 se estimará de acuerdo a la tasa pactada en la cláusula novena que la fija de la siguiente manera DTF+5% la cual aplicamos la siguiente formula:*

*I=CxRxT donde*

*360*

*C=Capital $2.867.634.837*

*R=Tasa de Interés 34.80+5%=39.80%*

*T=Tiempo 470 días-Dic. 16/93 a Abril 6/95*

*I= 2.867.634.837 X 39.80% X470*

 *360*

*I=760.879.110*

*El costo financiero de la diferencia del pasivo de Indulibol que debió asumir Proveedores del Caribe Ltda., es de $760.879.110.oo*

*C. NÚMERO DE CAJAS PRODUCIDAS Y VENDIDAS POR PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA., ENTRE DICIEMBRE 16/93 Y MARZO 31/95*

*De acuerdo al informe presentado por la Interventoría del contrato firmado por Proveedores del Caribe Ltda, e Indulibol es de 241.687 cajas de licor de 12 botellas de 750 c.c. lo que equivale a $483.373.640.oo por el concepto de regalías, más $878.080.133.oo por concepto de impoconsumo para un gran total de $ 1.362.353.773.oo por ingreso de ambos conceptos.*

*D. LUCRO CESANTE*

*Para la elaboración de estados de resultados o de ganancias y pérdidas se tomaron en cuenta los diferentes factores que intervienen para PROYECTAR los estados financieros tales como: los requisitos contemplados en el contrato en relación a las ventas para el cálculo técnico del pronóstico de ventas o ingresos, los costos fijos y variables, los gastos de venta, de administración y financieros para tener una utilidad antes de impuestos, calcular el impuesto de renta y llegar a la utilidad neta del año 1 como base, y así se procede al cálculo de la proyección del periodo, o los años que hicieron falta para completar el cálculo de la proyección del periodo, o los años que hicieron falta para completar el contrato. En el contrato se estipuló la duración de veinte años (20 años). Se presenta a continuación un cuadro preparado por los diferentes años para presentar la UTILIDAD después de impuestos dejada de percibir, por haberse suspendido el contrato respectivo.*

*La utilidad antes de Impuestos de Renta, de cada año, se suma, es decir, la de cada columna y de esta manera se obtiene el valor TOTAL de lo dejado de ganar por la sociedad PROVEEDORES DEL CARIBE LTDA., en los años que hicieron falta para terminar el contrato.*

*La cifra de $55.643.840.542 así obtenida constituye el lucro cesante en este proceso, después de haber realizado el cálculo correspondiente como avalúo pericial.*

*E. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS*

*Entre los contratos firmados por el departamento de Bolívar la Industria Licorera de Bolívar con los señores Proveedores del Caribe Ltda., por un lado y el firmado por el Consorcio S.M. por la otra parte, existen diferencias que a continuación nos permitimos establecer:*

1. *No. 5 de cláusulas entre contratos:*

*El contrato de Proveedores del Caribe Ltda., contiene 45 cláusulas, en el contrato del consorcio S.M. este contiene 31 cláusulas, presentándose una diferencia de 14 cláusulas donde se establecen diferentes tópicos que contiene el contrato de Proveedores y adolece el contrato del Consorcio S.M., aspectos dejados de mencionar, como son lo ambiental, ecológico, social, control y financieros. Estos aspectos generan unas inversiones y por consiguiente unos costos financieros.*

1. *Volúmenes mínimos de producción y ventas*

*En el contrato de Proveedores del Caribe Ltda., el compromiso establecido para la producción y venta durante toda la vigencia del contrato es de 21.750.000 cajas de licor de 12 botellas de 750 c.c.*

*En el contrato del Consorcio S.M. el compromiso durante la vigencia del contrato es de 8.185.184 cajas de licor de 12 botellas de 750 c.c.*

*Como se puede observar existe una diferencia significativa en los volúmenes mínimos establecidos en el contrato, ya que las cajas de vender dentro del contrato del Consorcio S.M. representan el 38% de las cajas a vender en el contrato de Proveedores del Caribe Ltda.*

*Presentándose entre ambos contratos una diferencia de 13.564.816 cajas de licor de 12 botellas de 750 c.c. lo que demuestra que era para el departamento y la Licorera de Bolívar el contrato firmado en Proveedores del Caribe Ltda., (ver anexo: contrato firmado entre Industria Licorera de Bolívar y Proveedores del Caribe Ltda.).*

1. *Asunción del pasivo o deudas de la Industria Licorera de Bolívar.*

*En la cláusula 9 del contrato firmado con Proveedores del Caribe Ltda., el concesionario (Proveedores) asume la deuda de Indulibol que se cuantificó en $5.841.792.372.80 de acuerdo al otro sí firmado por ambas partes.*

*En el contrato firmado con el consorcio S.M., no se contempla esta cláusula puesto que el pasivo fue cubierto en el anterior contrato.*

*Esto quiere decir que el Consorcio SM no tuvo que hacer esa inversión tan cuantiosa de capital, como era de asumir el pasivo por $5.841.792.372.80. No realizó ningún esfuerzo financiero para iniciar el contrato.*

1. *Interventoría*

*En la cláusula 25 del contrato de Proveedores del Caribe Ltda., por medio de una interventoría se ejercerá la vigilancia y el control de las actividades que se compromete realizar el concesionario, en el contrato del consorcio S.M. se carece de esta figura de control y vigilancia.*

1. *Prórroga del contrato*

*En el contrato de Proveedores del Caribe Ltda., en la cláusula 2 en el parágrafo primero no contempla la prórroga, ni renovación del contrato.*

*En la cláusula 24 del contrato del Consorcio SM establece la posibilidad de renovación del contrato.*

1. *Cesión del contrato*

*En el contrato de Proveedores del Caribe Ltda., no está contemplada la cesión del contrato mientras que en la cláusula 14 del contrato del Consorcio SM se encuentra establecida esta posibilidad.*

1. *Valor del contrato*

*En el contrato del Consorcio SM establece un valor para los efectos legales y fiscales de $1.296.000.000.oo En el contrato de Proveedores del Caribe Ltda., es el resultante de multiplicar en NO. de cajas por $2.000.oo, que es el valor de contraprestación por cada caja, que es igual a $43.500.000.000.oo (cláusula 23 del contrato).*

1. *Publicidad*

*En el contrato de consorcio S.M. la publicidad se dice que se obliga a invertir en el 1er año el 10%, en el 2º año el 5% y del 11 al 20 el 3% de las ventas netas, no especificando si es publicidad local, internacional o nacional.*

*Como se puede observar existía una obligación mayor en Proveedores del Caribe Ltda., que en Consorcio S.M.*

*En el contrato de Proveedores del Caribe Ltda., establece la obligación del 8% del costo de producción durante el periodo del contrato, distribuyendo este 8% así: 5% para publicidad propiamente dicha a nivel nacional e internacional y el 3% restante a degustación.*

1. *Promoción social, ambiental, ecológica y capacitación*

*Estos tópicos se encuentran establecidos concretamente en el contrato de Proveedores del Caribe Ltda., en el contrato del consorcio SM y no se mencionan o establecen estos tópicos.*

*En términos generales son dos contratos diferentes. (…)”*

3.8.1. Una vez se corrió traslado del dictamen (fl. 236, c. ppal), ninguna de las partes solicitó aclaración o complementación. La parte demandada lo objetó por error grave, i) debido a la carencia de soportes que los peritos citaron como herramienta para rendir el dictamen, ii) la forma en que los peritos determinaron el pasivo a cargo del concesionario sin tener en cuenta los contratos modificatorios que variaron esencial y sustancialmente las condiciones del contrato inicial. iii) Para determinar los perjuicios causados tomaron fundamentos irreales, sin considerar las modificaciones sustanciales al contrato, ni establecer las pruebas de las cuales extrajeron datos y conclusiones. iv) Los peritos no pueden aducir ventas que no se estaban presentando y concluir que estas se cumplirían cuando las circunstancias mostraban todo lo contrario. v) Al momento de examinar las diferencias entre el contrato de concesión celebrado con Proveedores del Caribe Ltda., y el contrato de ejecución operativa celebrado con consorcio S&M, pasaron por alto las consideraciones precontractuales existentes al momento de la celebración de cada uno de los contratos. (fl. 237 a 246, c. ppal).

3.8.2. Frente a la objeción por error grave, la Sala considera que no está llamada a prosperar, toda vez que se trata de cuestionamientos frente a las conclusiones de fondo. Además, se critica de forma insistente la falta de fundamentación del dictamen, cuestión que se abordará en el análisis de fondo para definir el grado de convicción que arroja el peritaje frente a los perjuicios reclamados, situación que no inscribe en forma automática al dictamen en un error grave, sino en un problema de fundamentación que, como se dijo, tendrá como consecuencia la desestimación del mismo.

Esta Corporación ha distinguido el error grave de la falta de fundamentación, así[[15]](#footnote-15):

*También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.*

*El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación,* ***pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello.***

*Como lo sostiene el proveído recurrido es al juzgador a quien corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo, y que éste es precisamente el sentido natural y obvio del Artículo 720 del C. J.* (se destaca).

En ese orden, en tanto los cuestionamientos de la objeción se encaminan a poner en duda las conclusiones e inferencias de los peritos, así como la falta de respaldo probatorio, eso no comparta un error grave, aunque dará lugar a desestimar la prueba a la hora de valorarla para los fines que corresponda.

En esos términos, se impone negar la objeción formulada por la parte actora.

3.9. Bajo el contexto de los hechos probados es preciso concluir que el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, de una parte, celebraron con la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., contrato de concesión para la producción, distribución y comercialización de los licores destilados que venía ejerciendo la Industria Licorera de Bolívar. Con ocasión del contrato las partes fijaron condiciones relacionadas con el valor del contrato, los pagos a cargo del concesionario, la forma de pago y el término de duración del mismo.

En ejecución del contrato de concesión y ante la solicitud del concesionario, las partes suscribieron de común acuerdo tres contratos modificatorios con la finalidad de restablecer la ecuación contractual.

A su vez, se acredita que las partes de mutuo acuerdo consintieron la terminación anticipada del contrato de concesión y dispusieron su liquidación. El 18 de mayo de 1995, las partes suscribieron acuerdo sobre la liquidación y pago de las obligaciones reconocidas en el acto de terminación del 6 de abril de 1995, declarándose a paz y salvo de los compromisos contraídos.

El concesionario además relevó al Departamento de cualquier obligación económica que constara en actas de cancelación de pasivo, o no comprendidas en el acta de liquidación comprometiéndose a asumir el respectivo pago.

**4. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES**

**4.1. Nulidad relativa del acto de terminación anticipada del contrato**

De entrada, como se advirtió en el problema jurídico se analizará si existe un vicio del consentimiento con fundamento en los cargos de incumplimiento, que afecte la validez del acto de terminación del contrato suscrito de mutuo acuerdo por las partes. Para el efecto la Sala procederá así:

Resulta procedente en esta oportunidad abordar las conductas constitutivas de incumplimiento que predica la parte demandante, para establecer si resultaron determinantes para viciar el consentimiento del contratista, plasmado en el acto de terminación.

Las conductas constitutivas de incumplimiento que se atribuyen y para la parte demandante viciaron el consentimiento del contratista al momento de la suscripción del acto de terminación anticipada del contrato de concesión, en su orden son: i) haber suministrado información equivocada sobre el estado financiero y de mercadeo de la Industria Licorera de Bolívar ii) la omisión en adoptar medidas pertinentes para evitar la competencia desleal de los licores de otros Departamentos, conductas que propiciaron, según lo afirmado por el actor, un constreñimiento sobre el contratista para suscribir el acta de terminación del contrato de concesión; iii) el incumplimiento de las entidades frente a las obligaciones contraídas en el acuerdo de terminación del contrato.

4.1.2. El demandante acusa a las entidades demandadas de haber suministrado información equivocada sobre el estado financiero y de mercadeo de la Industria Licorera de Bolívar. Refiere que esta información errónea sirvió como insumo para presentar la propuesta y así obtener la adjudicación del contrato de concesión.

Se encuentra acreditado que la sociedad Proveedores del Caribe, al momento de presentar la propuesta dentro del proceso de selección para obtener la adjudicación del contrato de concesión, presentó la información financiera que sustentó su propuesta, y la relación de pasivos de la Industria Licorera de Bolívar, con los siguientes detalles:

*“(…) 3. 4. Financiero*

*La parte financiera se viene manejando sin presupuesto de efectivo y sin un flujo de caja mensual que permita planear los pagos de las obligaciones exigibles y proveedores.*

*En la actualidad se genera un sobre costo financiero, en razón a que los distribuidores cancelan sus compras con cartas de crédito o aceptación bancaria a sesenta días, que por falta de recursos para esperar su vencimiento, la Industria Licorera negocia con entidades crediticias, perdiendo un dinero por estos treinta días adicionales.*

*La relación del pasivo a febrero 28 de 1993, de acuerdo con el informe del Jefe del Dpto. de contabilidad de la Industria es el siguiente:*

*a- Pasivo Bancario …………………………………………$ 113.081.792,oo*

*b- Pasivo comercial ………………………………………...$ 901.785.633,37*

*c- Pasivo Laboral (corriente + L. plazo) ………………….$452.881.082,35*

*d-Otros pasivos (corriente + L. plazo) ……………………$1.406.069.216,oo*

*Total pasivo corriente …….$1.306.838.374,90*

*Total pasivo a L. Plazo …...$1.566.979.348,82*

 *\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_*

*Gran Total Pasivo …………$2.873.817.723,72* (f. 431 c. ppal.)

El contrato de concesión en su cláusula novena estableció la obligación a cargo del concesionario de asumir el pasivo a cargo de la Industria Licorera de Bolívar:

*“CLAUSULA NOVENA.- ASUNCIÒN DEL PASIVO O DEUDA DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLIVAR: EL CONCESIONARIO asume la obligación de pagar la totalidad del pasivo de la Industria Licorera de Bolívar existente hasta la fecha de iniciación de su vigencia contractual, de acuerdo con la relación que aparece en el anexo No. 3 de este documento; el pasivo incluye el pago y liquidación definitiva de todas y cada una de las obligaciones laborales, tales como, salarios, cesantías, indemnizaciones, bonificaciones y cualquier otro tipo de prestación y egreso laboral respecto de todos los trabajadores de la Industria Licorera de Bolívar, en atención de que a la totalidad de ellos se les declarará terminado el contrato de trabajo, pues esta es la voluntad de la Industria Licorera de Bolívar, para hacerle entrega de la concesión a EL CONCESIONARIO libre de compromisos laborales de índole contractual. Por su parte, EL CONCESIONARIO aportará la totalidad de las sumas de dinero necesarias para pagar tales obligaciones laborales. A su turno, el DEPARTAMENTO reintegrará al CONCESIONARIO las sumas de dinero que éste pagare por la Industria Licorera de Bolívar más sus intereses a una tasa mensual por periodos vencidos, equivalente al D.T.F. más un cinco por ciento (5%), con el Impuesto al Consumo de Licores en la forma establecida en la cláusula duodécima, durante el tiempo que se requiera dentro de la ejecución del contrato. Las partes convendrán mediante actas previas que serán suscritas por el Gobernador del Departamento de Bolívar y el Representante Legal de EL CONCESIONARIO, las obligaciones a pagar por EL CONCESIONARIO en cada caso y en el orden de prioridad que ellas establezcan, tales actas prestarán mérito de recaudo ejecutivo cuyo título de ejecución complejo se integrará junto con el presente contrato más la constancia o certificación del pago efectuado, por cuanto esa es la voluntad de las partes. (…)”*

Debe resaltarse que dentro de las pruebas aportadas no obra el anexo No. 3 del contrato de concesión que contendría la relación de pasivos de la Industria Licorera de Bolívar al momento de su celebración, no obstante se tendrá en cuenta la relación contenida en la propuesta conforme se reseñó.

Si bien, en principio estaría acreditado que para la presentación de propuesta, se tuvo en cuenta como pasivo de la Industria Licorera de Bolívar *“La relación del pasivo a febrero 28 de 1993, de acuerdo con el informe del Jefe del Dpto. de contabilidad de la Industria”,* información que refiere el demandante resultó errónea por cuanto en ejecución del contrato se pudo evidenciar un aumento considerable de este pasivo, también lo es, que se demuestra la celebración posterior de tres contratos modificatorios que variaron las condiciones de ejecución de la concesión, en procura del restablecimiento del equilibrio contractual afectado por el aumento del pasivo de la Industria Licorera de Bolívar.

La razón del primer contrato modificatorio obedeció a comunicaciones del concesionario solicitando al Departamento de Bolívar restablecer la ecuación contractual, debido al *“aumento considerable de los pasivos laborales, comerciales y fiscales de la Industria Licorera de Bolívar, el deterioro del mercado del ron Tres esquinas y el incremento de la nómina de jubilados.”*

Es evidente que para la fecha de celebración del primer contrato modificatorio ya se conocía por la partes que el pasivo estimado ascendía a la suma de “*DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (2.874.157.535,76), proyectándose su aumento por el tiempo que duraría el proceso a unos TRES MIL MILLONES DE PESOS (3.000.000.000)”*, sin embargo el pasivo escaló a *“más de CINCO MIL MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (5.841.792.372.80)”*

Catalogándose por las partes como una situación imprevista y no imputable al concesionario, con miras a mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato, se acordó reducir el número de producción exigido al concesionario[[16]](#footnote-16), ampliar el porcentaje que durante los tres primeros años de ejecución del contrato debería destinarse por concepto de impuesto al consumo de licores para cubrir la nómina de jubilados[[17]](#footnote-17), y variar el reconocimiento de intereses por la obligación de asunción de pasivo a cargo del concesionario[[18]](#footnote-18)

En el segundo contrato modificatorio las partes buscaron conjurar la situación de desequilibrio relacionada con la disminución de las ventas de licores producidos por la Industria Licorera de Bolívar, que obedeció a dos razones principales: a) una venta cíclica o atípica de cajas mensuales y b) porque el concesionario tuvo que respetar contratos de distribución celebrados con anterioridad al recibo de la concesión, en los cuales se estipularon volúmenes de ventas mínimas y en condición desventajosa, como en los casos de los distribuidores en los Departamentos de Sucre y Córdoba; situación caracterizada como *“no imputable las partes sino al mercado como consecuencia del contrabando de licores”.*

Las medidas que en su momento adoptaron de mutuo acuerdo las partes, se dirigieron a modificar del límite mínimo de pago acordado en el contrato inicial los conceptos de los cuales se deduciría el pago de la nómina de jubilados[[19]](#footnote-19), variar el primer otro sí en lo concerniente al porcentaje a deducir por impuesto al consumo de licores y su destinación[[20]](#footnote-20), reducir nuevamente el número de cajas a producir y vender por parte del concesionario[[21]](#footnote-21), además de limitar el monto del pasivo de la Industria Licorera de Bolívar que tendría que asumir el concesionario[[22]](#footnote-22).

La Sala colige de lo anterior, que las conductas constitutivas de incumplimiento contractual endilgadas por el actor a las entidades demandadas, fueron conocidas previamente a la terminación anticipada del contrato de mutuo acuerdo, inclusive sirvieron de fundamento a los contratos modificatorios celebrados el 16 de diciembre de 1993 y 1º de julio de 1994. Es decir, no resulta admisible que la parte demandante señale que la falta de información frente al pasivo de la Industria Licorera de Bolívar, y la disminución de las ventas de licores producidos, a consecuencia del contrabando, fueron maniobras engañosas y ocultas que dieron lugar a que en nombre de la sociedad contratista se accediera a la terminación del contrato.

Las pruebas traídas a la actuación evidencian que la situación de desequilibrio del contrato era conocida por el contratista hasta el punto que ratificó la modificación de las obligaciones contraídas, en su beneficio, sin manifestar discrepancia u objeción a los “*otro sí”* que buscaron restablecer la ecuación contractual. Por lo tanto, en primer lugar es posible concluir que las conductas presuntamente constitutivas de incumplimiento fueron saneadas a partir de los contratos modificatorios, donde se aceptaron sus efectos económicos por el contratista.

Al respecto la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado[[23]](#footnote-23):

 *“En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…”*

*Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.*

*Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” [[24]](#footnote-24) (Se subraya).*

*En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”*

La Sala evidencia que para el momento del acta de terminación anticipada del contrato no era sorpresivo el pasivo de la Industria Licorera de Bolívar, tampoco el volumen de ventas de los licores producidos por la empresa, en tanto fueron el sustento para las modificaciones del contrato de concesión que procuraron beneficiar al concesionario ante una situación de desequilibrio económico. Por lo tanto, no puede el contratista traerlo como factor que vició el consentimiento del acto bilateral de terminación, en la medida en que no se enmarca dentro de ninguno de los vicios aptos para afectar la voluntad.

Así, la Sala ha considerado que el *“error es una discordancia entre la realidad y lo que una de las partes cree sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales o accidentales de ellas, la naturaleza del negocio que se celebra, o la persona con quien se celebra (arts. 1509, 1510, 1511 inc. 1 y 2, 1512 y 1524 C.C.)*.”, *“el dolo es una maquinación fraudulenta o engañosa o artificio para conseguir el consentimiento de una persona en la realización de un contrato y vicia el consentimiento cuando aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado (art.1515 C.C.).”* y la fuerza *“consiste en la presión física o moral que se ejerce sobre una persona con el fin de lograr la celebración del contrato, y para que vicie el consentimiento debe ser injusta, grave, determinante; debe producir una impresión fuerte a una persona en sano juicio, según las consideraciones de sexo, edad y condición (temor: metus)”*[[25]](#footnote-25)

Lo que interesa en este caso, por existir terminación anticipada del contrato de mutuo acuerdo, es que quien invoca el vicio del consentimiento acredite su configuración para abordar el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, en oposición a la manifestación de la voluntad declarada.

El actor sostiene, como fundamento de impugnación, que se encuentra acreditada la falta de buena fe contractual de las entidades demandadas, que se concretó en la información errónea y dolosa suministrada por el Gerente de la Licorera de Bolívar en la etapa precontractual, que según su dicho constituye una conducta dolosa capaz de viciar el consentimiento.

Conviene precisar, como se ha hecho, que el argumento de apelación fue desvirtuado, en tanto las conductas constitutivas de incumplimiento no lo son, ni tienen la entidad para ser consideradas maniobras fraudulentas para obtener la manifestación de voluntad del contratista dentro del acto de terminación anticipada, *contrario sensu*, se advierte que esta falta de información en relación con el pasivo de la Industria Licorera de Bolívar y la situación del mercado de licores producidos por la empresa, benefició al demandante durante la ejecución contractual, por cuanto el Departamento de Bolívar varió las condiciones inicialmente pactadas para restablecer en su favor la utilidad debida, situación que se aprovechó por la sociedad contratista sin oposición.

**4.2. De la procedencia de la pretensión de responsabilidad contractual por incumplimiento en el caso concreto**

4.2.1. Reitera la Sala que la parte demandante pretende, con el ejercicio de la acción de controversias contractuales, obtener la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de la ejecución del contrato de concesión suscrito el 13 de julio de 1993.

En consonancia, el primer argumento de apelación se sustenta en la ausencia de análisis del fondo del asunto por parte del *a quo,* so pretexto de una indebida acumulación de pretensiones, cuando las pruebas existentes en el proceso permiten adoptar una decisión en la que se declare el incumplimiento del acuerdo de terminación del contrato y a su vez ordenar la restitución a la sociedad de las inversiones que no pudo recuperar debido a la terminación anticipada del contrato.

Precisado en el acápite pertinente que la pretensión predominante formulada por el actor se dirige a obtener la declaratoria judicial de incumplimiento de las entidades demandadas en relación con el acta de terminación anticipada, impera establecer la procedencia de la pretensión en eventos como el que ocupa la atención de la Sala, en donde las partes del contrato, de mutuo acuerdo concluyeron el cumplimiento de las obligaciones contraídas, a través de su liquidación y se abstuvieron de manifestar salvedades u observaciones en el acta que reflejó el balance.

Acreditado está, que el contrato de concesión se dio por terminado de consuno en acta del 6 de abril de 1995, donde igualmente se dispuso su liquidación; además mediante acto bilateral del 18 de mayo de 1995, las partes se declararon a paz y salvo frente a las obligaciones originarias del contrato, sin salvedades.

En esta oportunidad, el demandante con el ejercicio de la acción contenciosa intenta desconocer la manifestación de voluntad prestada en el acta bilateral de liquidación, reclamando el incumplimiento de las entidades demandadas.

Al respecto, es preciso resaltar que la posición pacífica y reiterada de la Sección Tercera de la Corporación, apunta al carácter vinculante de la liquidación bilateral del contrato y la imposibilidad de formular reclamación judicial en relación con aspectos definidos por las partes en la misma liquidación, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento que haya quebrantado la manifestación de voluntad o por haberse consignado expresas salvedades frente a lo acordado como balance de cuentas. En tal sentido se ha considerado*[[26]](#footnote-26)*:

*“En reiterados pronunciamientos emanados de la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada se ha considerado[[27]](#footnote-27) que una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser controvertido posteriormente por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); con todo, si en ese acto de liquidación bilateral, que es la única oportunidad para objetar su contenido, alguna de las partes deja expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna, es claro que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que hubiere sido motivo de inconformidad.*

*Siguiendo esa línea de entendimiento, resulta menester advertir que el ejercicio de la acción contractual sólo puede dirigirse a controvertir aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado expresamente su disconformidad en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, de tal forma que sobre aquellas otras materias respecto de las cuales no hubiere realizado observación alguna, por encontrarse conforme con su liquidación y así haberlo formalizado con su firma, no cabe luego reclamación en sede judicial.*

*Aceptar lo contrario equivaldría a desconocer la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual encuentra sólido sustento en el principio de la buena fe o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas.[[28]](#footnote-28)*

De la posición jurisprudencial es posible colegir en el presente evento, que le esta vedado al juez contencioso examinar los supuestos de incumplimiento invocados por el demandante, en tanto, atentaría este análisis contra la autonomía de la voluntad de las partes. Con mayor razón, sí se acredita que el contratista consintió a la terminación anticipada del contrato y a la liquidación del mismo, sin exteriorizar algún tipo de objeción o discrepancia a lo acordado, además de declararse a paz y salvo por todo concepto relacionado con la ejecución contractual.

4.2.2. Finalmente la sociedad accionante demandó el incumplimiento de las entidades frente a las obligaciones contraídas en el acuerdo de terminación del contrato y el consecuente reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta administrativa señalada. Frente a este punto es preciso reiterar que en el acto de terminación del contrato las partes convinieron la culminación de la relación negocial, fijaron las obligaciones del concesionario, la determinación del pasivo que adeuda el Departamento al concesionario, las obligaciones del concesionario frente a terceros y el procedimiento para la liquidación del contrato (fl. 56-60 c. ppal).

Recuerda la Sala que el 18 de mayo de 1995, el Departamento de Bolívar, la Industria licorera de Bolívar y la sociedad Proveedores del Caribe Ltda., suscribieron acuerdo sobre la liquidación y pago de las obligaciones reconocidas en el convenio celebrado el día 6 de abril de 1995, en cuyo contenido se observa:

*“CLÁUSULA PRIMERA: DETALLE DE LAS OBLIGACIONES RECONOCIDAS ENTRE LAS PARTES AL MOMENTO DE DAR POR CANCELADO EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y SU CORRESPONDIENTE PAGO A LOS ACREEDORES:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *FECHA* *DD/MM/AA* | *CONCEPTO* | *MONTO*  |
| *31/03/95* | *CAPITAL RECONOCIDO A FAVOR DEL CONCESIONARIO*  | *$4.163.497.552,33* |
| *31/03/95* | *INTERESES*  | *$1.413.431.888,15* |
| *31/03/95* | *TOTAL DEUDA RECONOCIDA*  | *$5.576.929.439,48* |
| *26/04/95* | *INTERESES*  | *$105.003.408,30* |
| *26/04/95* | *PUBLICIDAD*  | *$250.000.000,00* |
| *26/04/95* | *TOTAL DEUDA SEGÚN ACUERDO* | *$5.931.932.847,78* |
| *26/04/95* | *JUBILADOS, REGALIA, IMPOCONSUMO* | *$158.579.829,31* |
| *26/04/95* | *INTERESES*  | *$1.810.129,16* |
| *26/04/95* | *SERV.SECC DE SALUD (IVA), SERV.ISS* | *$1.002.716.353,00* |
| *26/04/95* | *SUBTOTAL*  | *$4.768.826.466,31* |
| *03/05/95* | *INTERESES*  | *$44.509.047,01* |
| *03/05/95* | *ABONO BANCO COLOMBIA*  | *$3.000.000.000* |
| *03/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$1.813.335.513,32* |
| *08/05/95* | *INTERESES* | *$12.088.903,42* |
| *08/05/95* | *ABONO BANCO DE OCCIDENTE* | *$1.400.000.000* |
| *08/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$425.424.416,74* |
| *18/05/95* | *INTERESES* | *$5.672.325,00* |
| *18/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$431.096.741,00* |
| *18/05/95* | *ACUERDO EMBARGO LINA AHUMADA DE CURI* | *$140.000.000,00* |
| *18/05/95* | *SUBTOTAL*  | *$291.096.741,00* |
| *18/05/95* | *REMANENTE JUZGADO J.H. GARCIA*  | *$41.722.702,10* |
| *18/05/95* | *EMBARGO ESPITIA IMPRESORES*  | *$20.774.672,00* |
| *18/05/95* | *DEPARTAMENTO VALORIZACIÓN* | *$20.000.000,00* |
| *18/05/95* | *INVENTARIO SEGÚN ACUERDO BLAS GARCÍA DAZA*  | *$208.599.367* |
| *18/05/95* | *SALDO* | *$0,00* |

*CLÁUSULA SEGUNDA:*

*Las partes, Departamento y Concesionario dejan expresa constancia de su conformidad con la presente liquidación y pago de las obligaciones en la tabla anterior detallada, declarándose mutuamente a paz y salvo por las obligaciones reconocidas en el acuerdo que dio por terminado por mutuo acuerdo el contrato administrativo de concesión que originó la presente liquidación.”*

La Sala evidencia que la sociedad contratista se declaró a paz y salvo por todo concepto en la liquidación bilateral del contrato, aunado a que la demandada no se forzó a asumir obligaciones distintas a las previstas en el acta de terminación. En esta oportunidad no hay certeza de lo adeudado, pues no se acreditaron las obligaciones que a la fecha se encuentran insolutas.

Tampoco se aportó prueba del alegado incumplimiento de la obligación de pagos contenidos en el acta de terminación y recogidos en la liquidación bilateral, que puedan catalogarse como hechos nuevos y posteriores para controvertir la validez del balance efectuado por las partes[[29]](#footnote-29).

Por lo expuesto, ante la improcedencia de la pretensión de responsabilidad por incumplimiento en el caso concreto, corresponde negar las pretensiones de la demanda y en tal sentido se confirmará la sentencia apelada.

3.6.Por último, no hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

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

**F A L L A**

**MODIFICAR** la sentencia del 6 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar, se dispone:

**PRIMERO.-** Negar la objeción por error grave formulada por la parte demandada contra el dictamen pericial practicado en la actuación, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO.-** Negar las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** **SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**CUARTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta Subsección

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrado Magistrado

1. La representación legal de la sociedad demandante al momento de la presentación de la demanda se encontraba en cabeza de Fredy Pinilla Contreras, quien confirió poder, conforme se acredita en el certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena (f. 24-27 c1).

 [↑](#footnote-ref-1)
2. El Magistrado Javier Ortiz del Valle manifestó su salvamento de voto, en relación con la postura mayoritaria, en los siguientes términos:

*“(…) No comparto la decisión expresada en el proyecto de fallo, sobre denegar las pretensiones de la demanda, puesto que toda la argumentación esbozada en la parte considerativa llevaría necesariamente a expresar un fallo inhibitorio, por razones concluyentes del mismo.*

*Creo también que debe expresarse decisión de fondo sobre lo planteado por las partes en este conflicto, pero debe modificarse y cambiarse la argumentación expresada por la ponente, esto es más hacía el fondo de los planteamientos y no sobre una posible formalidad presuntamente incumplida por la accionante.*

*Manifiesto mi discrepancia jurídica con la ponencia, frente a la circunstancia de que el Juez Administrativo, si está en la posibilidad, de reorganizar las pretensiones esbozadas, entre la formalidad de principales y subsidiarias y además mediante este reorden, hacer un análisis más profundo, más de fondo y no solo formal como el que se hace en la ponencia.*

*Se hace una cita del H. Consejo de Estado, pero a mi parecer, debería entenderse sobre dos circunstancias, TERMINACION y LIQUIDACION, y si la primero (sic) fue viciosa, la segunda sufrirá del mismo mal jurídico, puesto que procesal y filosóficamente hay un orden de precedencia de una, que impide que la otra surja a la vida jurídica y por lo tanto tendrá su misma legitimidad.*

*Considero que debe realizarse estudio de FONDO y no solo de orden FORMAL como se efectuó, pues esto nos lleva a ser inhibitorios en nuestra decisión final.*

*De esta manera, respetuosamente dejo expresados los argumentos de mi desacuerdo con la Sala de Decisión.”* (f. 527 continuación c. ppal.) [↑](#footnote-ref-2)
3. El recurso fue interpuesto el 21 de marzo de 2007 (fl. 529, c. segunda instancia) y sustentado mediante memorial radicado el 10 de agosto de 2007 (fl. 554 a 562 c. ppal.). [↑](#footnote-ref-3)
4. Según se extrae de la resolución n.° 013 del 1º de septiembre de 1995, la Industria Licorera de Bolívar se constituyó como una empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrita a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público del Departamento de Bolívar, creada por ordenanza No. 052 de 1964, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, en armonía con el decreto ordenanzal No. 86 de 1978, con fundamento en las facultades que le otorgó la Asamblea Departamental de Bolívar por medio de la ordenanza 23 de 1977. (f. 42 cuaderno de pruebas). [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sentencia 18 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano. Exp.17859 [↑](#footnote-ref-5)
6. El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, subrogado por Decreto 597 de 1988 imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes. En ese orden, se tiene que la mayor pretensión fue por $10.000.000.000.oo (fl. 21 4c. ppal., valoración de las utilidades dejadas de percibir). En consecuencia, para 1997, cuando se presentó la demanda (fl. 23, c. ppal.), la controversia contractual tenía un valor superior a $13´460.000 y, por consiguiente, tenía vocación de doble instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Auto del 6 de mayo de 1997, Tribunal Administrativo de Bolívar. [↑](#footnote-ref-7)
8. Auto del 25 de agosto de 1997 (f. 68 c. ppal.). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de enero de 2016, exp. 29869, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-9)
10. Nota original: Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de agosto de 2011 (20144) y 13 de febrero de 2013 (24612). [↑](#footnote-ref-10)
11. Nota original: Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436. [↑](#footnote-ref-11)
12. Nota original: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 16 de marzo de 2015, Exp. 31.429, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-12)
13. En virtud de lo dispuesto en el Art. 238 del Código de Procedimiento Civil, para efectos de la contradicción del dictamen pericial, deberá correrse traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir aclaración o complementación del mismo, o formular objeción por error grave. Corresponde al Juez evaluar la procedencia de la solicitud de complementación, de ser así, accederá mediante providencia y fijará a los peritos un término prudencial para ello. La citada normativa impone un traslado de tres días para la complementación. En el presente evento, la complementación aportada no cumple con estas exigencias legales, a motu propio los auxiliares de la justicia presentaron la complementación. [↑](#footnote-ref-13)
14. La primera página del contrato en mención está en el folio 75 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 1973, exp. 1270, M.P. Carlos Portocarrero Mutis. Postura recogida por la Sala en la Subsección en la sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 23.482, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-15)
16. El contrato inicial exigió como volúmenes mínimos de producción y venta semestrales, los siguientes:

*“El concesionario se obliga a producir y vender en el territorio nacional y/o en el extranjero volúmenes mínimos semestrales, en cajas de doce (12) unidades de setecientos cincuenta (750) centímetros cúbicos cada unidad, o su equivalente en licores destilados y alcoholes así:*

*SEMESTRES CAJAS A PRODUCIR Y VENDER POR SEMESTRE*

*a) Primer\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Ciento ochenta mil (180.000) cajas*

*b) Segundo\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Doscientos cuarenta mil (240.000) cajas*

*c) Tercero\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Trescientas mil (300.000) cajas*

*d) Cuarto \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Cuatrocientas veinte mil (420.000) cajas*

*e) Quinto \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Cuatrocientas ochenta mil (480.000) cajas*

*f) Sexto semestre en adelante, hasta la terminación del contrato, se deberán producir y vender como mínimo seiscientas mil cajas (600.000) cajas semestralmente. PARAGRAFO.- VENTAS MÍNIMAS EN BOLÍVAR: Durante la vigencia del contrato el CONCESIONARIO distribuirá y venderá mensualmente en el Departamento de Bolívar un treinta y cinco por ciento (35%) promedio del mínimo de su producción semestral para venta.”* (f. 185 c. ppal).

A su vez, el primer contrato modificatorio exigió como volúmenes mínimos de producción:

*“CLAUSULA PRIMERA. El Concesionario se obliga a producir y vender en el territorio nacional y/o en el extranjero, volúmenes mínimos semestrales en caja de doce (12) unidades de 750 centímetros cúbicos cada unidad, o su equivalente en licores destinados, o alcoholes, así:*

*SEMESTRE No. DE CAJAS A PRODUCIR Y VENDER BOLÍVAR*

*1. 150.000 Ciento cincuenta mil cajas 52.500*

*2. 180.000 Ciento ochenta mil cajas 63.000*

*3. 210.000 Doscientos diez mil cajas 73.500*

*4. 240.000 Doscientos cuarenta mil cajas 84.000*

*5. 270.000 Doscientos setenta mil cajas 94.500*

*6. 300.000 Trescientas mil cajas 105.000”*

*PARÁGRAFO: Del séptimo semestre en adelante el concesionario se obliga a producir y a vender por semestre el número de cajas señaladas en el contrato de acuerdo con la programación inicialmente pactada. Si dentro del término de los seis (6) semestres iniciales de ejecución del contrato, las condiciones del mercado observan un comportamiento favorable, lo estipulado en esta cláusula se someterá a revisión con el objeto de lograr los niveles máximos de producción y venta.”*(f. 200 c.ppal).

 [↑](#footnote-ref-16)
17. El contrato inicial dispuso en la cláusula duodécima: *“Cláusula duodécima.- impuestos y transferencias: El Concesionario se obliga a recaudar y entregar al Departamento de Bolívar, directamente a su Tesorería Departamental, las participaciones, impuestos y transferencias según las tasas y modalidades que en esta cláusula se señalan, así: a) Los impuestos al valor agregado (IVA) indicados por ley deberán ser remitidos conforme ella lo disponga; b) Del impuesto al consumo de Licores, mensualmente el CONCESIONARIO deducirá un cincuenta por ciento (50%) de lo recibido por tal concepto, para abonarlo a los intereses y al capital de la obligación en dinero adquirida por la Industria Licorera de Bolívar para con el CONCESIONARIO por virtud del presente contrato, según consta en su cláusula novena. De las sumas que abonará mensualmente, primero se pagarán los saldos de intereses que se hayan dejado de abonar en periodos mensuales anteriores, ya que si el porcentaje destinado para ello no alcanzare siquiera para pagar los intereses de capital generados en un periodo mensual, habrá que esperar el recaudo de este impuesto en los meses subsiguientes para destinarlo porcentualmente en la forma establecida; luego se aplicarán a los intereses causados durante el respectivo periodo mensual de su captación, y finalmente, el saldo se abonará a capital.”* (f. 187 c. ppal.)

Entre tanto, el primer contrato modificatorio modificó la cláusula duodécima así: *“Cláusula tercera: la cláusula duodécima del contrato de concesión que trata sobre impuestos y transferencias, en cuanto a lo que concierne al Impuesto de Consumo de Licores señalado en el literal b de dicha cláusula, se modifica en el siguiente sentido: Durante los tres (3) primeros años de ejecución del contrato, el concesionario deducirá mensualmente del Impuesto al consumo de licores la diferencia faltante para cubrir el valor de la nómina de jubilados de la Industria Licorera de Bolívar. El remanente lo utilizará en un 95% para cubrir el pago del servicio de la deuda, el 5% restante lo girará mensualmente al Departamento en la forma estipulada en el contrato. Una vez transcurrido este término las deducciones correspondientes a este concepto se harán de acuerdo con lo inicialmente pactado en el contrato.”*(f. 201 c. ppal.). [↑](#footnote-ref-17)
18. El contrato inicial en su cláusula novena estableció la obligación a cargo del Departamento de *“reintegrar al Concesionario las sumas de dinero que éste pagare por la Industria Licorera de Bolívar más sus intereses a una tasa mensual por periodos vencidos, equivalente al D.T.F. más un cinco por ciento (5%), con el impuesto al consumo de licores en la forma establecida en la cláusula duodécima, durante el tiempo que se requiera dentro de la ejecución del contrato.”*. A su vez, el primer contrato modificatorio dispuso al respecto: “*CLÁUSULA CUARTA: Si el concesionario cancelare la totalidad de las obligaciones asumidas a través de la cláusula novena del contrato, con recursos del crédito equivalente a una tasa mensual de intereses inferior al D.T.F. más un 5%, le cederá al Departamento en su totalidad el beneficio del interés más bajo; si la cancelación de tales obligaciones la hiciere con recursos propios el interés a cancelar por parte del Departamento será el equivalente a una tasa mensual de interés del D.T.F. más el 1%.”* [↑](#footnote-ref-18)
19. El contrato originario dispuso en la cláusula cuarta la forma de pago a la que se obligaba el concesionario con el Departamento y en el parágrafo primero estableció: *“Límite mínimo de pago: En todo caso las sumas de dinero que deba pagar el concesionario por mensualidades vencidas, nunca podrán ser inferiores a la totalidad del dinero que le corresponda pagar a la Industria Licorera de Bolívar por su nómina de jubilados mensualmente, durante todo el tiempo de ejecución del contrato”*.

El *otro sí* del 1º de julio de 1994, modificó el parágrafo primero en el siguiente sentido:

*“ACUERDAN: CLÁUSULA PRIMERA: Por la cual se modifica el parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de concesión que trata sobre el límite mínimo de pago, con la siguiente adición: Si las regalías generadas en el mes no alcanzaren para cubrir el valor de la nómina de jubilados, se utilizará el 95% del impuesto al consumo de licores ó participación porcentual, para cubrir la diferencia resultante por la suma cancelada, durante la vigencia del contrato, en el evento de que las regalías generadas más el 95% del Impuesto al Consumo de Licores ó participación porcentual generadas en ese mes, no alcanzaré (sic) para cubrir la totalidad de la nómina de jubilados el concesionario podrá utilizar las regalías y el 95% del Impuesto al consumo de licores o participación porcentual que se generan en los meses siguientes para cubrir las diferencias en dinero cancelados por los meses anteriores.”* [↑](#footnote-ref-19)
20. En su tenor dispuso: “*CLÁUSULA SEGUNDA: Por la cual se modifican las cláusulas duodécimas del contrato de concesión que trata sobre impuestos y transferencias en contrato a lo que concierne al Impuesto al consumo de licores señalando en el literal “B” de dicha cláusula tercera de otro sí, firmado por las partes se modifica en el siguiente sentido: Del impuesto al consumo de licores, mensualmente el concesionario deducirá durante los tres primeros años un 95% de lo recibido por tal concepto, que se abonará mensualmente, en primer lugar a la diferencia faltante de la nómina de jubilados canceladas en meses anteriores; en segundo lugar, la diferencias cancelada de la nómina de jubilados del respectivo mes, en tercer lugar, los saldos de interés que se hayan dejado de abrir en periodos mensuales anteriores; en cuarto lugar, se aplicará a los intereses causados durante el respectivo periodo mensual de su captación y finalmente el saldo se abonará a capital. Una vez cumplido el término de los 3 años aquí establecidos, las deducciones se harán de acuerdo a lo inicialmente pactado en el contrato.”*(f. 203 c. ppal.). [↑](#footnote-ref-20)
21. La cláusula tercera del otro sí estableció: *“Cláusula Tercera: Por lo cual se modifica la cláusula quinta del contrato de concesión y cláusula primera del otro sí, firmado entre las partes, quedando de la siguiente manera: El concesionario se obliga a producir y vender durante cinco (5) semestres a partir de la firma del presente documento en el territorio nacional y/o en el extranjero, volúmenes mínimos semestrales en cajas de doce (12) unidades de 750 centímetros cúbicos cada unidad, o su equivalente en licores destilados, o alcoholes, la cantidad de 90.000 cajas semestrales, de esta cantidad el 35% deberá venderse en el Departamento de Bolívar. PARÁGRAFO: Del sexto (6) semestre en adelante el concesionario se obliga a producir y a vender por semestre el número de cajas señaladas en el contrato de acuerdo con la programación inicialmente pactada.”* [↑](#footnote-ref-21)
22. La cláusula cuarta del contrato modificatorio consagró: “*CLÁUSULA CUARTA: Por medio de la cual se modifica la cláusula novena del contrato de concesión y se limita al monto del pasivo o deuda de la Industria Licorera de Bolívar de la siguiente manera: El concesionario cancelará los pasivos de la Industria Licorera de Bolívar asumidos en la cláusula novena hasta la suma de $4.237.202.926,23. Los pasivos fiscales que ascienden a la suma de $1.706.408.283,46 producto del IVA, se cancelaran a partir del 16 de diciembre de 1995 tal como se acordó en la cláusula segunda del otro sí firmado entre las partes. En caso de que existan o se generen otras obligaciones de índole laboral, comercial o fiscal serán canceladas directamente por el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar.”* [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de julio de 2012, Exp. 23605, M.P. (e) Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de mayo de 2015, exp. 38695. M.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-26)
27. Nota original: Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208. [↑](#footnote-ref-27)
28. Nota original: La jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto:

*La expresión “buena fe” o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobla en dos direcciones: Primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a la exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente...”* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958.) [↑](#footnote-ref-28)
29. Al respecto, excepción jurisprudencial a la manifestación de salvedades en la liquidación bilateral, ver Consejo de Estado, en sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 27777, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-29)