

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Declara de oficio la caducidad de la acción: Respecto de la demanda de tercería / DEMANDA EN TERCERÍA - Niega. Declara caducidad de la acción / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega respecto de parte demandante. Tercero ad excludendum y litisconsorte cuasi necesario / LICITACIÓN PÚBLICA / CONTRATO DE CONSECIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE SALINAS - Planta refinadora de sal e instalaciones complementarias ubicadas en Mamonal, Cartagena. Con opción de compra / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Se configuró frente a todas las pretensiones invocadas por el banco BBVA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE CONTRATOS QUE REQUIEREN LIQUIDACIÓN - Cómputo

[E]l reproche contenido en el recurso de apelación se edifica sobre la base del supuesto desequilibrio sugerido por el demandante y apunta a que las partidas dejadas de percibir por su ejecución desbalanceada sean reconocidas e introducidas en la liquidación del convenio. La circunstancia anotada impone traer a este apartado las reflexiones que anteceden con sustento en las cuales se despachó desfavorablemente la aspiración elevada en torno al reconocimiento del desequilibrio económico del contrato y se opone a la declaratoria de nulidad del acto de liquidación por no encontrar de recibo los argumentos que se oponen a su validez. Así las cosas, teniendo cuenta que el libelista ningún cargo formuló respecto de las partidas que se incorporaron al acto de liquidación unilateral como consecuencia de incumplimiento del concesionario con fundamento en el estado de deuda de (...) [la sociedad], condensada en el documento (...) del 4 de septiembre de 1998 y (...) del 29 de septiembre de 1998, ni frente a la pena impuesta en su contra, la que por demás fue el resultado de la declaratoria de caducidad que mantiene su presunción de legalidad, la Sala habrá de mantener la validez de los actos acusados. (...) [L]a Sala estima acertada la decisión de primera instancia con arreglo a la cual consideró que se había configurado la caducidad de la acción; sin embargo, a diferencia de lo considerado por el Tribunal, en este caso la caducidad abarcó la totalidad de las pretensiones invocadas por el banco BBVA, a través del cauce de la acción contractual, no solo aquellas que apuntaron a obtener la nulidad de los actos administrativos, pues todas las aspiraciones ventiladas, incluso las subsidiarias, y la del reconocimiento de perjuicios formulada en la reforma de la demanda, correspondían ventilarse por la misma acción, cuyo cómputo no variaba la regla de oportunidad. (...) Teniendo en cuenta que el acto de liquidación unilateral del contrato, adoptado mediante Resolución 005 del 29 de septiembre de 1998 fue confirmado a través de la Resolución 007 del 17 de abril de 1999, la cual, como consta en certificación expedida por Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, fue notificada mediante edicto desfijado el 10 de mayo de 1999 y que, según certificación del 26 de agosto de 1999 la misma se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada, se concluye que la fecha inicial de su cómputo se situó en el 11 de mayo de 1999. En secuencia, los dos años de caducidad de la acción vencían el 11 de mayo de 2001, por lo que surge con nitidez que en cuanto la demanda de tercería presentada por el banco BBVA, absorbente de Corfigan, fue interpuesta el 30 de octubre de 2002, el ejercicio de la acción por él incoada fue extemporáneo y así será declarado. (...) [Así, en] mérito de todo cuanto acontece, la Sala revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la caducidad de la acción respecto de la demanda de tercería presentada por BBVA Banco Ganadero S.A. (antes CORFIGAN) y negará las pretensiones de la demanda.

DEMANDA DE TERCERÍA PRINCIPAL - Por parte del Banco Ganadero BBVA absorbente de Corfigan / INTERVENCIÓN DE TERCEROS / LITISCONSORCIO

Y TERCERO AD EXCLUDENDUM - Pueden concurrir a la causa en que se debate su derecho hasta antes de dictar sentencia / TERCERO AD EXCLUDENDUM Y LITISCONSORTE CUASI NECESARIO - Doble condición de la intervención / INTERVENCIÓN - Oportunidad para la interposición de la demanda

[A] través de su intervención mediante el ejercicio de la demanda en tercería, el Banco BBVA pretendió que se declarara la nulidad de la Resolución 005 de 29 de septiembre de 1998, contentiva de la liquidación unilateral del contrato de refinería de sal y las resoluciones números 006 de 27 de noviembre de 1998 y 007 de 16 de abril de 1999, mediante las cuales se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos en contra de aquella. (...) el Estatuto Procesal Civil, en sus artículos 52 y 53 reguló los mecanismos de intervención litisconsorcio, adhesivos y la intervención ad excludendum (...) Existe un elemento de transversal aplicación a las figuras del litisconsorcio y el tercero ad excludendum consistente en que tanto el litisconsorte, en cualquiera de sus modalidades, como el tercero ad excludendum están habilitados para concurrir a la causa en que se debate su derecho hasta antes de dictar sentencia, pues con posteridad se entiende precluida esa oportunidad. (...) La figura del litisconsorcio necesario supone la comparecencia indispensable y obligatoria de todos los que ostenten esa vocación. Ante su inasistencia o falta de vinculación, no se podrá proferir fallo de fondo. El litisconsorte por activa, ya sea necesario o cuasi necesario, entra al debate en condición de igualdad frente al extremo demandante, en cuanto se parte de la base de que lo perseguido por él encuentra conexidad directa y sustancial con el derecho en controversia. (...) En ese sentido, se advierte que el Banco BBVA ingresó a la presente contienda con el fin de llevar al debate pretensiones que guardaban correspondencia con las formuladas por la sociedad demandante, en tanto se orientaron a obtener la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato de refinería de sal, pero al tiempo formuló otras tantas que podrían entrar en conflicto con los intereses de aquella. (...) Así pues, de aceptar que el banco BBVA compareció a esta causa revestido de una doble condición, esto es, como litisconsorte cuasi necesario en procura de la remoción del acto que liquidó unilateralmente contrato y de los demás que al desatar la impugnación formulada en su contra lo confirmaron y como tercero ad excludendum con el propósito de desligarse de los efectos patrimoniales derivados de la aplicación de la cláusula novena del contrato que imponía la responsabilidad solidaria de los socios de la contratista, en cualquier caso, tanto la demanda como su reforma, debió ser formulada dentro del término de caducidad de la acción contractual.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 52 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 53

DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE CONTRATO DE REFINERÍA DE SAL - Legalidad. Aplicación del debido proceso / REQUERIMIENTOS AL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - No fueron controvertidos, la Sociedad no se allanó al acatamiento de sus obligaciones contractuales

[L]a Sala considera que la declaratoria de caducidad de contrato de refinería de sal se ajustó al supuesto normativo que fundaba la procedencia de su decreto. Paralelamente con lo expuesto, no le cabe duda a la Sala de que debido proceso fue debidamente observado. Así los muestran los múltiples requerimientos elevados por las entidades contratantes al concesionario, exhortaciones que se fundamentaron en la documentación contable y financiera del proyecto, en los que

constantemente se expusieron a Salcarsa los hechos constitutivos de incumplimiento y las pruebas en las que se apoyaban las reclamaciones. (...) No obstante, a pesar de haberse respetado su derecho de defensa y de haberlo apremiado para la satisfacción de su de las prestaciones a su cargo, la sociedad Salcarsa no se allanó al acatamiento de sus obligaciones contractuales (...) Así pues, quedan sin sustento los cargos de la apelación presentada por la parte demandante, toda vez que no se demostró que la entidad hubiera obrado por fuera del marco jurídico al adoptar la decisión de declaratoria de caducidad del contrato de refinería, acto administrativo que por esa razón está llamada a conservar su presunción de legalidad. La misma suerte deberá correr la legalidad de la Resolución N. 003 de 7 de julio de 1998, mediante la cual, luego de ser impugnada, se confirmó la anterior, toda vez que contra esa decisión no se elevaron cargos autónomos de invalidez, simplemente se pidió su nulidad como consecuencia de la ilegalidad del acto que confirmaba.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO - Imposición de sanción pecuniaria / IMPOSICIÓN DE SANCIÓN PECUNIARIA - No fue objeto de objeción

Se solicitó la nulidad de la Resolución No. 005 de septiembre 29 de 1998 mediante la cual las entidades contratantes liquidaron unilateralmente el contrato de refinería de sal y de las resoluciones Nos. 006 del 27 de noviembre de 1998 y 007 de 19 de abril de 1999, por las cuales se resolvieron negativamente los recursos de reposición interpuestos en su contra. (...) Se observa así que, no obstante estar demostrado que las entidades contratantes liquidaron unilateralmente el contrato de refinería como consecuencia de la declaratoria de caducidad de ese acuerdo, ciertamente en el reproche central formulado en contra de esa decisión nada se dice en relación con la imposición de la sanción pecuniaria ni frente a las deudas que pesan en contra del patrimonio de Salcarsa por el incumplimiento reportado a lo largo de su ejecución y que, como se reitera, lejos de ser desvirtuado se encuentra respaldado probatoriamente. (...) Así las cosas, teniendo cuenta que el libelista ningún cargo formuló respecto de las partidas que se incorporaron al acto de liquidación unilateral como consecuencia de incumplimiento del concesionario con fundamento en el estado de deuda de Sales de Cartagena de Indias S.A., condensada en el documento IFI 086 del 4 de septiembre de 1998 y el documento del 29 de septiembre de 1998, ni frente a la pena impuesta en su contra, la que por demás fue el resultado de la declaratoria de caducidad que mantiene su presunción de legalidad, la Sala habrá de mantener la validez de los actos acusados.

MODIFICACIÓN DEL OBJETO SOCIAL DE CONCESIONARIA - Procedente / MODIFICACIÓN DEL OBJETO SOCIAL DE CONCESIONARIA - Estuvo justificada

[L]a Sala no encuentra censura en la limitación del objeto de la sociedad conformada, pues claramente la descripción del mismo en los términos inicialmente previstos escapaba a la naturaleza de las actividades que sirvieron de base a la convocatoria como a las comprendidas en la oferta presentada por la unión temporal adjudicataria y que se circunscribían a la explotación de la refinería de sal e instalaciones complementarias a través de la producción, empaque y comercialización de sal para consumo humano. Como consecuencia, la Sala considera que la petición de su exclusión resultaba justificada.

DECLARATORIA DE NULIDAD DE CONTRATO - Inclusión de cláusulas exorbitantes y disposiciones normativas derogadas / NULIDAD DE

CONTRATO DE REFINERÍA - Competencia oficiosa del juez / NULIDAD ABSOLUTA - Se sana por prescripción extraordinaria

Se recuerda que la primera instancia declaró la nulidad oficiosa del contrato de refinería, por considerar que el mismo adolecía de objeto ilícito, que se habría configurado por: incluir cláusulas propias del contrato de suministro y de concesión para la prestación de servicios; por haber incluido cláusulas exorbitantes; y por haberlo sujetado a disposiciones derogadas. (...) [L]a nulidad del contrato de refinería de sal celebrado el 14 de noviembre de 1996 no fue objeto de un asunto comprendido dentro del litigio trabado entre las partes, pues ni el extremo activo la invocó como pretensión ni las entidades demandadas aludieron a su configuración, por lo que es claro que el examen que dio como resultado esa declaratoria surgió exclusivamente de la competencia oficiosa del juez. Dicho lo anterior, acontece que, en voces del artículo 1742 del C. C., la nulidad absoluta se sana en todo caso por prescripción extraordinaria. (...) [E]n consideración a que el contrato que ocupa la atención de la Sala se celebró el 14 de noviembre de 1996, esto es, antes de la regencia de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, imperativo resulta señalar que el plazo de prescripción era aquel previsto en el artículo 2532 del Código Civil, modificado por la Ley 50 de 1936, el de 20 años, por ser la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo. Lo dicho conduce a concluir que el vencimiento de los 20 años, contados desde la celebración del contrato de refinería de sal, y, con ello, el lindero temporal para la procedencia de su declaratoria de nulidad, se produjo el 14 de noviembre de 2016, fecha posterior a aquella en que se dictó la sentencia de primera instancia -16 de diciembre de 2014 -, por lo que, en estricto sentido, su declaratoria se efectuó dentro del plazo de prescripción extraordinaria.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1742 / LEY 791 DE 2002 / LEY 50 DE 1936

CONTRATO DE REFINERÍA - Régimen legal / CONTRATO DE REFINERÍA - Naturaleza jurídica de las partes / CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y NO RENOVABLES EN EL MARCO DE LA CONCESIÓN SALINAS - Régimen legal

[P]ara la época en que se abrió la Licitación Pública No. 001 de 1995, el Instituto de Fomento Industrial IFI tenía el carácter de sociedad de economía mixta de orden nacional, con régimen asimilado al de las empresas industriales y comerciales, catalogado como entidad financiera de carácter especial, en los términos del Decreto-ley 663 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F) y cuyas operaciones y contratos celebrados en desarrollo de su objeto especial no se entendían sometidos a las normas del Estatuto de Contratación Estatal sino a las disposiciones especiales de carácter financiero, a las contempladas en el Código de Comercio y el Código Civil, en lo que les resultara aplicable. (...) [S]i bien, por previsión expresa del Estatuto de Contratación Estatal, los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos habrían de someterse a la legislación especial que les resultara aplicable, lo cierto es que en el caso específico de los contratos celebrados en el marco de la “Concesión Salinas”, los negocios que tuvieron como fuente ese acuerdo no se sujetarían al Código de Minas, con independencia de que su objeto guardara relación con la explotación, procesamiento y comercialización de las salinas nacionales.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 663 DE 1993

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Elementos y características / CONTRATO DE CONCESIÓN - Finalidad / CONTRATO DE CONCESIÓN - Contraprestación

El Código Civil, en su artículo 1793, definió el arrendamiento como el contrato en el que “las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.” (...) Acogiendo lo dicho esa ocasión, los elementos a partir de los cuales resulta posible identificar el tipo contractual del arrendamiento corresponden a: (i) la entrega del bien por parte del arrendador al arrendatario; (ii) para el uso y goce de este último; (iii) con la obligación consecuencial a cargo de aquél de asegurar que dicho uso y goce se mantengan libres de perturbaciones y la cosa en su estado de servir a su destinación natural; y (iv) el pago de un precio. De otro lado, el contrato de concesión se encuentra tipificado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público; en todos los casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1793

TIPOLOGÍA DEL CONTRATO DE REFINERÍA DE SAL / TIPOLOGÍA CONTRACTUAL PREVISTA EN LA CONVOCATORIA - La intención de las partes en la etapa previa fue ejecutar un contrato de arrendamiento / ALTERACIÓN DE LA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL - Cláusulas incorporadas en el contrato configuraron un contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESIÓN DE BIEN ESTATAL - Prestación del servicio público de producción y comercialización de sal

El objeto del contrato, según se describió en los términos de referencia que gobernaron la convocatoria, consistió en el “arrendamiento de la refinería de sal de Cartagena, instalaciones anexas y licencias para la producción de sal yodada y fluorizada para consumo humano”. (...) De conformidad con el numeral 12 de los términos de referencia, se introdujo una opción de compra de algunos de los bienes sobre los cuales recaía el objeto del contrato (...) Al respecto, esta instancia estima que las probanzas relacionadas no resultan suficientes para aceptar las premisas sentadas en el fallo impugnado, en torno a la alteración de la tipología contractual -y con ello al régimen jurídico regente-ocurrida entre la etapa previa y la suscripción del contrato, de cara al alcance de las prestaciones a cuyo cumplimiento se obligó la demandante y al contexto normativo en que se apoyó tanto la etapa previa como la suscripción del contrato (...) [E]s cierto que las entidades que abrieron la convocatoria anunciaron que el contrato que pretendían

celebrar para satisfacer los propósitos allí anunciados correspondería a un arrendamiento de la refinería de la sal y de sus instalaciones complementarias, con opción de compra. Sin embargo, de la lectura de las demás cláusulas incluidas en el documento precontractual, en conjunto con los documentos suscritos por las partes durante esa etapa, la Sala evidencia que, más de allá de procurar la entrega de la refinería de Sal y de sus instalaciones complementarias a un tercero para su uso y goce, a cambio de un cánón de arrendamiento, y de realizar unas mejoras, en realidad, desde un inicio, el modelo de negocio concebido guardó correspondencia con una concesión de un bien estatal afecto a la prestación de un servicio público (...) En armonía con lo dicho, resulta de importancia poner en evidencia que ni la intención revelada en la etapa precontractual, ni aquella que se vislumbró por cuenta de las cláusulas incorporadas en el contrato, daba lugar a colegir que el suministro de sal cruda lavada por el IFI-Concesión Salinas resultaba ajeno al marco normativo o fáctico que debió servir como fundamento al nacimiento del negocio jurídico celebrado y por cuya causa, entre otras más, la primera instancia decidió que el mismo adolecía de nulidad. Así pues, con base en todo lo anotado hasta ahora, para la Sala emerge con nitidez que, a diferencia de lo razonado por el a quo para concluir acerca de la nulidad del acuerdo génesis de la controversia, no siendo posible encuadrar la tipología del contrato concebido en los términos de referencia en un arrendamiento por la simple denominación que se le imprimió al mismo en ese documento, se advierte que de la lectura conjunta de los documentos precontractuales como de los antecedentes normativos que sirvieron como escenario y sustento a la necesidad de su suscripción permiten colegir que el negocio ideado desde el iter negocial correspondió a una concesión de un bien estatal a través del cual se habría de prestar el servicio público de producción y comercialización de sal.

CONTRATO DE REFINERÍA DE SAL - Tipología, normatividad / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATO DE REFINERÍA DE SAL - Validez / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE CONTRATO DE REFINERÍA DE SAL - Procedencia / NULIDAD DE CONTRATO DE REFINERÍA - No se configuró ninguna causal

En la medida en que el objeto del “contrato refinería de sal” se identifica con la tipología descrita en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y fue celebrado por el IFI-Concesión Salinas como administrador delegado de la Nación para explotar y administrar las salinas de Colombia, con independencia del sistema jurídico de cada de las entidades contratantes, en atención al tipo del contrato licitado y finalmente celebrado el régimen que informó la etapa previa a su formación, su ejecución y liquidación correspondió a las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 con apego a la cual se adelantó el procedimiento precontractual y contractual. Esta misma conclusión permite, a su turno, afirmar que el pacto de las cláusulas excepcionales, específicamente la de caducidad del contrato, en desarrollo de la cual se expidieron los actos administrativos sobre los cuales recayeron las pretensiones anulatorias fue válidamente incorporada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80. (...) Por todo lo expuesto hasta acá, la Sala considera que son fundados los argumentos de la apelación interpuesta por la parte demandada, en razón a que no se configuraron los supuestos en virtud de los cuales el a quo advirtió que el contrato de refinería se hallaba viciado de nulidad.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Alteración, causas / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Causas y consecuencias / ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Diferencias

[L]a conservación de la equivalencia prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma. (...) En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada dependiendo de la entidad de la cual emane, ya fuere por factores externos a las partes, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe”. (...) El incumplimiento como supuesto de la responsabilidad contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo comercial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. (...) Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida, por regla general, podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados. Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden. Aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropriamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato.

ASUNCIÓN DE RIESGOS EN CONTRATO DE CONCESIÓN - Alcance / ASUNCIÓN DE RIESGOS EN CONTRATO DE CONCESIÓN - Margen objetivo y razonable / ASUNCIÓN DE RIESGOS POR EL CONCESIONARIO - Alteraciones previsibles, inherentes a la ejecución del contrato / ASUNCIÓN DE RIESGOS POR EL CONCESIONARIO - Eventos / RIESGO CONSTRUCTIVO / RIESGO COMERCIAL DEL PROYECTO / RIESGO DE OPERACIÓN

[A]un cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio “por su cuenta y riesgo”, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato. Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones

de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión. (...) Así pues, la asunción de riesgos por el concesionario alude a aquellas circunstancias inherentes a la ejecución del contrato, o mejor que se identifican con la ocurrencia de alteraciones razonablemente previsibles y propias del álea normal del negocio suscrito que llegaren a producirse, acaecidas dentro del escenario de las condiciones inicialmente pactadas. Dentro de esos riesgos inherentes a la ejecución del proyecto se halla el riesgo constructivo, cuya noción hace referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista. En el riesgo inherente también está comprendido el riesgo comercial del proyecto, que gravita en torno a la fluctuación del retorno de la inversión presentada en función del término que se demora en percibir el ingreso esperado y que se determina también por la mayor y menor demanda del objeto concesionado. Igualmente, se encuentra allí inmerso el riesgo de operación que estaría llamado a influir en los costos e ingresos del proyecto y se origina en la variación de los parámetros de desempeño y productividad especificados.

RIESGOS DERIVADOS DE LA VOLUNTAD EXCLUSIVA DEL CONTRATANTE - No deben ser asumidos por el concesionario / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO IMPUTABLE AL CONTRATANTE - Hecho del príncipe / HECHO DEL PRÍNCIPE - Da lugar a compensaciones e indemnizaciones a favor de los afectados / COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES POR RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / IMPACTOS NEGATIVOS CAUSADOS POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES Y EXTRAORDINARIAS - Distribución de cargas

[T]ampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe. Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral “deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”. La anterior premisa halla un asiento jurídico igualmente en el cánón 1535 del Código Civil el cual consagra que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1535

RIESGOS PROPIOS DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN, PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SALINAS - Materialización del riesgo comercial / RIESGO COMERCIAL - A cargo del concesionario

[S]e evidencia que al IFI- Concesión Salinas le correspondía adoptar los precios y las políticas de venta y compra de las salinas en el contexto de la administración delegada para la explotación y administración de ese recurso natural y respecto de los acuerdos que se celebraran con fundamento en ese marco negocial, como aquel que ocupa la atención de la Sala. Sin embargo, a juicio de esta instancia, lo anterior no tenía la virtualidad de enervar o desnaturalizar el deber de precaver y asumir los riesgos que por la naturaleza del contrato habrían de radicarse en cabeza del concesionario y que resultaban inherentes a su álea de previsibilidad, tales como aquellos que surgieran como resultado de la fluctuación del mercado determinados en función de las leyes de la oferta y de la demanda del objeto concesionado, como tampoco los que se vincularan con la operación y que correspondían a la alteración de los parámetros de desempeño y productividad. (...) En este punto, concierne señalar que no se conoce con exactitud cuáles medidas adoptó el IFI - Concesión Salinas en ejercicio de su función de control de las políticas de mercadeo y producción de la sal asignadas en virtud de la administración delegada (...) [E]n inmensa medida la alteración de las finanzas del contrato se produjo como consecuencia de la sobre oferta en la producción y comercialización de la sal, cuestión que de suyo constituía un riesgo comercial inherente a la ejecución del contrato y cuya asunción, por lo menos desde la órbita de previsibilidad, era del resorte del concesionario. (...) [A]nte la evidencia de la materialización del riesgo comercial en dimensiones que, dicho sea de paso, se desconoce si verdaderamente escaparon a la previsibilidad razonable, las partes contratantes acordaron de manera libre y voluntaria modificar las condiciones obligacionales a fin de restablecer la economía del acuerdo, de cara a las nuevas condiciones imperantes en el mercado (...) [L]a Sala observa que, contrario a lo manifestado por el recurrente, la suscripción del contrato “refinería de sal” bajo esta nueva situación normativa coyuntural no fue el resultado de una imposición de las entidades estatales.

FUERZA VINCULANTE DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES - Buena fe contractual / MODIFICACIONES A CONTRATO DE CONCESIÓN - Mutuo acuerdo entre las partes / RECLAMACIONES POR MODIFICACIONES A CONTRATO DE CONCESIÓN - Improcedente / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - No se configuró, el riesgo comercial debió ser asumido por el concesionario

Está acreditado que el texto modificadorio del contrato no solo fue el producto de un análisis serio y sustentado, alimentado además por la documentación financiera y contable aportada por el concesionario para ese propósito, sino que, además, este extremo contractual tuvo la posibilidad de participar en su elaboración y cuando el documento definitivo se hallaba listo para su aprobación fue puesto a consideración una vez más de la sociedad Salcarsa, la que, con apoyo en su junta directa y en sus asesores jurídicos, lo revisó y manifestó que resultaba ajustado para los cometidos procurados. (...) [L]a Sala considera que no le asiste razón al apelante, sociedad Salcarsa, al señalar que las modificaciones introducidas fueron unilaterales, pretendieron trasladar al concesionario la asunción de todos los riesgos y no fueron idóneas para superar la crisis económica hasta entonces presentada y, según afirmó, facilitada por la falta de intervención reguladora del IFI-Concesión Salinas. Por oposición a esas alegaciones, la realidad probatoria reveló que la modificación contractual fue producto del mutuo acuerdo de los extremos negociales (...) El panorama planteado conduce a extender al análisis del supuesto desequilibrio económico ocurrido con posterioridad a la firma del documento modificadorio las mismas conclusiones en que esta Sala cimentó la inadmisibilidad de su reconocimiento en la fase anterior y concomitante con ese acontecimiento y que estribó en que la

solicitud de restablecimiento aludió a la concreción de un riesgo comercial cuya esfera de asunción se hallaba en la órbita del concesionario y cuya materialización se evidenció al inicio del contrato, e incluso antes, al punto de que fue esa circunstancia la que llevó a modificar las condiciones contractuales. (...) En ese orden, ya sea que se pretenda su reconocimiento bajo la óptica de la responsabilidad contractual de la entidad con fundamento en la desatención reguladora de las políticas de mercado de la sal o del desequilibrio presentado por causa de las condiciones imprevistas del mercado, el interesado debía acreditar que cumplió las obligaciones contraídas en relación con los rubros que conformaron la contraprestación pactada por la explotación de la refinería de sal, gestión que no llevó a cabo ni quiera en los términos previstos para balancearla en el negocio jurídico. Como consecuencia, la reclamación que formula a título de desequilibrio económico y al tiempo de incumplimiento contractual que consiste en los ingresos que dejó de percibir Salcarsa por cuenta de las pérdidas registradas por razón del precio de la tonelada de sal en relación con lo proyectado y lo vendido, esto es, \$50.566 T/M, lo que llevó a una pérdida acumulada de \$3.494'744.152 al 31 de diciembre de 1997 y de \$9.012'605.439 al 31 de diciembre de 1998, por las razones explicadas a lo largo de este acápite no tienen vocación de prosperidad.

CADUCIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Cláusula excepcional al derecho común / CADUCIDAD DE CONTRATO ESTATAL - Procedencia / GARANTÍAS MÍNIMAS QUE DEBE BRINDAR EL CONTRATANTE AL CONTRATISTA ANTES DE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO - Oportunidad para debatir o desvirtuar las razones para la declaratoria de caducidad

La parte actora pretendió la declaratoria de nulidad de la Resolución Especial 002 del 6 de mayo 6 de 1998, mediante la cual el IFI, Ácalis de Colombia Ltda. en Liquidación y el IFI-Concesión Salinas, resolvieron declarar la caducidad del contrato de refinería de sal. Igualmente, pidió la nulidad de la Resolución N. 003 de 7 de julio de 1998, mediante la cual, luego de ser impugnada, se confirmó. (...) La Sala recuerda que el contrato refinería de sal en cuya génesis se produjeron los actos administrativos acusados se regentó por las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal recogido en la Ley 80 de 1993, compendio que contiene el fundamento normativo de la cláusula de caducidad, como una de las cláusulas excepcionales al derecho común, cuyo inclusión, de conformidad con el numeral 2 del artículo 14 de ese catálogo legal, resultaba mandatoria en los contratos “que tengan por objeto (...) la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”. Su procedencia se encuentra restringida al supuesto factico previsto en el 18 del Estatuto de Contratación Estatal, de conformidad su declaratoria se abrirá paso siempre que “se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”, sin que sea posible su decreto por una circunstancia distinta a la descrita en esta norma. Al referirse a su ejercicio, ha sido decantado el deber que le asiste a la entidad pública contratante de brindar, de manera anterior a su adopción, determinadas garantías mínimas al contratista que habría de resultar afectado con la decisión, que consisten en: Dar a conocer las razones que se esgrimen en su contra, las pruebas que las fundamentan, ofrecerle la oportunidad de ser escuchado para que el particular tenga la posibilidad de exponer los motivos y elementos de prueba en que sustenta su defensa.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14, NUMERAL 2

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 13001-23-31-003-1999-00319-01(55230)

Actor: SALES CARTAGENA DE INDIAS S.A- SALCARSA EN LIQUIDACIÓN

Demandado: IFI CONCESIÓN SALINAS Y ÁLCALIS DE COLOMBIA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: DEMANDA EN TERCERÍA – tercero ad excludendum – diferencias con el litisconsorte necesario – oportunidad para la interposición de la demanda / NULIDAD DEL CONTRATO – no opera prescripción por aplicación de la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo / CONCESIÓN SALINAS – régimen normativo de los contratos celebrados en el marco de esa administración delegada / EXPLOTACIÓN , PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SALINAS – tipología contractual de concesión / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN – Ley 80 de 1993 / PRECISIONES CONCEPTUALES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO – causas y consecuencias / ASUNCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN – riesgo comercial se halla a cargo del concesionario / FUERZA VINCULANTE DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES – buena fe contractual / CADUCIDAD DEL CONTRATO – su declaratoria impone apego del debido proceso / LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL – no se discutió el cruce final de cuentas

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante, demandante en tercería y demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 16 de diciembre de 2014, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA, en forma oficiosa la excepción de CADUCIDAD frente a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, incoadas por el BBVA BANCO GANADERO S.A. (antes CORFIGÁN) conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: NEGAR las restantes pretensiones incoadas por el BBVA BANCO GANADERO S.A. (antes CORFIGÁN), en su condición de tercero 'ad excludendum'.

"TERCERO: SIN COSTAS a cargo del tercero ad excludendum.

"CUARTO: De acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia, DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA del Contrato Estatal Refinería de Sal celebrado entre el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL I.F.I., ALCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN e I.F.I. CONCESIÓN SALINAS y la sociedad SALES DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. 'SALCARSA', el día 14 de noviembre de 1996.

"QUINTO: NO HAY LUGAR A ORDENAR RESTITUCIONES entre las partes de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

"SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

"SÉPTIMO: Si esta sentencia fuere apelada, ARCHÍVESE el expediente luego de registrar las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial"¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 1º de octubre de 1999², la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa en liquidación, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Instituto de Fomento industrial IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación e IFI Concesión Salinas (se transcribe de forma literal):

"PRIMERA:

"Que se declare que las ENTIDADES CONTRATANTES incumplieron las obligaciones que les correspondían de acuerdo con la Ley y con lo establecido en el contrato REFINERÍA DE SAL suscrito con las ENTIDADES CONTRATANTES, el 14 de noviembre de 1996.

"SEGUNDA:

¹ Folios 709 a 710 del cuaderno principal segunda instancia.

² Folio 1 del cuaderno 4.

“Decretar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 002 de 8 de mayo de 1998 proferida por las ENTIDADES CONTRATANTES, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato REFINERÍA DE SAL, y de la Resolución No. 003 de 7 de julio de 1998, mediante la cual se resolvió desfavorablemente el Recurso de Reposición presentado por SALES DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. SALCARSA.

“TERCERA:

“Decretar la nulidad de la Resolución No. 005 de 29 de septiembre de 1998 mediante la cual las ENTIDADES CONTRATANTES, efectuaron Unilateralmente la Liquidación del contrato REFINERIA DE SAL y la nulidad de las Resolución No. 006 de 27 de noviembre de 1998, y la Resolución No. 007 de 16 de abril de 1999, mediante las cuales las ENTIDADES CONTRATANTES resuelven en sentido negativo los Recursos de Reposición presentados por SALES DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. y la compañía aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA”.

“TERCERA A

“1) En subsidio de las pretensiones PRIMERA, SEGUDA Y TERCERA, Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. 002 de mayo 6 de 1998 proferida por las ENTIDADES CNTRATANTES mediante la cual se declaró la caducidad del contrato de REFINERÍA DE SAL, en cuanto ella impuso a la contratista el pago de la Cláusula Penal Pecuniaria y de la Resolución No. 003 de 7 de julio de 1998, mediante la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por SALCARSA y de la Resolución No. 005 de 29 de septiembre de 1998, proferida igualmente por las ENTIDADES CONTRATANTES mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato REFINERIA DE SAL y se impuso acumulativamente a la contratista, la Pena Pecuniaria y el incumplimiento de las obligaciones contractuales incumplidas y de la resolución No. 007 de 19 de abril de 1999, por las cuales se denegó la reposición solicitada por la contratista y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA,

*“2) En subsidio de la anterior pretensión subsidiaria que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 002 de 6 de mayo de 1998, por la cual se declaró la caducidad, en cuanto por su artículo cuarto se hace efectiva la **totalidad** de la cláusula penal pecuniaria y de la Resolución No. 003 de 7 de julio de 1998, por la cual se denegó la reposición interpuesto por la contratista y la Resolución No. 005 de 29 de septiembre de 1998 proferida por LAS ENTIDADES CONTRATANTES por la cual se liquidó unilateralmente el contrato de REFINERIA DE SAL, en cuanto por ella se le impuso a SALCARSA la totalidad de la pena pecuniaria no obstante el cumplimiento del contrato y de las resoluciones No. 006 y 007 proferidas por las ENTIDADES CONTRATANTES por las cuales se denegaron los recursos de reposición interpuestos.*

“CUARTA:

“Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y del grave incumplimiento de las obligaciones legales u contractuales por parte de las

ENTIDADES CONTRATANTES, se declare RESUELTO (Resiliado) el contrato suscrito entre SALCARSA y las citadas ENTIDADES CONTRATANTES el 14 de noviembre de 1996 y consecuentemente se les condene a pagar a SALCARSA a título de indemnización de perjuicios materiales compensatorios todos los daños patrimoniales sufridos por la sociedad SALES DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. SALCARSA, EN LIQUIDACIÓN, los cuales, se estimarán a continuación;

“1. El Daño Emergente:

“Teniendo en cuenta que el objeto social de SALCARSA por exigencia de las ENTIDADES CONTATANTES se restringe al desarrollo del contrato REFINERIA DE SAL, todas las pérdidas que se presentaron fueron exclusivamente ocasionadas por su ejecución en condiciones anormales. El valor total de la pérdida acumulada a Diciembre 31 de 1998 que asciende a NUEVE MIL DOCE MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL CUATROCINETOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS \$9.012'605.439, 56, M/cte, en la cual están incluidas las sanciones pecuniarias injustamente impuestas por las ENTIDADES CNOTRATANTES relacionadas e incluidas en la Resolución No. 005 del 29 de septiembre de 1998.

“2.Lucro Cesante:

“Como consecuencia del desequilibrio contractual ocurrido durante el desarrollo del contrato y de la decisión equivocada e ilegal de la declaratoria de caducidad, las utilidades presentadas por SALCARSA en la operación y desarrollo del contrato no pudieron obtenerse y por lo tanto deberán ser reconocidas, ascienden a una suma de TRECE MIL VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE \$13.024'260.000 calculadas a valor presente del 20 de junio de 1997 y basadas en las proyecciones del Estado de Resultados para los años 1997 a 2000 que fueron elaboradas conjuntamente entre SALCARSA y las ENTIDADES CONTRATANTES para la elaboración del Documento Modificadorio del 14 de septiembre de 1997.

“QUINTA:

“Que se practique judicialmente la liquidación del contrato REFINERIA DE SAL y en dicha diligencia se incluyan los perjuicios materiales reconocidos como también las demás sumas por los conceptos que se establezcan en el juicio a favor de SALVARSA.

“SEXTA:

“Que las sumas pretendidas se deberán actualizar entre la fecha de la caducidad del contrato y la fecha de pago efectivo, atendiendo al incremento del Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

“SÉPTIMA:

“Las ENTIDADES CONTRATANTES deberán pagar a SALCARSA intereses comerciales moratorios por las sumas reconocidas en la Sentencia, desde la ejecutoria de ésta y hasta la fecha de su pago efectivo”³.

(...).”

2. Los hechos

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

2.1. Que Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, el Instituto de Fomento Industrial IFI y el IFI Concesión Salinas adelantaron la Licitación Pública Conjunta No. 001 de 1995, con el objeto de contratar el arrendamiento y operación de la planta refinadora de sal e instalaciones complementarias ubicadas en Mamonal – Cartagena, con opción de compra.

2.2. Que, culminado el procedimiento de selección, mediante Resolución No. 001 de 7 de marzo de 1996 se adjudicó el contrato materia de convocatoria a la unión temporal conformada por las sociedades Caribe Internacional Ltda., Corporación Industrial, Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda., Redondo y Compañía Ltda., Sandy Ltda. y Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan.

2.3. Que, con el propósito de suscribir el contrato resultante de la referida convocatoria, el 18 de octubre de 1996 los integrantes de la unión temporal adjudicataria, mediante Escritura Pública No. 4554, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá D.C., constituyeron la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa, la cual debió limitar su objeto social por los requerimientos que en ese sentido elevó la parte contratante.

2.4. Que, el 14 de noviembre de 1996, las entidades demandadas y la sociedad sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa suscribieron el contrato “*Refinería de Sal*”, cuyo objeto consistió en la entrega de la planta para su explotación y el arrendamiento con opción de compra de los bienes, instalaciones y equipos que conformaban la misma.

2.5. Que las partes fijaron una remuneración mensual con fundamento en el volumen de la producción de sal refinada y que el plazo pactado ascendió a 4

³ Folios 7 a 9 de cuaderno 4.

años, contados a partir de la entrega de las instalaciones, hecho que ocurrió el 9 de enero de 1997.

2.6. Que, durante el término de ejecución contractual, la sociedad Salcarsa se vio imposibilitada para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, específicamente, al pago de la remuneración acordada en favor de las contratantes y el adelantamiento de obras de recuperación de la planta de refinería, debido a la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y ajenas a su voluntad y control.

2.7. Que, mediante el documento modificador suscrito el 14 de noviembre de 1997, las partes co-contratantes acordaron medidas temporales encaminadas a superar la crisis que enfrentó Salcarsa por varias situaciones que, en criterio de la demandante, afectaban el equilibrio económico del contrato, pese a lo cual el acuerdo modificador no presentó los resultados esperados, por cuanto la información sobre la cual se proyectó adolecía de inexactitudes y porque las medidas propuestas, en realidad, agravaban la situación de esa sociedad.

2.8. Que, mediante la Resolución No. 002 de 6 de mayo de 1998, las entidades contratantes declararon la caducidad del contrato y dispusieron la terminación y liquidación del mismo, todo lo cual se llevó con desconocimiento del debido proceso que le asistía a la contratista. Además, que, en la misma Resolución No. 002 de 1998 se impuso una sanción pecuniaria por el 10% de la remuneración anual vigente para 1998, en la que se ordenó hacer efectiva con cargo a la póliza de seguro otorgada por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza.

2.9. Que, por medio de la Resolución No. 003 del 7 de julio de 1998, se resolvieron los recursos de reposición presentados contra la Resolución 002, en el sentido de confirmarla.

2.10. Que, a través de Resolución No. 005 del 29 de septiembre de 1998, las entidades contratantes liquidaron unilateralmente el contrato de refinería de sal y adoptaron el monto total de la deuda derivada de las obligaciones supuestamente incumplidas por Salcarsa, con fundamento en el documento IFI 0896 y el documento de actualización de 29 de septiembre de 1998.

2.11. Que la anterior resolución fue confirmada por la Resolución 006 del 27 de noviembre

de 1998, a través de la cual se revolió el recurso de reposición interpuesto por Salcarsa y por la Resolución No. 007 del 19 de abril de 1999, mediante la cual se resolvió la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza.

3. Fundamentos de derecho

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, en esencia, el demandante adujo que las entidades demandadas vulneraron el inciso segundo del artículo 2 y el artículo 29 de la Constitución Política; el artículo 3, numeral 8 del artículo 4 y numeral 1 del artículo 5 y los artículos 18 y 27 de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, narró que la transgresión a las aludidas normas por parte de las entidades demandadas se concretó al haber desatendido su deber de mantener el equilibrio económico del contrato, el cual se vio quebrantado desde la suscripción tardía del contrato “*Refinería de Sal*”.

Explicó que la modificación introducida al referido contrato no fue suficiente para atender las circunstancias desequilibrantes vigentes en el momento de su ejecución, más aún cuando todas las medidas dirigidas a atender el desbalance prestacional fueron trasladadas al concesionario.

Adujo que, contrario a lo manifestado por las contrayentes, la sal disponible era suficiente para el pago de la deuda, por cuanto los inventarios arrojaban una existencia de 6.814,709 TM. En ese sentido, afirmó que el resultado negativo no podía ser atribuido a la operación de la planta, puesto que los diversos índices estaban entre los parámetros proyectados para una operación eficiente; de ahí que el impacto negativo obedeció a los precios y volúmenes de venta de la sal refinada durante los meses de operación de Salcarsa, lo cual no era previsible para esta sociedad.

Frente a la declaratoria de caducidad, sostuvo que no era cierto que el contrato no pudiera ejecutarse, dado que, a pesar de los inconvenientes presentados respecto del pago de la remuneración pactada en favor de las contratantes, lo cierto es que la obligación principal consistente en la explotación de la planta de refinería se cumplió y no estuvo paralizada la producción de sal.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 19 de octubre de 1999, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a las demandadas y al Ministerio Público.

4.2. En decisión del 27 de marzo de 2001, la primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda – Instituto de Fomento Industrial IFI- IFI Concesión Salinas – Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación

Las demandadas de manera conjunta presentaron escrito de contestación, en el cual se opusieron a las pretensiones y solicitaron denegarlas.

Señalaron que, en cuanto a la utilización de predios y demás elementos incluidos en el contrato para la realización de otras actividades comerciales, las entidades pre contratantes fueron enfáticas en negar tal posibilidad, por lo que la propuesta que fue favorecida nunca vinculó los resultados de la gestión al desarrollo de otras actividades. Con esto precisó que carecía de sustento la afirmación según la cual el resultado final del negocio se vio afectado por las limitaciones impuestas al uso de las instalaciones materia del contrato.

Aclaró que la ejecución de actividades distintas a la industria de la sal podía ser desarrollada, previo acuerdo con ALCO e IFI Concesión Salinas.

Precisaron que el documento modificatorio del contrato se suscribió recogiendo todos los requerimientos del contratista y la información por él suministrada, por lo que resultaba contrario a los deberes de lealtad y rectitud obrar de manera contraria al consentimiento prestado al suscribirlo.

En relación con la demora en la suscripción del contrato, adujeron que la tardanza no se debió a causas imputables a las contratantes sino a las constantes solicitudes elevadas por el adjudicatario en ese sentido.

Añadió que el Decreto 547 de 1996 fue expedido ocho meses antes de la celebración del contrato de concesión, de tal suerte que no podía oponerse como una circunstancia sobreviniente, desconocida y extraordinaria que ameritara la valoración de sus efectos sobre el contrato. Manifestó igualmente que en la audiencia de adjudicación el concesionario expresó que conocía la existencia del Decreto 547 y renunció a las reclamaciones derivadas de esta normativa.

4.4. Demanda del BBVA

Mediante escrito presentado el 12 de noviembre de 2002⁴, el Banco Ganadero, luego denominado BBVA Banco Ganadero S.A. absorbente de CORFIGAN, presentó “*demanda de tercería principal*”, invocando los artículos 146 del C.C.A. y 52 y 53 del C.P.C., en la cual solicitó que se declarara la nulidad de las Resolución 005 de 29 de septiembre de 1998, contentiva de la liquidación unilateral del contrato de refinería de sal y resoluciones números 006 de 27 de noviembre de 1998 y 007 de 16 de abril de 1999, mediante las cuales se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos en contra de aquella.

Así mismo, el BBVA pretendió la nulidad de la cláusula novena del Capítulo I del contrato de refinería.

De manera subsidiaria, solicitó que se declarara la inoponibilidad del contrato frente a CORFIGAN (absorbida por BBVA) y que se declarara que no existió solidaridad entre los socios de Salcarsa y esa sociedad, frente a las entidades contratantes.

Como sustento de sus pretensiones advirtió que, si bien Corfigan S.A fue una de las sociedades que conformaron la sociedad Salcarsa S.A, siendo esta última una persona jurídica distinta de sus miembros, para obligarse contractualmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1502 del C.C., Corfigan S.A. debía prestar su consentimiento, lo cual en este caso no ocurrió y tampoco se configuró un evento de estipulación por otro, razones que en conjunto impedían predicar responsabilidad solidaria de Corfigan S.A., en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

Alegó que la sociedad con objeto único nacía a la vida jurídica antes de presentar la propuesta, cuestión distinta a la acontecida en el *sublite*, en la que la licitación se adjudicó a una unión temporal para que esta conformara una sociedad que sería la que celebraría el contrato fruto de esa convocatoria. De ahí que el objeto único de aquella no fue la presentación de la propuesta, de manera que no podía darse aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

Siguiendo ese esquema argumentativo indicó que resultaba absurdo suponer que quienes se habían asociado en una unión temporal con responsabilidad restringida frente a los asociados, una vez obtenida la adjudicación procedieran a constituir

⁴ Folio 1 del cuaderno 2.

una sociedad para hacerse solidariamente responsables ilimitadamente. Con base en lo dicho concluyó que no era posible atribuir responsabilidad solidaria a Corfigan S.A. por la ejecución del contrato de Refinería de Sal, a lo que se agregaba que los actos contractuales le resultaran inoponibles a esa sociedad.

De otro lado, sostuvo que la administración contratante no tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato.

Señaló que los actos acusados violaron la pena pactada, la cual fue compensatoria de las obligaciones principales incumplidas y, en tal virtud, al liquidar el contrato y cobrar tanto la pena como el valor de las obligaciones se violó el artículo 1594 del Código Civil.

Por auto de 25 de noviembre de 2002 se admitió la demanda en tercería⁵.

Mediante escrito contentivo de la adición a la demanda presentado el 19 de julio de 2004⁶, BBVA reafirmó los cargos por incompetencia de las entidades contratantes para imponer obligaciones a los socios de la sociedad contratista, el desconocimiento de los efectos de la Unión Temporal, la falta de requisitos legales para la liquidación unilateral del contrato y presentó la pretensión adicional encaminada a obtener el reconocimiento de perjuicios ocasionados como consecuencia de la inhabilidad impuesta a dicha sociedad para contratar con el Estado por el término de cinco años.

Mediante auto de 11 de julio de 2006, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la adición a la demanda de BBVA (antes Corfigan) en cuanto a la pretensión de condenar a las entidades contratantes al pago de los perjuicios ocasionados a Corfigan⁷.

Para efectos de surtir las notificaciones correspondientes se libró despacho comisorio al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

5. La sentencia impugnada

⁵ Folio 50 del cuaderno 2.

⁶ Folios 94 a 104 del cuaderno 2 y folio 14, del cuaderno 15 del despacho comisorio.

⁷ Folio 106 del cuaderno 2. Folios 2 y 3 del cuaderno 15, despacho comisorio.

El Tribunal Administrativo de Bolívar profirió sentencia el 16 de diciembre de 2014, en la cual: **i) declaró probada la caducidad** de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho incoadas por BBVA Banco Ganadero S.A. (antes Corfigan) y **denegó las demás pretensiones impetradas por dicha entidad**; **ii) declaró la nulidad absoluta del “CONTRATO ESTATAL REFINERIA DE SAL”** celebrado el 14 de noviembre de 1996 entre Salcarsa y el IFI, el IFI. Concesión Salinas y Álcalis. En relación con dicha nulidad absoluta, dispuso que no había lugar a ordenar restituciones mutuas.

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

En primer lugar, estudió la demanda del BBVA, haciendo notar que la propia entidad invocó la intervención “*ad excludendum*” prevista en el artículo 53 del CPC. En ese punto, relacionó las pretensiones coincidentes con las de Salcarsa, en cuanto a la nulidad de las resoluciones acusadas y las pretensiones propias de la demanda presentada por el BBVA, en las que solicitó que se declare la nulidad de la cláusula novena del contrato.

Sobre esa última pretensión, el Tribunal *a quo* decidió que no procedía su estudio en tanto se presentó con un contenido meramente narrativo, sin que se hubiera sustentado violación de norma legal concreta⁸. Agregó que en el propio documento de la conformación de la unión temporal se invocó la aplicación del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, de la misma forma que se hizo constar en el contrato de refinería.

Agregó que no prosperaban las pretensiones del BBVA sobre la no ocurrencia de la solidaridad de los socios, dado que, por virtud de lo previsto en la Ley 80 de 1993, operaba la solidaridad entre los miembros de la unión temporal proponente y la sociedad creada para la ejecución del contrato.

Seguidamente, el Tribunal *a quo* descendió al estudio de la demanda principal. En cuanto a la naturaleza de las contratantes advirtió que, en principio, se regían por el derecho privado, pero que en el contrato se asumió que aplicaba la Ley 80 de 1993.

⁸ Folio 667 de cuaderno principal segunda instancia.

Indicó el régimen jurídico de cada una de las entidades contratantes: en cuanto al IFI especificó que era una sociedad de economía mixta que se regía por el estatuto orgánico del sistema financiero y por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual no le era aplicable el régimen de contratación estatal, en la medida en que los contratos correspondieran al giro ordinario de los negocios de esa entidad.

En cuanto a ÁLCALIS, que era una sociedad 100% estatal, especificó que ya se encontraba en liquidación para la época en que se expidió la Ley 80 de 1993 y que su actividad en este caso se limitaba a lo que permitía el Código de Comercio a las sociedades comerciales en estado jurídico de liquidación.

Por último, especificó que el IFI Concesión Salinas correspondió a un contrato de administración delegada celebrado con el Gobierno Nacional el 2 de abril de 1970, en desarrollo del cual, según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, aplicaban el régimen de responsabilidad contractual del Código Civil⁹.

El Tribunal analizó el contrato de refinería de sal *sub júdice* y observó que no encontraba marco jurídico suficiente dentro del giro ordinario de los negocios del IFI, en virtud de que en la licitación se indicó que se buscaba incrementar la “*explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales*”.

Consideró que se presentó una modificación del objeto del contrato concebido en la Licitación No. 001 de 1995 y el finalmente celebrado, como producto de la misma, lo que llevó a la variación de su régimen normativo.

Como apoyo de su dicho sostuvo que en el objeto del contrato se indicó el “*arrendamiento con opción de compra*” y el “*suministro de la sal cruda proveniente de Manaure*”, actividad que se reseñó como de servicio público, de acuerdo con el artículo segundo numeral 3 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los Decretos 753 de 1956 y 724 de 1994.

Concluyó que el contrato adolecía de nulidad absoluta, por los siguiente motivos: i) haber incorporado cláusulas exorbitantes en violación del artículo 14 de la Ley 80

⁹ Citó el concepto de la Sala de Consulta, C.P. César Hoyos Salazar, Rad 1395, concepto del 13 de junio de 2002.

de 1993; ii) sujetar el cumplimiento de obligaciones del contratista a disposiciones derogadas, como lo fue el Decreto 724 de 1994; iii) incluir en el contrato con Salcarsa condiciones que son propias del contrato de concesión para la prestación de servicios públicos, *“determinando así la alteración de los elementos esenciales del contrato que lo hicieron generar en uno diferente al que fue objeto de la licitación pública”*; iv) haber incorporado condiciones que son propias del contrato de suministro con exclusividad y v) haberse pretermitido integralmente la realización del correspondiente procedimiento de selección objetiva del contratista”¹⁰.

6. El recurso de apelación

6.1. Apelación de la demandante (SALCARSA)

La entidad demandante solicitó que se revoque la sentencia y se acceda a todas las pretensiones de la demanda. Expuso los siguientes argumentos:

El demandante observó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no procedía la declaración de nulidad del contrato, toda vez que había transcurrido el término de diez años fijado para la prescripción por la Ley 791 de 2002.

Indicó que la parte demandada violentó en forma grosera el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto se declaró de manera abrupta la caducidad del contrato y se violó el debido proceso.

Al respecto esgrimió que no se realizaron visitas de las entidades estatales a la sociedad incurso en causal de caducidad del contrato, no se realizaron requerimientos previos a la demandante, bajo la advertencia de que podría hallarse en una circunstancia de incumplimiento que pudiera dar lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, no se respetó el derecho de defensa de la sociedad Salcarsa, en tanto no hubo intervención de su parte frente a los cargos de incumplimiento y tampoco se dio la posibilidad de decretar pruebas para desvirtuar los supuestos cargos de incumplimiento.

Manifestó que, aunque se hizo parecer como un acuerdo entre las partes, en realidad, se presentó la imposición del cambio de objeto de la sociedad en relación con lo previsto en los términos de referencia, la cual constituyó una modificación unilateral de las entidades

¹⁰ Página 677 y 678 del cuaderno principal segunda instancia.

contratantes que privó al contratista de la explotación en las “*instalaciones complementarias*”.

Esgrimió que se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato y al tiempo la responsabilidad de las demandadas, porque no resultaba viable pretender que la sociedad Salcarsa aceptara todos los riesgos derivados de la ejecución del contrato con apoyo en su supuesto conocimiento y experticia en el mercado de la sal, cuando en realidad eran las entidades contratantes las que, en observancia de su función reguladora respecto de las políticas de explotación de salinas en relación con el control de la producción y mercadeo de la sal para consumo humano, debían prevenir y controlar los factores externos que pudieran impactar la economía negocial.

En la misma forma, indicó que la liquidación unilateral correspondió a un ajuste que requerían las entidades contratantes para conciliar sus cuentas, sin tener en consideración las condiciones reales del contrato.

Acerca de la apreciación de las pruebas, Salcarsa advirtió que está probado en el proceso que, por razón directa de las decisiones equivocadas y modificaciones introducidas por las entidades contratantes, no se le permitió a SALCARSA llegar a los ingresos previstos en las proyecciones e inexplicablemente no se reconoció el derecho al restablecimiento del equilibrio económico.

Insistió en que debió imponerse una condena de perjuicios, dado el daño enorme que le produjo la declaratoria de caducidad del contrato y observó que el acuerdo modificatorio de 14 de noviembre de 1997 indicó una pérdida de \$50.566 millones de pesos respecto de lo proyectado, además de que los estados financieros mostraban que SALCARSA perdió \$3.497 millones de pesos en 1997 y \$9.012 millones de pesos en 1998.

6.2. Apelación de la demandante en tercería (BBVA antes CORFIGAN)

BBVA interpuso y sustentó la apelación en los argumentos que se resumen a continuación:

Afirmó que las pretensiones que impetró en su demanda guardaban correspondencia con las presentadas por Salcarsa en su oportunidad, en cuanto a la nulidad de las Resoluciones 002, 003, 005 de 1998 y 006 y 007 de 1999, de manera que las decisiones adoptadas tenían que ser las mismas para ambos demandantes.

Agregó que debió decretarse la nulidad de los actos administrativos y otorgarle los mismos efectos para todas las partes obligadas por las resoluciones impugnadas, dado que la caducidad del contrato y la liquidación del mismo se impusieron con fuerza obligatoria tanto a Salcarsa como a sus socios.

Especificó que, con independencia de la oportunidad de su demanda, el Tribunal *a quo* estaba obligado a declarar la nulidad de los referidos actos, por virtud de la demanda presentada por Salcarsa, en la oportunidad legal.

De manera específica, argumentó que la imposición de la cláusula penal mediante acto administrativo era ilegal, dado que el contrato y las resoluciones impugnadas fueron anteriores a la expedición de la Ley 1150 de 2007. Agregó que, luego de que la caducidad se impuso sin efectos patrimoniales para las socias, las entidades contratantes liquidaron el contrato y pasaron a requerir a las socias para el pago. Afirmó que el acto de liquidación también debió ser anulado, en tanto no identificó una suma líquida exigible, sino que se remitió a otros documentos que no formaba parte del acto de liquidación.

Alegó la falta de competencia de las contratantes para expedir el acto administrativo de liquidación y para establecer de manera acumulativa la exigibilidad de la cláusula penal y el pago de las sumas establecidas como perjuicios más intereses moratorios liquidados sobre los mismos.

En criterio del apelante, es claro que el acto de liquidación no tenía por objeto establecer el monto de los perjuicios y que ese aspecto solo podía ser definido por el juez del contrato.

Por otra parte, se refirió a la ilegalidad derivada de extender los efectos de la caducidad a Corfigan. Expuso que en el documento contentivo de la unión temporal se hizo constar que la participación de Corfigan se refirió específicamente a su actuación como banquero de inversión y a prestar asesoría en la ingeniería financiera del proyecto.

Argumentó que las entidades contratantes han debido establecer que Corfigan no había participado en la ejecución del contrato y que no se le podía imponer la sanción de caducidad, con las consecuencias nocivas que esa decisión acarrea.

Reiteró igualmente que no podía oponerse a Corfigan el efecto de los actos acusados, dado que no fue vinculada a la actuación administrativa previa y que, aunque se dispuso la notificación personal, no fue realizada en esa forma.

Cuestionó que Salcarsa fuera una sociedad de propósito específico y reseñó que en el acto administrativo que impuso la caducidad, en parte alguna se indicó que los socios tuvieran la obligación de responder solidariamente por las obligaciones de la sociedad.

Presentó un análisis de cada una de las pretensiones de la demanda de tercera denegadas en la sentencia apelada.

Insistió en la falta de competencia de las contratantes para expedir los actos acusados.

Manifestó que no ha debido denegarse su pretensión de nulidad de la cláusula que invocaba el artículo 7 de la Ley 80. Para sustentar lo anterior indicó que no tiene sentido que, por una parte se declare la nulidad del contrato pero, por otra, se niegue la pretensión del BBVA sobre la nulidad de una de sus cláusulas.

Reiteró que los perjuicios surgieron de la declaración de caducidad del contrato y que, por tanto, ha debido ser acogida la pretensión de indemnización que presentó al adicionar su demanda.

6.3.- Apelación de las entidades demandadas (IFI – ALCALIS – IFI CONCESIÓN SALINAS)

Las demandadas presentaron recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Que el régimen aplicable al contrato es el contenido en la Ley 80 de 1993, puesto que i) las partes eran entidades estatales, ii) el objeto del contrato correspondió la explotación de un bien estatal y iii) se celebró en el marco de un servicio público que corresponde al proceso de elaboración de sal para el consumo humano.

Que la naturaleza y tipificación de los contratos no dependía de la denominación que le den las partes. Advirtió que la afirmación de que se trató de un contrato de arrendamiento no se compadecía con su contenido. Observó que el contrato fue de concesión de un bien del Estado, a saber, la Refinería de Sal de Cartagena.

Que la sentencia de primera instancia reconoció la naturaleza del contrato, pero le imputó la nulidad, por cuanto, habiendo sido nominado como de arrendamiento, no podían pactarse cláusulas exorbitantes.

Sostuvo que, una vez determinada la tipología contractual, el juez debió darle aplicación al régimen correspondiente a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios

públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, a lo que añadió que las cláusulas exorbitantes son propias del Contrato Estatal de refinería de sal de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Expresó que, aunque se hubiera citado un decreto derogado, las obligaciones del contratista se ajustaron a las normas vigentes que regulaban la actividad concesionada.

De acuerdo con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la causal de nulidad absoluta del contrato debe corresponder a la violación de una prohibición legal expresa, la cual no se identificó en la sentencia. Por ello, la sentencia de primera instancia carece de coherencia con la ley y con los supuestos taxativos que ella contiene.

Adujo que existió plena identidad entre la necesidad pública a satisfacer, lo licitado y lo finalmente contratado. El apelante advirtió que al proceso de selección se presentaron dos proponentes y las condiciones se conocieron y se aceptaron para presentar la oferta, incluyendo las del suministro de sal, que se correspondió con lo finalmente contratado.

Censuró el fallo por incurrir en ignorancia sobre el régimen de producción de sal cruda, al considerar que era una actividad libre, y por desconocer que el IFI Concesión Salinas tenía la administración delegada de la Nación en las salinas de Manaure.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. Mediante providencia del 28 de septiembre de 2015, el Despacho de la magistrada conductora del proceso admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes.

8.2. Por auto del 25 de enero de 2016 se accedió parcialmente a la solicitud probatoria elevada por la parte actora en el recurso de apelación.

8.3. En decisión del 31 de octubre de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, todos los extremos procesales presentaron escritos de alegaciones, en los cuales, en esencia, insistieron en los argumentos en los que soportaron la impugnación. El Ministerio Público guardó silencio.

1. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa; **4)** calidad en la que concurrió Banco Ganadero BBVA absorbente de Corfigan S.A. Corfigan S.A. al presente litigio y el límite temporal para hacerse parte - análisis de la apelación interpuesta por el demandante en tercería; **5)** la prescripción frente a la declaratoria de nulidad oficiosa del contrato – análisis del cargo de apelación de la parte actora; **6)** tipología comercial y el régimen jurídico que informó el contrato de refinación – análisis de la apelación de las entidades demandadas: **6.1)** tipología del contrato de refinación de sal; **7)** precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias; **8)** incumplimiento y/o desequilibrio económico del contrato “*Refinería de Sal*” - análisis de los cargos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora: **8.1)** imposición por las entidades contratantes de la obligación de modificar el objeto de la sociedad Salcarsa; **8.2)** la imposibilidad de asumir riesgos del concesionario derivados de la omisión de la función reguladora del mercado de la sal por parte de las entidades concedentes, en virtud de la cual se debían prevenir los impactos negativos causantes de circunstancias imprevisibles y extraordinarias; **9)** legalidad de los actos acusados – análisis de la apelación de la parte actora: **9.1)** declaratoria de caducidad; **9.2)** liquidación unilateral del contrato y **10)** las costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas vigentes para la época de presentación de la demanda, consagraron que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

El vínculo obligacional en cuyo desarrollo se generó la controversia planteada en el presente proceso fue el contrato “*Refinería de Sal*”, suscrito el 14 de noviembre de 1996, entre IFI, IFI - Concesión Salinas y Álcals de Colombia en Liquidación, en calidad de contratantes, y la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa.

A este asunto fueron vinculadas como demandadas el Instituto de Fomento Industrial¹¹, IFI – Concesión Salinas¹² y Álcals de Colombia en Liquidación¹³. Así las cosas, al

¹¹ Mediante Decreto 22074 del 4 de noviembre de 1993, por el cual se compilaron y actualizaron los estatutos del IFI se indicó que su naturaleza sería la de una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico.

ostentar la naturaleza de entidades públicas, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38 Ley 489 de 1998, esta jurisdicción es competente para dirimir la controversia.

También le asiste competencia a la Sala para tramitar el asunto en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$9.012'605.439, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$118'230.000)¹⁴, exigida en la Ley 446, promulgada el 8 de julio de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

Observa la Sala que las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual acaecido durante la ejecución del Contrato “*Refinería de Sal*”, así como la nulidad de los actos administrativos contractuales mediante los cuales las entidades contratantes declararon la caducidad administrativa del acuerdo y adoptaron su liquidación unilateral, como de aquellos que por vía de reposición los confirmaron y a que se ordenara la condena correlativa a los perjuicios ocasionados, aspectos que, al tenor de lo prescrito en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción impetrada.

Cabe precisar en este punto, que, aun cuando en la demanda se formularon pretensiones principales y subsidiarias, lo que impondría abordar el estudio de estas en caso de que aquellas no prosperaran, ciertamente de su lectura conjunta se evidencia que ambas persiguen las mismas declaratorias aunque en distinto orden, esto es, la de nulidad de los actos acusados y de incumplimiento contractual. Así las cosas, todas ellas están llamadas a ser resueltas como pretensiones principales.

¹² Organismo creado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 1205 de 1969, como un ente autónomo que se denominaría Instituto de Fomento industrial – Concesión Salinas, el cual tendría contabilidad, administración y tesorería independientes del IFI y se sometería a las normas de auditoría y vigilancia del citado instituto.

¹³ Álcalis de Colombia fue constituida mediante escritura 4345 de 4 de agosto de 1970, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, con el nombre de Compañía Colombiana de Álcalis Planta de Soda Limitada; fue conformada por el Instituto de Fomento Industrial (710.038 cuotas sociales), cuyo aporte estuvo representado en la entrega de los bienes de la antigua Planta Colombiana de Soda, la Empresa Colombiana de Minas (10 cuotas sociales) y la sociedad Colombiana de Minería Ltda. (10 cuotas sociales).

Su naturaleza jurídica era la de una sociedad de economía mixta indirecta, del orden nacional, con régimen de empresa industrial y comercial del Estado y tenía como objeto social la explotación económica de la refinación de la sal y otros productos, así como su comercialización.

Mediante Escritura 650 de la Notaría Treinta de Bogotá el 2 de marzo de 1993 Álcalis de Colombia fue declarada disuelta y en estado de liquidación.

¹⁴ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 1 de octubre 1999, correspondió a \$236.460.

En orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual *“En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe; (...)”*.

Para emprender el análisis de la oportunidad de la acción, cabe destacar, previamente, que, como se profundizará más adelante, el contrato que ocupa la atención de la Sala, celebrado el 14 de noviembre de 1996, se rigió por las reglas del Estatuto de Contratación Estatal.

En atención a las disposiciones sobre la oportunidad de la acción, se tiene que el contrato *“Refinería de Sal”*, luego de haber sido objeto de declaratoria de caducidad, fue liquidado unilateralmente mediante Resolución No. 005 del 29 de septiembre de 1998.

Si se tiene en cuenta que el acto de liquidación unilateral fue confirmado a través de la Resolución 006 del 27 de noviembre de 1998¹⁵, por la cual se resolvió el recurso de reposición impetrado por Salcarsa S.A. y la Resolución 007 del 17 de abril de 1999¹⁶, mediante la cual se desató la impugnación presentada por la Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, decisión que, según consta en certificación expedida por Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación¹⁷ fue notificada mediante edicto desfijado el 10 de mayo de 1999 y que al tenor de la certificación del 26 de agosto de 1999¹⁸ la misma se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada, se concluye que la fecha inicial de su cómputo se situó en el 11 de mayo de 1999.

Como consecuencia, al haberse presentado la demanda el 1 de octubre de 1999, se concluye que su interposición fue oportuna.

3.- De la legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de tal suerte que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

¹⁵ Folios 91 a 100 del cuaderno 4.

¹⁶ Folios 400 a 410 del cuaderno de copias 1.

¹⁷ Folio 413 del cuaderno de copias 1.

¹⁸ Folio 414 del cuaderno de copias 1.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria –aunque no suficiente– para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró o no la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

En línea con lo advertido, ocurre que la legitimación en la causa en el ejercicio de la acción contractual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A. se reservó a las partes co-contratantes de la relación obligacional, restricción que conlleva al entendimiento de que el daño o perjuicio por cuya indemnización se entabla el litigio tiene como fuente el negocio jurídico, de cuyo cauce procesal solo pueden desprenderse derechos y obligaciones, para quienes conforman uno de los extremos del mismo.

Por activa

Asunto previo – de los sujetos llamados a ocupar el extremo activo de este litigio

Antes de analizar la legitimación en la causa por activa, la Sala estima necesario poner de presente que la controversia gira en torno a hechos ocurridos en la etapa de ejecución del contrato “*refinería de sal*” y a la legalidad de los actos proferidos con ocasión de la misma, sin que los aspectos de discusión abarquen lo sucedido en la etapa de selección del contratista. Por contera, será sobre lo ocurrido con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato sobre lo cual recaerá el objeto de pronunciamiento de esta controversia.

Con todo, en aras de determinar cuáles son los sujetos que se encuentran legitimados en la causa por activa en este debate, la Sala llama la atención sobre algunos acontecimientos presentados en la etapa precontractual que inciden en la vocación que les asiste a los demandantes para integrar ese extremo procesal.

A la Licitación Pública No. 001 de 1995 concurrió a presentar propuesta la unión temporal integrada por las sociedades Caribe Internacional Ltda., Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda., Sandy Ltda. Redondo y Cía. Ltda. y la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan. En el texto de su oferta

se incorporó la siguiente cláusula¹⁹ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Cláusula cuarta: si el contrato es adjudicado a la Unión Temporal, la SOCIEDAD PROYECTO que se denominará SALES CARTAGENA DE INDIAS S.A. que se constituirá en tal caso, celebrará tal contrato y lo ejecutará asumiendo, entre otras actividades: la reparación implementación, mantenimiento de la refinería de sal, pudiendo ejercer la opción de compra dentro de los términos y condiciones establecidas en los términos de referencia de la Licitación Pública conjunta No. 001 de 1995 y sus adendos”.

En marzo de 1996, el comité evaluador designado en el marco de la Licitación No. 001 de 1995 presentó el informe correspondiente, en el cual se plasmaron las siguientes observaciones²⁰ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“5.1. Desde el punto de vista legal, los proponentes cumplieron con los requisitos solicitados en la licitación.

“Existe sin embargo un aspecto relacionado con la propuesta de Corfigan S.A. y Asociados que merece ser comentado. Este grupo conformó una Unión Temporal para la presentación de la propuesta, sin embargo aclaran que en caso de resultar favorecidos con la adjudicación conformarían una sociedad anónima cuyos estatutos anexan a la propuesta.

“Vale decir se aclara que los pliegos de la Licitación no exigen la constitución de un tipo especial de sociedad para adelantar el contrato de alquiler de la planta”.

Superado el procedimiento de evaluación, las entidades precontratantes mediante la Resolución No. 001 del 27 de marzo de 1996 adjudicaron la licitación No. 001 de 1995 a *“la Unión temporal conformada por Caribe Internacional Ltda., De galeras Ltda., Redondo y Cía. Ltda., Sandy Ltd. y Corfigan S.A.”*²¹.

Se evidenció además que, con posterioridad a la etapa de adjudicación y antes de la celebración del contrato, según previsión establecida en la propuesta de la unión temporal seleccionada y acogida por las entidades pre contratantes, el 18 de septiembre de 1996, las sociedades Caribe Internacional Ltda., Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda., Sandy Ltda. Redondo y Cía. Ltda. y la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan suscribieron la escritura pública No. 4.554, por la cual constituyeron la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa.

¹⁹ Folios 65-75 del cuaderno 2.

²⁰ Folios 75-89 del cuaderno 2.

²¹ 21

El 14 de noviembre de 1996, el Instituto de Fomento Industrial – IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación e IFI – Concesión Salinas, en calidad de contratantes, y la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa celebraron el contrato “*Refinería de Sal*”, como producto de la Licitación No. 001 de 1995.

En el segundo año de ejecución contractual las entidades contratantes expidieron la Resolución No. 002 del 6 de mayo de 1998, por al cual declararon la caducidad del contrato “*Refinería de Sal*” y, posteriormente, como consecuencia de la anterior, expidieron la Resolución 005 de septiembre 29 de 1998, “*por medio de la cual se liquida un contrato*” y en cuya parte resolutive se ordenó (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Artículo Primero: Adóptase como liquidación del CONTRATO REFINERÍA DE SAL, la relación que sobre el Estado de la Deuda de Sales de Cartagena de Indias S.A. en liquidación se hace en el documento IFI 086 del 4 de septiembre de 1998 y el documento de actualización, del 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998.

“Artículo Segundo: Hacer efectiva la pena pecuniaria a que se refiere el artículo 3º de la Resolución Especial 002 de 1998, con cargo a la Garantía Única de Cumplimiento No. 443941 de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza”. De igual manera, las entidades contratantes exigirán con cargo a dicha garantía y hasta el ciento por ciento (100%) del valor asegurado por amparo de cumplimiento, el mayor valor que por concepto de la deuda total resulta a cargo de la sociedad contratista, según se ha expresado anteriormente.

“Artículo Tercero: Requerir a la empresa contratista, a sus socios y garante, para que en un término de diez (10) días contados a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia procedan a pagar las sumas de dinero que por concepto de la liquidación antes mencionada deben a las entidades contratantes.

“Artículo Cuarto. En razón de la Responsabilidad y los efectos que para la empresa contratista, sus socios y garante genera la presente liquidación del contrato de REFINERÍA DE SAL en los términos previstos en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el numeral 9 del Capítulo I del CONTRATO DE REFINERIA DE SAL, así como en el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Capítulo IX de dicho instrumento contractual, notifíquese el contenido de la presente Resolución a los representantes legales de Sales de Cartagena de Indias S.A. en liquidación; Caribe Internacional Ltda; Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda; Redondo y Cía Ltda; Sandy Ltda; Corporación Financiera Ganadera S.A. – CORFIGAN y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, informándoles que contra la presente Resolución procede el recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación”²² (destaca la Sala).

²² Folios 2446 a 2458 del cuaderno 6.

De este breve recuento se desprende como un hecho irrefutable que, a pesar de que la Licitación No. 001 de 1995 se adjudicó a la unión temporal integrada por las sociedades Caribe Internacional Ltda., Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda., Sandy Ltda. Redondo y Cía. Ltda. y la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan, lo cierto es que el contrato suscrito como resultado de esa selección fue celebrado con la sociedad Salcarsa S.A., es decir, con una persona distinta a aquellas que conformaron la unión temporal adjudicataria.

Dicho esto, la Sala observa que:

- A la luz de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se concebía la posibilidad de que se formulara propuesta por prometedores societarios interesados en celebrar contrato de concesión de obra pública para que, en el evento de resultar beneficiados con la adjudicación, se cumpliera la promesa de conformar una sociedad para celebrar y ejecutar el contrato de obra adjudicado. No obstante, este no fue el supuesto que se configuró en este asunto, toda vez que el contrato perfeccionado, como se ahondará posteriormente, no se identificó con la tipología de concesión de obra pública.

- Otro de los supuestos normativos a cuyo tenor, eventualmente, tendría cabida una situación como la narrada podría corresponder a lo preceptuado en el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en el que se reguló la sociedad con objeto único y la responsabilidad de sus socios se equiparó a la de los miembros de los consorcios, como, al parecer, lo interpretaron las entidades precontratantes al solicitar en la etapa previa a la celebración del contrato que se modificara el objeto social de Salcarsa S.A. para que se ciñera a los fines estrictos del objeto del contrato “*refinería de sal*” celebrado, como se verá más adelante.

Igual conclusión se extrae de lo dispuesto en la cláusula novena del capítulo primero del contrato “*refinería de sal*”, en la cual se advirtió “*para efectos del presente contrato, los miembros de la Unión Temporal constituyeron una sociedad en los términos contemplados en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 denominada Sales de Cartagena de Indias S.A...*”. Aun cuando no se mencionó expresamente el párrafo tercero, se infiere que es a ese apartado al que se hace referencia por ser el único que dentro de ese canon alude a la conformación de sociedades.

Esta hermenéutica se reafirma con el contenido del acto de liquidación unilateral del contrato en el cual se plasmó que en razón de la Responsabilidad y los efectos que para la empresa contratista, sus socios y garante genera la presente liquidación del contrato de REFINERÍA DE SAL en los términos previstos en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, en

concordancia con el numeral 9 del Capítulo I del CONTRATO DE REFINERIA DE SAL, así como en el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Capítulo IX de dicho instrumento contractual, notifíquese el contenido de la presente Resolución a los representantes legales de Sales de Cartagena de Indias S.A. en liquidación; Caribe Internacional Ltda.; Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda.; Redondo y Cía. Ltda.; Sandy Ltda.; Corporación Financiera Ganadera S.A. – CORFIGAN".

Con todo, aunque de atender a esta hipótesis cabría la discusión de si este tipo de sociedades con objeto único deben conformarse para presentar propuesta, celebrar y ejecutar el contrato o si resulta posible predicar la procedencia de su conformación solo para celebrar y ejecutar el convenio, lo cierto es que para los fines precisos de la discusión que aquí se aborda no se profundizará sobre esa cuestión, en tanto la materia de análisis, según se anticipó, recae en la ejecución y liquidación del acuerdo y en la legalidad de las decisiones acusadas.

Sin perjuicio de lo anotado, lo que se busca enfatizar con este recuento es que en consideración a los sucesos registrados y para efectos de la legitimación en la causa, la Sala advierte que la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa en Liquidación se encuentra legitimada en la causa por activa por ser esta la persona jurídica con la que se suscribió el contrato que dio origen a la contienda y la afectada con el acto administrativo de declaratoria de caducidad y de liquidación unilateral del contrato.

También la Sala encuentra legitimado en la causa al demandante en tercería Banco Ganadero BBVA, bajo la precisión de que el 15 de diciembre de 2000, esa entidad bancaria absorbió a uno de los socios de Salcarsa, Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan, según consta en la escritura pública número 3054 otorgada en la Notaría 47 del Círculo de Bogotá²³.

Frente a este sujeto vale aclarar que sea que se trate de una sociedad integrante de la unión temporal adjudicataria o de un socio miembro de la contratista Salcarsa S.A., en todo caso la viabilidad de su comparecencia se justifica en que, como se vio, en el contenido del acto de liquidación se incluyó de manera expresa la responsabilidad que le asiste para respaldar con su patrimonio las sumas adeudadas como consecuencia del cruce final de cuentas del acuerdo y, en esa medida, le asiste un interés directo en cuestionar el contenido tanto de esa decisión como de las que con posterioridad la confirmaron y para solicitar los perjuicios que aquella hubiese podido desencadenar.

²³ Folio 14 del cuaderno 2.

Sin embargo, la calidad con que comparece a este juicio Banco Ganadero BBVA absorbente de Corfigan será analizada en detalle a continuación.

Por pasiva

En cuanto a la parte accionada, la Sala estima legitimadas en la causa por pasiva al Instituto de Fomento Industrial IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación e IFI – Concesión Salinas, dada su condición de entidades contratantes y de las cuales emanaron las decisiones demandadas y de parte contratante del negocio jurídico génesis de la reclamación.

4.- De la calidad en que concurrió Banco Ganadero BBVA absorbente de Corfigan S.A. al presente litigio y del límite temporal para hacerse parte - análisis de la apelación interpuesta por el demandante en tercería

Para despachar la cuestión relativa a la calidad con la que concurrió BBVA Banco Ganadero S.A., absorbente de Corfigan, debe partirse de recordar que su comparecencia a la causa se dio a través de escrito presentado el 12 de noviembre de 2002²⁴, en el cual manifestó acudir mediante “*demanda de tercería principal*” invocando los artículos 146 del C.C.A. y 52 y 53 del C.P.C.

Al decidir el asunto en primera instancia, el Tribunal de origen consideró que las pretensiones formuladas por Corfigan encaminadas a obtener la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato y de las decisiones que, interpuesto el recurso de reposición en su contra, lo confirmaron, se hallaban caducadas, debido a que su comparecencia no atendió las reglas de oportunidad de su formulación previstas para la demanda presentada por un tercero *ad excludendum* respecto del cual se exigía su presentación dentro del respectivo término de caducidad.

La entidad bancaria BBVA cuestionó la decisión del *a quo*, por cuanto estimó que su concurrencia al proceso se encuadró dentro de la figura del litisconsorte necesario, según se anunció desde la demanda, dado que pretendía de manera idéntica la nulidad del acto de liquidación unilateral del Contrato. En mérito de esta circunstancia consideró que se permitía su intervención en cualquier momento hasta antes de dictar sentencia.

²⁴ Folio 1 del cuaderno 2.

Sentando el marco del debate en relación con la condición en que intervino BBVA, la Sala estima necesario realizar algunas precisiones en torno a una y a otra figura.

El inciso tercero del artículo 146 del Código Contencioso administrativo autorizaba la intervención de terceros en procesos adelantados ante esta jurisdicción, en los siguientes términos:

"A **ARTÍCULO 146** *Intervención de terceros.*

"(...).

"En los procesos contractuales y de reparación directa, la intervención de litisconsortes y de terceros se regirá por los artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 a 57 del Código de Procedimiento Civil. El Ministerio Público está facultado para solicitar la intervención de terceros eventualmente responsables".

"(...).".

A su turno, el Estatuto Procesal Civil, en sus artículos 52 y 53 reguló los mecanismos de intervención litisconsorcial, adhesivos y la intervención ad excludendum, al siguiente tenor:

"ARTÍCULO 52. INTERVENCIONES ADHESIVAS Y LITISCONSORCIAL. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante, de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia.

"El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

"Podrán intervenir en un proceso como litis consortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

"La intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya, y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes.

"(...).

"ARTÍCULO 53. INTERVENCION AD EXCLUDENDUM. Quien pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando su pretensión frente a demandante y demandado, para que en el mismo proceso se le reconozca. La oportunidad de tal intervención precluye con la sentencia de primera instancia.

“El interviniente deberá presentar demanda con los requisitos legales, que se notificará a las partes o a sus apoderados como dispone el artículo 205 y de ella se dará traslado por el término señalado para la demanda principal. El auto que acepte o niegue la intervención, es apelable en el efecto devolutivo” (se destaca).

La doctrina ha destacado algunos rasgos del litisconsorcio, que lo diferencian de la intervención del tercero ad excludendum, así:

“Solo en el último de todos estos casos (igualdad procesal con coordinación o comunidad de pretensiones) existe litisconsorcio porque esa ‘asociación de suertes’ de que hablaba REDENTI implica igualdad procesal, sobre la base de intereses personales directamente vinculados al proceso y para hacer valer en él, y no basta con la titularidad de un interés jurídico vinculado al de una de las partes (como sucede tercero accesorio o coadyuvante) porque entonces solo se trata de resolver sobre el interés de la parte y no sobre el que por conexión pueda tener ese tercero.

“(…).

“No todo tercero principal es litisconsorte como se deduce de lo acabado de exponer, y tampoco es siempre una parte autónoma; tendrá la primera condición cuando su pretensión concuerde o sea común con la de alguna de las partes –demandante o demandado-, y será autónomo cuando a pesar de ejercitar una pretensión propia conexa con la discutida en el proceso, pues sin conexidad no podría haber intervención, se sitúa en un plano de igualdad entre las partes, pero sin unirse a uno de ello, sino enfrentando a ambas o una con independencia de la otra en su relación procesal. Este último debe denominado interviniente ad excludendum.

“Este tercero que no es adhesivo o coadyuvante ni litisconsorte puede ser distinguido con la denominación de tercerista”²⁵.

Ese mismo tratadista, al profundizar sobre la intervención del tercero ad excludendum, razonó:

“Y en cuanto a los terceros intervinientes, radica en ser titulares de un interés jurídicos o moral independiente en litigio de una de las partes principales (interventor adhesivo), o titulares parciales del interés en litigio, debido a que tienen un interés jurídico o moral independiente, que está en litigio en ese juicio y que forzosamente resulta afectado o favorecido por la sentencia (interventor necesario y principal)”²⁶.

Así, de lo dicho hasta ahora se desprende que:

²⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo II. Editorial Temis Bogotá. 1962 páginas. 410-412.

²⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo I. Editorial Temis Bogotá. 1961. Páginas. 560-561.

- Existe un elemento de transversal aplicación a las figuras del litisconsorcio y el tercero ad excludendum consistente en que tanto el litisconsorte, en cualquiera de sus modalidades, como el tercero ad excludendum están habilitados para concurrir a la causa en que se debate su derecho hasta antes de dictar sentencia, pues con posterioridad se entiende precluida esa oportunidad.
- La figura del litisconsorcio necesario supone la comparecencia indispensable y obligatoria de todos los que ostenten esa vocación. Ante su inasistencia o falta de vinculación, no se podrá proferir fallo de fondo.
- El litisconsorte por activa, ya sea necesario o cuasi necesario, entra al debate en condición de igualdad frente al extremo demandante, en cuanto se parte de la base de que lo perseguido por él encuentra conexidad directa y sustancial con el derecho en controversia.
- Resulta connatural al tercero *ad excludendum* que su derecho pugne con el del demandante y con el demandado, es decir que, a pesar de existir una relación con el objeto en discrepancia, se somete a la controversia un nuevo derecho autónomo que no guarda identidad con el de las partes que trabaron de inicio la relación jurídico procesal.

Así pues, teniendo como base orientadora el tratamiento legal y doctrinario dispensado frente a las figuras del litisconsorcio necesario y el tercero ad excludendum, procede la Sala a analizar el caso concreto.

Reitera la Sala que la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan fue una de las sociedades que integró la unión temporal adjudicataria de la licitación No. 001 de 1995²⁷, la cual dio origen al contrato analizado en esta oportunidad.

Luego de resultar favorecidas con la escogencia y previo a la firma del contrato, las sociedades que integraron la unión temporal ganadora, entre ellas la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan, mediante escritura pública 4554 del 18 de septiembre de 1996, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá

²⁷ Folios 65-75 del cuaderno 2.

conformaron la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A., la que posteriormente celebró el contrato que ocupa la atención de esta instancia.

El 15 de diciembre de 2000, BBVA Banco Ganadero S.A., absorbió a la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan, según consta en la escritura pública número 3054 otorgada en la Notaría 47 del Círculo de Bogotá²⁸.

Con apoyo en estos hechos, a través de su intervención mediante el ejercicio de la demanda en tercería, el Banco BBVA pretendió que se declarara la nulidad de la Resolución 005 de 29 de septiembre de 1998, contentiva de la liquidación unilateral del contrato de refinería de sal y las resoluciones números 006 de 27 de noviembre de 1998 y 007 de 16 de abril de 1999, mediante las cuales se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos en contra de aquella.

En efecto, su pretensión anulatoria principal recayó en el acto que liquidó unilateralmente el contrato de refinería, así como en las decisiones que lo confirmaron, súplica apoyada en que dicha decisión impuso conjuntamente a los socios de la contratista -entre ellos Corfigan absorbido por el banco BBVA- y a esta última la obligación de responder solidariamente con su patrimonio por las obligaciones dinerarias que se definieron en el cruce final y definitivo de las cuentas del contrato.

Se evidencia que ciertamente los sujetos incluidos en el acto fueron la sociedad contratista, sus socios y la aseguradora, los que, en conjunto, resultaron obligados a responder con su patrimonio por las obligaciones dinerarias que allí se consignaron.

Sin embargo, la concurrencia coetánea de todos ellos como sujetos pasivos de las decisiones impugnadas, a diferencia de lo sostenido por el banco apelante, no los reviste de la condición de litisconsortes necesarios en tanto no se predica de ellos la existencia de una relación sustancial inescindible con la demandante que torne en indispensable su comparecencia para definir el fondo del asunto como tampoco que el asunto deba fallarse de manera uniforme para cada ellos, pues bien puede ocurrir que en tanto cada uno tiene una pretensión autónoma, la decisión que se adopte no sea idéntica para todos los casos.

²⁸ Folio 14 del cuaderno 2.

Distinto a lo esgrimido por el censor en cuanto a la configuración de litisconsorcio necesario, la Sala encuentra que dada su condición de socios integrantes de la demandante sujetos a una obligación dineraria impuesta expresamente por el acto de liquidación, a lo sumo, cabría predicarse respecto de aquellos la calidad de litisconsorcio cuasi necesario²⁹, por las razones que pasan a explicarse:

En este caso ocurre algo similar a lo sucedido en los eventos en los que la aseguradora, por cuenta de ese tipo de decisión, resulta afectada de manera directa, a pesar de lo cual no ostenta la calidad de litisconsorte necesario por activa.

En esos casos, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que cuando un acto administrativo contractual fija obligaciones, como por ejemplo aquel en el que se declara la ocurrencia del siniestro y hace efectiva la garantía que cubre el cumplimiento del contrato estatal, la relación que existe entre el contratista y la aseguradora se identifica como un litisconsorte cuasi necesario, de manera que para impugnar su nulidad no es indispensable que ambos concurren a la causa en la que se discute la validez del acto³⁰.

²⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I. Parte General. Novena Edición 2007. Pág. 318-319. *“VICTOR FAIREN GUILLEN sostenía hace casi medio siglo que ‘entre las figuras del litisconsorcio necesario y voluntario se emplaza otra, a veces un tanto obscura y dependiente en puridad más de los tratamientos normativos que de la propia naturaleza de las relaciones jurídicas materiales es el litisconsorcio cuasinecesario’, y JAIRO PARRA QUIJANO pone de manifiesto que se presentará el mismo cuando existiendo varias personas eventualmente legitimadas para intentar una determinada pretensiones, o para oponerse a ella, la sentencia es susceptible de aceptar a todos por igual, aun en el supuesto de que no hayan participado o no hayan sido citados al correspondiente proceso. No se exige por tanto como ocurre en el supuesto del litisconsorcio necesario, que todas personas demanden o sean demandadas en forma conjunta”.*

“Ciertamente existen eventos en los cuales la sentencia, atendida la naturaleza del derecho sustancial de las relaciones jurídicas que define, vincula a determinados sujetos así no hayan no hayan comparecido en calidad de demandantes o demandados, y sin que sea menester, so pena de nulidad de la actuación, propender por su obligada vinculación al proceso, pues si así aconteciera estaríamos ante un caso de litisconsorcio necesario”.

³⁰ Respecto de la configuración de un litisconsorcio cuasi necesario por activa en esos eventos, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en decisión proferida dentro del expediente 29.857 sostuvo: *“La Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de su cumplimiento en un contrato estatal, cuando se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva; y se ha concluido que no puede encuadrarse ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que en efecto la decisión que se tome en el sentido de sacar o no de la vida jurídica el acto administrativo tendrá el mismo efecto para ambos, pero ello no quiere decir que deban los dos concurrir al proceso para su validez, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario. (...) Como puede verse, en un caso como el analizado, no era necesario citar al proceso al contratista, ya que la relación que comparte con la aseguradora se enmarca en un litisconsorcio cuasinecesario”* (se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo

Igualmente, la jurisprudencia ha hecho énfasis en que, en presencia de la figura del litisconsorte cuasi necesario, quien comparece en esa condición para ejercer las prerrogativas de la parte activa -y así formular pretensiones propias-, debe hacerlo antes de que opere el fenómeno procesal de la caducidad³¹.

Es importante precisar que la caducidad de la acción desde ningún ángulo puede entenderse interrumpida en esos casos por la presentación de la demanda primigenia, en atención a que quien acude a la jurisdicción ejercita en la referida condición un derecho autónomo que no pende de la comparecencia previa de un sujeto procesal distinto.

Sobre el particular, conviene traer a colación la postura adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de mayo de 2016, pues, a pesar de que ese pronunciamiento versó sobre la oportunidad para presentar la reforma de la demanda, ciertamente las consideraciones que allí se esbozaron en relación con la imposibilidad de entender interrumpida la caducidad como consecuencia de la formulación de la demanda inicial, por razones análogas merecen hacerse extensivas a este estudio:

“Al respecto, se debe recordar que el término para emplear el derecho de acción es objetivo o en otras palabras, corre hasta su finalización sin consideración de la conducta que asuman los sujetos a quienes se les contabiliza -ver párrafos 13 a 13.2-, de modo que el hecho de que un sujeto exprese una solicitud en tiempo no impide que la contabilización de ese período en el que él tiene la carga legalmente establecida de elevar sus pretensiones llegue a su culminación.

“Debido a lo anterior, y dado que la caducidad de la acción marca la finalización del plazo en que los administrados pueden accionar para elevar las solicitudes que quieran propias del medio de control que corresponda, se debe advertir que una vez configurado dicho instituto no es posible que a

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 27 de marzo de 2014, exp. 29.857, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³¹ “(...) si bien la aseguradora o el asegurado contratista, según el caso, no requieren ser citados al proceso, pues basta que uno solo de ellos demande, **quien no lo haga puede concurrir e intervenir en el proceso en el estado en que se encuentre, antes de dictarse fallo de única o de segunda instancia (...), y con todas las prerrogativas de la parte activa siempre que respecto de ella no haya operado la caducidad para ventilar en sede judicial sus pretensiones**, porque hay que recordar que, al contrario de lo que sucede con la nulidad, los efectos del restablecimiento del derecho dispuestos en la sentencia solo aprovechan a quien hubiera intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor, **intervención que, por supuesto, debe hacerse antes de que se hubiese configurado dicho fenómeno procesal de la caducidad**”. (destaca la Sala). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2012, expediente 20.810, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

través de ningún mecanismo, sea mediante la presentación de una demanda o de su reforma en el tiempo establecido para ello, se expongan nuevas pretensiones a la jurisdicción, por lo que en ese escenario realmente no hay una diferencia entre el individuo que no demandó en ningún momento y el sujeto que sí lo hizo, pero que sólo expuso parcialmente las peticiones que estaba legitimado para elevar, puesto que a los dos les habría fenecido la oportunidad objetiva que tenían para accionar y por consiguiente, para formular ante la justicia las solicitudes que desearan en ejercicio de ese derecho.

“En este punto, cabe destacar la relación de dependencia que existe entre la acción y la pretensión, en tanto la concreción de ésta última en una decisión judicial favorable se sujeta a que a través de la primera sea factible su manifestación ante el aparato jurisdiccional -ver párrafos 12.3-, posibilidad que el ordenamiento jurídico estableció como transitoria sin excepción alguna y por lo tanto, no se avendría al sentido lógico de dicha relación de dependencia que la manifestación de una pretensión tenga la capacidad para interrumpir el fenómeno de la caducidad de la acción y por ende, haga permanente dicha facultad temporal de acceder a la administración de justicia.

“(…).

“Ciertamente, si todas las solicitudes que se aducen en ejercicio del derecho de acción son autónomas, y deben ser expresadas manifiestamente para que la competencia de la jurisdicción las abarque y sea posible que se profiera una decisión judicial vinculante respecto de ellas -salvo algunas excepciones-, es claro que los efectos de elevar algunas peticiones no incide en las demás y en ese orden de ideas, no tienen la potencialidad de interrumpir el término objetivo de la caducidad de la acción en que se debieron formular.

“(…).

“De esta manera, no resulta viable sostener que el que un sujeto presente una demanda con determinadas peticiones interrumpa o haga inoperante a su favor el interregno que tenía para accionar respecto de las otras solicitudes que tuvo que haber elevado durante el mismo período, como si por el solo hecho de radicar ese libelo introductorio le permitiera manifestar a la jurisdicción cuantas solicitudes adicionales quisiera sin tener en cuenta el limitante temporal establecido por la caducidad de la acción, posibilidad que además de adolecer de sentido y soporte normativo, conllevaría al desconocimiento de la seguridad jurídica que se pretendió instaurar con el instituto de la caducidad de la acción”³².

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala advierte que no obstante asistirles un interés directo en remover del orden jurídico la decisión que originó la afectación patrimonial, la comparecencia de Corfigan-ahora BBVA- como socio integrante de la persona jurídica contrista no se reputaba necesaria para emitir

³² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 25 de mayo de 2016, dictada dentro del expediente 40.077, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

una sentencia de fondo, al margen de que le resultara o no desfavorable a sus intereses.

Así, en cuanto cabría predicar la condición de litisconsorte cuasi necesario –no necesario como lo afirma el apelante- por activa del banco BBVA, derivada del hecho de hallarse involucrado en las resultas del proceso por causa de su expresa inclusión en el acto que ordenó la liquidación unilateral del contrato, en todo caso la validez de esta decisión bien podía cuestionarse y decidirse en sede judicial siempre que uno de los afectados con la misma así lo pretendiera, tal cual aconteció gracias a la interposición de la demanda por parte de la sociedad contratista Salcarsa S.A.

En esa medida, la procedencia de la demanda presentada por el banco BBVA para sacar adelante su pretensión de nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato de refinería y de las decisiones que con posterioridad lo confirmaron debía ceñirse a las reglas de oportunidad establecidas para el ejercicio de la acción contractual.

A la misma conclusión se llegaría, incluso, de atender la tesis de la primera instancia, de conformidad con la cual la comparecencia de la entidad bancaria se encuadró en la figura del tercero *ad excludendum*³³.

En ese sentido, se advierte que el Banco BBVA ingresó a la presente contienda con el fin de llevar al debate pretensiones que guardaban correspondencia con las

³³ De manera semejante, la Sección Tercera de esta Corporación reflexionó acerca de los requisitos legales que debía reunir la demanda presentada por el tercero *ad excludendum* en vigencia del Código de Procedimiento Civil, entre los que se encontraba la observancia de la oportunidad para ejercer la respectiva acción: *“Ahora bien, en cuanto a la afirmación del recurrente en el sentido de que las acciones formuladas por los herederos del señor Serna Vallejo se encontraban caducadas, teniendo en cuenta que los actos cuestionados proferidos por la entidad demandada debieron impugnarse ante el juez contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes al agotamiento de la vía gubernativa, conforme lo prevé el artículo 85 del C.C.A., la Sala encuentra que dicho señalamiento no tiene justificación alguna, dado que las acciones fueron interpuestas dentro del término legal.*

“En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., norma aplicable al presente asunto, el término de caducidad previsto para los contratos cuya liquidación se hubiese efectuado unilateralmente por la Administración, es de dos años contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.

*“En este caso, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR, profirió la Resolución 0013 de 12 de enero de 2005, mediante la cual ajustó la liquidación del contrato 007 de 1980 y sus adicionales, revocada parcialmente por la Resolución No 002096 de 14 de abril siguiente, la cual quedó ejecutoriada el 8 de julio de 2005, al paso que las demandas de intervención *ad excludendum* fueron instauradas el 16 y 18 de mayo de 2007, respectivamente, es decir, dentro del término legal (cuaderno 5 y 7)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 10 de octubre de 2008, exp. 34.657, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.*

formuladas por la sociedad demandante, en tanto se orientaron a obtener la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato de refinería de sal, pero al tiempo formuló otras tantas que podrían entrar en conflicto con los intereses de aquella.

No hay que olvidar que el banco también solicitó la declaratoria de nulidad de la cláusula novena del contrato de la que se derivaba la responsabilidad solidaria de los socios que integraron a Sales Cartagena de Indias S.A., así como la declaratoria de inoponibilidad de la mencionada estipulación incorporada en el contrato de refinería, todo ello con el fin de que no fueran los socios los que debieran responder solidariamente con su patrimonio, sino que esa carga recayera en la patrimonio de la sociedad demandante, circunstancias que dejaban entrever una verdadera contraposición de intereses con todos los extremos del litigio, en cuanto se somete a discusión cuál es el patrimonio que debe responder por las consecuencias económicas del acto acusado.

Así pues, de aceptar que el banco BBVA compareció a este causa revestido de una doble condición, esto es, como litisconsorte cuasi necesario en procura de la remoción del acto que liquidó unilateralmente contrato y de los demás que al desatar la impugnación formulada en su contra lo confirmaron y como tercero *ad excludendum* con el propósito de desligarse de los efectos patrimoniales derivados de la aplicación de la cláusula novena del contrato que imponía la responsabilidad solidaria de los socios de la contratista, en cualquier caso, tanto la demanda como su reforma, debió ser formulada dentro del término de caducidad de la acción contractual.

Dicho lo anterior, la Sala estima acertada la decisión de primera instancia con arreglo a la cual consideró que se había configurado la caducidad de la acción; sin embargo, a diferencia de lo considerado por el Tribunal, en este caso la caducidad abarcó la totalidad de las pretensiones invocadas por el banco BBVA, a través del cauce de la acción contractual, no solo aquellas que apuntaron a obtener la nulidad de los actos administrativos, pues todas las aspiraciones ventiladas, incluso las subsidiarias, y la del reconocimiento de perjuicios formulada en la reforma de la demanda, correspondían ventilarse por la misma acción, cuyo cómputo no variaba la regla de oportunidad.

En orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la ley 446 de 1998 – para el momento en que inició el cómputo ya había sido expedida esta ley- el cómputo del término de caducidad de la acción contractual *“En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar*

dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe; (...)”.

Teniendo en cuenta que el acto de liquidación unilateral del contrato, adoptado mediante Resolución 005 del 29 de septiembre de 1998 fue confirmado a través de la Resolución 007 del 17 de abril de 1999, la cual, como consta en certificación expedida por Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación³⁴, fue notificada mediante edicto desfijado el 10 de mayo de 1999 y que, según certificación del 26 de agosto de 1999 la misma se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada, se concluye que la fecha inicial de su cómputo se situó en el 11 de mayo de 1999.

En secuencia, los dos años de caducidad de la acción vencían el 11 de mayo de 2001, por lo que surge con nitidez que en cuanto la demanda de tercería presentada por el banco BBVA, absorbente de Corfigan, fue interpuesta el 30 de octubre de 2002, el ejercicio de la acción por él incoada fue extemporáneo y así será declarado.

Por último, vale acotar que tampoco resulta de recibo el argumento de la apelación relacionado con la inoponibilidad de los actos acusados por no haber sido notificados legalmente a Corfigan, esto es, por no haberse intentado la notificación personal de manera previa. Importa enfatizar sobre ese aspecto que, según la certificación expedida por Álcalis, las resoluciones impugnadas fueron debidamente notificadas y se encuentran ejecutoriadas, por manera que, de no hallarse Corfigan conforme con el contenido de esos documentos oficiales, así ha debido manifestarlo.

Dicho esto, la Sala evidencia que ese argumento surge como un hecho nuevo que no fue materia de debate ante la primera instancia, ya que en momento alguno se hizo mención de tal acontecer en la demanda de tercería³⁵.

³⁴ Folio 413 del cuaderno de copias 1.

³⁵ Si bien en la demanda de tercería se elevó una pretensión dirigida a que se declarara la inoponibilidad del contenido del acto de liquidación del contrato respecto de Corfigan, lo cierto es que el argumento en que se cimentó esa pretensión de inoponibilidad hace relación a la inexistencia de solidaridad entre Salcarsa y las sociedades que la integraron y no a que el acto

5.- De la prescripción frente a la declaratoria de nulidad oficiosa del contrato - análisis del cargo de apelación de la parte actora

Se recuerda que la primera instancia declaró la nulidad oficiosa del contrato de refinería, por considerar que el mismo adolecía de objeto ilícito, que se habría configurado por: incluir cláusulas propias del contrato de suministro y de concesión para la prestación de servicios; por haber incluido cláusulas exorbitantes; y por haberlo sujetado a disposiciones derogadas.

Por oposición, la parte actora en su recurso de apelación afirmó que no resultaba procedente declarar la nulidad oficiosa del contrato, habida consideración de que, en atención a lo dispuesto en la Ley 791 de 2002, el término de prescripción de 10 años allí previsto ya se encontraba vencido para la fecha en que se profirió la sentencia declaratoria de nulidad del contrato.

Para resolver esta cuestión, la Sala precisa, en primer lugar, que la nulidad del contrato de refinería de sal celebrado el 14 de noviembre de 1996 no fue objeto de un asunto comprendido dentro del litigio trabado entre las partes, pues ni el extremo activo la invocó como pretensión ni las entidades demandadas aludieron a su configuración, por lo que es claro que el examen que dio como resultado esa declaratoria surgió exclusivamente de la competencia oficiosa del juez.

Dicho lo anterior, acontece que, en voces del artículo 1742 del C. C., la nulidad absoluta se sana en todo caso por prescripción extraordinaria.

A propósito de esta normativa, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que *“cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos”*³⁶.

Siguiendo este orden, se tiene que el término de prescripción extraordinaria, con sujeción a los dictados del artículo 2532 del Código Civil, en la forma en que fue modificado originalmente por la Ley 50 de 1936, era de 20 años.

acusado no le fue debidamente notificado a Corfigan y, por tanto, le resulta inoponible, como lo alegó en el curso de la segunda instancia.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp: 22.471, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Pese a lo indicado, el término de prescripción extraordinaria contemplado primigeniamente se redujo a 10 años por mérito de la reforma introducida a través de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002.

Con todo, en consideración a que el contrato que ocupa la atención de la Sala se celebró el 14 de noviembre de 1996, esto es, antes de la regencia de la reforma introducida por la Ley 791 de 2002, imperativo resulta señalar que el plazo de prescripción era aquel previsto en el artículo 2532 del Código Civil, modificado por la Ley 50 de 1936, el de 20 años, por ser la ley vigente al tiempo de celebración del acuerdo³⁷.

Lo dicho conduce a concluir que el vencimiento de los 20 años, contados desde la celebración del contrato de refinería de sal, y, con ello, el lindero temporal para la procedencia de su declaratoria de nulidad, se produjo el 14 de noviembre de 2016, fecha posterior a aquella en que se dictó la sentencia de primera instancia -16 de diciembre de 2014 -, por lo que, en estricto sentido, su declaratoria se efectuó dentro del plazo de prescripción extraordinaria.

En los términos expuestos y por ser un argumento puntual del recurso de apelación formulado por la parte demandada, en acápite posterior la Sala examinará si la declaratoria de nulidad del contrato merece ser confirmada o si el contrato no adolece de vicio alguno que entrañe esa consecuencia.

6.- De la tipología negocial y del régimen jurídico que informó el contrato de refinería de sal – Análisis de la apelación de las entidades demandadas

Las entidades demandadas en su escrito de apelación se opusieron a la decisión del Tribunal de primera instancia, por considerar que incurrió en un yerro al declarar la nulidad del contrato, toda vez que la naturaleza, tipificación y régimen de los contratos no dependían de la denominación dada por las partes; consideraron que el régimen aplicable al presente contrato era el contenido en la Ley 80 de 1993; el negocio jurídico estudiado correspondía a un contrato de explotación de un bien del Estado y el desarrollo de una actividad calificada por la ley como servicio público, de suerte tal que no se identificaba con un arrendamiento; las obligaciones del contratista no fueron supeditadas a normas derogadas sino a las vigentes que regulaban la actividad concesionada, entre otras razones de discrepancia.

Para empezar, con el fin de abordar el estudio de la impugnación en lo atinente al marco normativo al que se ciñó el contrato de refinería de sal, resulta necesario

³⁷ Al tenor del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 al tenor de la cual “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

indagar acerca de la naturaleza de cada uno de los extremos contratantes y al régimen legal que regulaba su actividad negocial para la época de celebración del negocio jurídico, al cabo de lo cual se descenderá sobre los antecedentes fácticos y jurídicos que precedieron su perfeccionamiento, así como sobre su contenido obligacional, para desentrañar su tipología.

Como punto de partida de este análisis, debe tenerse en consideración que en noviembre de 1995 se abrió la Licitación Pública No. 001 de 1995, adelantada conjuntamente por el Instituto de Fomento Industrial IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación e IFI Concesión Salinas, la cual dio origen a la celebración del contrato de refinería suscrito el 14 de noviembre de 1996 por aquellas en calidad de contratantes y la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A., en condición de contratista.

Dicho lo anterior, procede la Sala a referirse a la naturaleza jurídica de cada una de las personas jurídicas que ocuparon el extremo co-contratante.

- Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación

Mediante escritura 4345 de 4 de agosto de 1970 se creó la empresa Álcalis de Colombia Ltda. - Alco Ltda., como una sociedad de responsabilidad limitada con aporte mayoritario estatal procedente de cuotas sociales del IFI y de la sociedad Colombiana de Minería. Su naturaleza jurídica, por el origen de su capital, se identificó con la de una sociedad de economía mixta del orden nacional.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 464 del Código de Comercio *“Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%), o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado”*.

En consonancia con lo anterior, de conformidad con lo establecido en el **artículo 3° de la Ley 130 de 1976** *“Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado”*³⁸.

El 2 de marzo 1993 se protocolizó la decisión de la junta de socios de esa persona jurídica, en el sentido de someterla a proceso de liquidación y disolución.

Sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por esa sociedad, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto rendido el 15 de octubre de 1998³⁹, plasmó:

“2.1. Naturaleza Jurídica

“Por autorización legal la empresa Ácalis de Colombia Ltda. -Alco Ltda., se creó como una sociedad de responsabilidad limitada. Dado el origen de su capital -público y privado- en el acto de constitución se clasificó como una sociedad de economía mixta indirecta, del orden nacional, en la que el aporte del IFI supera el 90% del capital social, lo que hace que la misma esté sujeta al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, (...).

“2.2. Régimen jurídico aplicable

“Como Ácalis de Colombia Ltda. -Alco Ltda. conservó su carácter de sociedad de economía mixta del orden nacional con responsabilidad limitada, continuó sometida al régimen jurídico aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, esto es, mixto, por cuanto se forma por integración de principios y normas pertenecientes al derecho público y al derecho privado.

“Sujeción a las reglas de derecho privado. Dentro del espíritu y normas de la reforma administrativa, la sujeción de las empresas industriales y comerciales a un régimen jurídico tal, implica que los actos y hechos que estas entidades realicen o se cumplan en virtud de su actividad están sujetos al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo en aquellos eventos en los cuales ellos desarrollen funciones administrativas por asignación de la ley, ya que en ellos el régimen aplicable es de derecho público⁴⁰.

“Según lo expuesto sobre la naturaleza y el régimen jurídico de Alco Ltda., ésta es una sociedad de economía mixta del orden nacional, conformada por dos empresas industriales y comerciales del Estado, con responsabilidad limitada, a la que se le aplican las normas de derecho privado para los actos que realice y los hechos en que incurra en cumplimiento de su actividad.

“2.3. Proceso de liquidación.

“Dada la sujeción al derecho privado, el proceso de liquidación de la empresa se ha adelantado de conformidad con las disposiciones que sobre la materia trae el Código de Comercio, tal como se determinó en la escritura pública número 0650 del 2 de marzo de 1993, de la Notaría Treinta de Santafé de Bogotá, mediante la cual se protocolizó la decisión que en tal sentido adoptó la Junta de Socios” (destaca la Sala)

³⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios Civil, 15 de octubre de 1995, Rad.1133, C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

⁴⁰ Original de la cita. TAFUR Galvis, Álvaro. “*Estudios de Derecho Público*”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1996. Pág. 208.

Para la época en que se celebró el contrato “*Refinería de Sal*”, 14 de noviembre de 1996⁴¹, Álcalis de Colombia se hallaba en proceso de liquidación, cuestión que no alteró el régimen jurídico de derecho privado.

- Instituto de Fomento Industrial

El Instituto de Fomento Industrial IFI fue creado mediante Decreto 1157 de 1940, con el fin de promover la fundación de empresas que se dedicaran a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales, que la iniciativa y el capital particulares no hubieran podido por sí solos desarrollar satisfactoriamente.

Con la Ley 68 de 1983 se facultó al IFI para captar ahorro interno mediante la emisión de títulos y suscripción de otros documentos y celebrar contratos de crédito interno, para lo cual debía sujetarse a las normas legales vigentes sobre la materia, según su naturaleza jurídica y orden administrativo; **se indicó además que los recursos captados, en los términos descritos, se habrían de destinar** al otorgamiento de créditos y a la realización de inversiones, según las normas legales y estatutarias que lo regían

Una década después, el 28 de octubre de 1993, se expidió la Ley 80 de 1993, en cuyo párrafo primero de su artículo 32 introdujo un régimen mixto respecto de los contratos que celebraran los establecimientos de crédito, compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal.

Al efecto, partió de una premisa general consistente en que con excepción de las normas que la propia Ley 80, en su artículo 82, consagrara acerca de los contratos de fiducia y de encargo fiduciario, los actos y contratos relacionados con el giro ordinario de las funciones de las aludidas entidades se someterían a las normas que regían dichas actividades, esto es, las normas propias del derecho civil, mercantil y financiero en tanto que las que escaparan de esa órbita, por resultar diferentes a los relacionados con el giro ordinario de sus funciones, sería cobijados por el Estatuto General de Contratación.

Al mes siguiente, mediante Decreto 22074 del 4 de noviembre de 1993, por el cual se compilaron y actualizaron los estatutos del IFI, se indicó que su naturaleza

⁴¹ El contrato se celebró con anterioridad a la expedición de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, para la época de su celebración, el régimen de Álcalis de Colombia en liquidación era el de las empresas industriales y comerciales del Estado por expresa disposición de Código de Comercio.

sería la de una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico⁴².

Igualmente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 663 de 1993, por medio del cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se consagró que *“El objeto principal del Instituto de Fomento Industrial, IFI, creado por el Decreto 1157 de 1940, es prospectar y promover la fundación de nuevas empresas, colaborar en el establecimiento de las de iniciativa particular, y contribuir al desarrollo y reorganización de las ya existentes, bien sea en la forma de aportes de capital, mediante la garantía de las obligaciones contraídas por ellas, o en cualquier otra forma”*.

En resumen, para la época en que se abrió la Licitación Pública No. 001 de 1995, el Instituto de Fomento Industrial IFI tenía el carácter de sociedad de economía mixta de orden nacional, con régimen asimilado al de las empresas industriales y comerciales, catalogado como entidad financiera de carácter especial, en los términos del Decreto-ley 663 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F) y cuyas operaciones y contratos celebrados en desarrollo de su objeto especial no se entendían sometidos a las normas del Estatuto de Contratación Estatal sino a las disposiciones especiales de carácter financiero, a las contempladas en el Código de Comercio y el Código Civil, en lo que les resultara aplicable.

- IFI - Concesión Salinas

El Congreso de la República expidió la Ley 41 de 1968⁴³, por la que se ordenó la capitalización del IFI y se autorizó al Gobierno Nacional para celebrar un contrato

⁴² En el artículo 20 de dicho decreto se autorizó al IFI para realizar las siguientes operaciones:

“a) Realizar todas las operaciones de las corporaciones financieras, con las ventajas, restricciones y prohibiciones establecidas para éstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenido en el Decreto 663 de 1993, en cuanto no pugnen con su régimen jurídico especial. En desarrollo de su objeto podrá promover la fundación, ensanche o fusión de empresas que se dediquen a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales, que la iniciativa y el capital privados no hayan podido por si solos desarrollar satisfactoriamente;

b) Captar ahorro interno mediante la emisión de títulos y suscripción de otros documentos y celebrar contratos de crédito interno, para lo cual se sujetará a lo previsto por las normas legales vigentes sobre la materia, según su naturaleza jurídica y orden administrativo.

Los recursos captados en desarrollo de lo previsto en la presente letra serán destinados por el Instituto de Fomento Industrial, IFI, al otorgamiento de crédito y a la realización de inversiones en los términos de las normas legales y estatutarias que lo rigen, y

c) Tomar préstamos y contraer obligaciones dentro y fuera del país.

d) Realizar operaciones de redescuento con otros establecimientos de crédito” (destaca la Sala).

⁴³ Para celebrar con el Instituto de Fomento Industrial un contrato de concesión o de administración delegada, según lo considere más conveniente, para continuar la explotación de las salinas nacionales, el comercio de sales en el país y, en general, para que el Instituto de Fomento

de concesión o de administración delegada para continuar explotando las salinas nacionales, asumiendo todas las funciones y actividades que el Banco de la República desarrollaba como concesionario de la Nación.

El Decreto Reglamentario 1205 de 1969 otorgó al IFI la Concesión de Salinas Nacionales y dispuso la creación de «un organismo del mismo instituto que se denominará “INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL- CONCESIÓN SALINAS” - cuya administración de la concesión, su contabilidad y tesorería funcionarían independiente y separadamente del Instituto.

Como consecuencia de lo anterior, mediante escritura pública No. 1753 de fecha 2 de abril de 1970, de la Notaría Séptima de Bogotá, la Nación, representada por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, celebró con el Instituto de Fomento Industrial, IFI, el contrato *“Concesión de Salinas en virtud del cual, según la cláusula sexta del mismo “(...) el Gobierno otorga en concesión al Instituto todas las salinas terrestres y marítimas de propiedad nacional; para que este las explote y administre, tanto las que actualmente se benefician, como las que se establezcan o puedan establecerse posteriormente en el territorio nacional”*.

Con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las funciones de administración, exploración, explotación y comercialización de la sal y de sus derivados, encargadas por la Nación al IFI y ajenas a la actividad financiera propia de este, las partes, en cumplimiento del artículo 6 del Decreto 1205 de 1969, convinieron la creación de un organismo autónomo⁴⁴, el cual se denominaría Instituto de Fomento industrial – Concesión Salinas, que tendría contabilidad, administración y tesorería independientes del IFI y se estaría a las normas de auditoría y vigilancia del citado instituto⁴⁵.

La Sala de Consulta y del Servicio del Consejo de Estado⁴⁶, en concepto emitido en 1997, se pronunció frente a la naturaleza del contrato *“concesión de Salinas”* y, al efecto,

Industrial tome a su cargo todas las funciones y actividades que el Banco de la República desarrolla hoy como concesionario de la Nación, para la explotación de las Salinas.

⁴⁴ La norma que dispuso su creación establecía que se crearía como un nuevo organismo. Con todo, como ser verá, jurisprudencialmente esta Corporación ha sostenido el IFI – CONCESIÓN SALINAS no era una persona jurídica diferente del Instituto de Fomento Industrial IFI, sin perjuicio de que tuviera una actividad separada en el marco de ese contrato.

⁴⁵ Folios 330 del cuaderno 2.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, 7 de febrero de 1997, rad. 934, C.P. Javier Henao Hidrón.

“Así lo dispuso el artículo 6 del Decreto 1205 de 1969. Artículo Sexto. *“Autorízase a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y petróleos, para celebrar con el Instituto de*

consideró que en realidad su tipología obedecía a la de un contrato de administración delegada ateniendo a los siguientes razonamientos, que se transcriben *in extenso* por resultar de especial interés para este debate:

“Se trataba de dar por terminado un contrato de concesión de salinas y de celebrar otro de igual naturaleza. Todo con la finalidad de que el IFI asumiera las funciones y obligaciones que habían sido conferidas al Banco de la República en la explotación y administración de las salinas nacionales y de sus productos derivados; igualmente para que se subrogara en todo reclamo o pleito contra el Banco que existiere en la fecha de celebración del nuevo contrato o que surgiere en el futuro y que sea consecuencia de la gestión cumplida en desarrollo del contrato hasta entonces vigente.

“Sin embargo, la esencia y características del nuevo contrato superaron la intención inicial de las partes. Porque si se trataba de una concesión, el objeto debió consistir en el otorgamiento de un derecho exclusivo al concesionario para que éste, por su cuenta y riesgo, y a cambio de una remuneración, explotara las salinas nacionales.

“El derecho comprendió no solamente la explotación, o sea ‘el conjunto de actividades dirigidas a la extracción técnica de sustancias minerales para su aprovechamiento’ (decreto 1275 de 1970, art. 92), pues se extendió al ejercicio de facultades administrativas, emanadas de la voluntad de la entidad contratante, en relación con la elaboración, refinación y el comercio de los productos derivados de las salinas. Estas obligaciones, y otras derivadas de las estipulaciones contractuales, sustrajeron al contratista del marco de autonomía que le permitiera actuar ‘por su cuenta y riesgo’ y lo colocaron en condición de representante de la entidad contratante. En efecto:

- *En el ‘concesionario’, que es una entidad pública, se delegan facultades para efectuar directamente o por contrato los estudios, obras nuevas y ampliaciones que juzgue necesarias o convenientes, y para contratar la elaboración, refinación, utilización o transformación industrial de la sal por otras personas naturales o jurídicas distintas del IFI, “siendo entendido que éste podrá participar en sociedades que para tal efecto se constituyan”, así como para disponer la vinculación de personal y fijar sus condiciones de trabajo.*

“- La entidad contratante aportó al capital del Instituto las plantas de soda de Betania y de la Costa Atlántica, recibiendo a cambio acciones por valor de \$ 514.068.000.00.

Fomento Industrial un contrato de concesión para la explotación de las salinas terrestres y marítimas, con el objeto de que el Instituto de Fomento Industrial tome a su cargo todas las funciones actividades y obligaciones que el Banco de la República desarrolla y tiene hoy como concesionario de la Nación en la misma explotación.

“La Concesión que será otorgada al Instituto de Fomento Industrial, será explotada por éste con autonomía, y su planta administrativa será independiente de la del mismo Instituto, en tal forma que la administración de la Concesión, su contabilidad y tesorería funcionen independiente y separadamente del Instituto”.

“- En el momento de distribuir las utilidades, con el nombre de producto líquido, el Gobierno se reserva el 95%; para determinar **el producto líquido disponible** para el Gobierno, se procede después de que el Instituto haya realizado una serie de deducciones provenientes de gastos, inversiones y mejoras, conforme a la cláusula catorce.

- La modalidad de pago consiste en reconocer al IFI un porcentaje del 5% sobre el producto líquido.
- Adicionalmente, el Gobierno debe hacer las apropiaciones presupuestales necesarias para pagar las participaciones en las rentas de salinas, a favor de terceros y de acuerdo con las normas vigentes. Se estipula en la cláusula diecisiete que ‘EL INSTITUTO no cubrirá participación alguna sino hasta concurrencia del producto líquido disponible para EL GOBIERNO, que tenga en su poder; si el valor de dicho producto fuere menor, EL GOBIERNO entregará la diferencia a EL INSTITUTO, previamente y como condición para que éste efectúe el pago de las respectivas participaciones’.

“Lo cual significa que quien procede por su cuenta y riesgo y en su provecho, es el Gobierno Nacional, situando de este modo al IFI en condición de administrador delegado.

“Consideraciones similares a las expuestas, debieron ser las que llevaron al legislador a consignar en el Código de Minas (decreto ley 2655 de 1988), el siguiente precepto:

ART. 321. **Salinas marítimas y terrestres.** La explotación de las salinas marítimas y terrestres, así como la elaboración, refinación y expendio de sal y demás productos resultantes, **continuarán rigiéndose por el contrato de administración delegada conocido como ‘Concesión Salinas’**, celebrado con el Instituto de Fomento Industrial mediante la escritura número 753 (sic) de abril 2 de 1970 (negrilla de la Sala).

“Terminado dicho régimen, variará el sistema de explotación de las salinas nacionales. El Código de Minas dispone a continuación de la norma transcrita, que se explotarán mediante **aportes** otorgados a empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional o a las entidades que determine el Ministerio del ramo.

“Por lo demás, esta Corporación - que en principio pudo tener una jurisprudencia vacilante -, desde el fallo de la Sección Segunda proferido el 10 de diciembre de 1971, sostiene que los contratos celebrados con el Banco de la República y el Instituto de Fomento Industrial para la explotación y administración de las salinas nacionales, no son de concesión de un servicio público sino de **administración delegada de un bien de la Nación**. En tal oportunidad se afirmó:

“Las cosas no son tales por el nombre que se les dé sino por la esencia intrínseca de las finalidades a que obedece su creación. En el presente caso, las salinas marítimas y terrestres del Estado, son una propiedad de la Nación, un monopolio fiscal. Y es sabido que la concesión, en

derecho administrativo, es uno de los procedimientos jurídicos para prestar los servicios públicos. Los tratadistas la definen diciendo que es una forma de gestión de un servicio público en la cual la persona jurídica de derecho público, o concedente, encarga por contrato administrativo a un particular o concesionario de hacer funcionar a sus expensas, riesgos y peligros de tal servicio permitiéndole remunerar su actividad mediante los derechos o tasas que han de cobrarse a los usuarios. En el caso de autos, los contratos administrativos del Gobierno con el Banco de la República, primero, y con el Instituto de Fomento Industrial, ahora, no establecen para el concesionario la obligación de hacer funcionar un servicio o una explotación industrial a sus expensas, riesgos y peligros, ni lo autorizan para reembolsar con los dineros provenientes de la explotación de las salinas los gastos que realice, ni le conceden la libre disposición del bien de la Nación, en forma alguna. Las leyes, y en especial la 264 de 1938, autorizan al Gobierno para buscar en la explotación de las salinas una base comercial, con la debida consideración a los intereses sociales, económicos y fiscales del país, pero en su artículo 9º., inciso segundo, dice con toda claridad, lo siguiente: ‘Los gastos que requieran la administración y explotación de dichas riquezas se harán con los mismos productos de ellas, y en el Presupuesto Nacional de rentas sólo se computarán en el renglón correspondiente sus saldos líquidos favorables’. De donde se infiere que el legislador tenía la intención manifiesta de que se creara un organismo de ‘administración y explotación’, en otras palabras, una Administración delegada de carácter comercial y que la denominación de ‘concesión’ fue adoptada por el gobierno en sus contratos, sin cuidarse especialmente de la precisión jurídica de tal concepto”.

Frente a la naturaleza del IFI, en condición de parte del contrato de concesión de salinas, la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación ha reflexionado como sigue:

“Es útil observar que la Concesión de Salinas surgió a partir de un contrato celebrado entre la Nación y el Instituto de Fomento Industrial IFI, contenido en la escritura pública 1753 del 2 de abril de 1970 otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá, según consta en los considerando del contrato sub judice⁴⁷. De acuerdo con ello el IFI – CONCESIÓN SALINAS no era una persona jurídica diferente del Instituto de Fomento Industrial IFI, sin perjuicio de que tenía una actividad separada en el marco de ese contrato y que contó con un Director de la Concesión de Salinas el cual obró como un representante legal especial, según se acreditó en este proceso”⁴⁸.

⁴⁷ Sobre este contrato se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en orden a considerarlo un contrato de Administración Delegada:

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón, concepto de 7 febrero de 1997, radicación número: 934.

“El contrato suscrito el 2 de abril de 1970 entre la Nación y el Instituto de Fomento Industrial para la explotación y administración de las salinas nacionales, conocido con el nombre de ‘Concesión de Salinas’, es realmente un contrato interadministrativo de administración delegada”.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 42.296, 9 de septiembre de 2015, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

Así pues, con independencia de que, como quedó visto en precedencia, el Instituto de Fomento Industrial fuera una entidad de carácter financiero, sujeta a las disposiciones especiales del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en razón a su objeto social, no se puede perder de vista que esa entidad concurrió a la celebración del contrato de refinería ostentando un doble rol que, en gran medida, no se identificó en su integridad con la descripción que sobre sus operaciones y funciones realizó el Decreto 366 de 1993.

En efecto, a la suscripción del contrato de refinería, el IFI-Concesión Salinas compareció en calidad de administrador delegado por el Gobierno Nacional para la explotación y administración de las salinas nacionales, condición que adquirió al suscribir el contrato “concesión salinas”, en virtud del cual se revistió de facultades para actuar como administrador de un recurso natural del Estado, con el fin de realizar los actos y contratos en procura de su aprovechamiento en favor de la Nación⁴⁹.

En este punto es importante acotar que en relación con el régimen jurídico aplicable al contrato “concesión salinas”⁵⁰, atendiendo a su verdadera tipología de administración delegada, la Sala de Consulta y del Servicio estimó que se trataba de un contrato administrativo y además indicó que *“Para el 2 de abril de 1970, fecha en que se celebró el contrato a que se contrae este concepto, los contratos de la administración se regían por el derecho común, salvo en lo que establecían el Código Contencioso Administrativo en*

⁴⁹ En la época en que se suscribió el contrato “concesión salinas” se hallaba vigente la Ley 4 de 1964, por medio de la cual se dispuso en su artículo primero:

“Los contratos que celebren la Nación, los Institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales, con personas privadas, naturales o jurídicas, para estudios, construcción, mejora y conservación de las obras que corresponde ejecutar a esas entidades, y para ejercer la interventoría de las labores de los contratistas, se sujetará a las disposiciones de la presente Ley.

“Artículo 2º. Los contratos serán de tres clases, a saber:

“a) Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios;

“b) Para los mismos fines, mediante el sistema de administración delegada;

“c) Para la ejecución de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, mediante un honorario fijo o vinculado al costo del estudio o de la obra respectiva”.

⁵⁰ Al respecto, cabe precisar que la normativa alusiva a la materia como la Ley 60 de 1967 “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre transformación, adjudicación y contratación de minerales”, la Ley 20 de 1969 “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos” y la Ley 61 de 1979, “por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón y se establece un impuesto”, reglamentadas por el Decreto 2477 de 1986, fueron expresamente derogadas por el Decreto 2655 de 1988, por el cual se expidió el Código de Minas, es decir, que a la época en que se abrió la convocatoria que dio origen al contrato de refinería de sal, noviembre de 1995, ninguna de esas disposiciones especiales en materia de minas se hallaba vigente.

*sus artículos 242 a 257, 259 y 260, las leyes 4ª de 1964, 36 de 1996 y algunos decretos reglamentarios*⁵¹.

Bajo esa comprensión, a la que se suma el hecho de que el objeto del contrato de refinería lo integraban varios componentes asociados a la transformación, refinación y comercialización de la sal, recurso natural no renovable, la Sala estima que el régimen jurídico que por vía de la intervención del IFI en calidad de administrador de la “*concesión de salinas*” y del objeto inmerso en la suscripción del contrato celebrado en el marco de la administración delegada para la explotación de salinas nacionales debía corresponder, en principio, a aquel en que para el momento en el cual se dio apertura a la convocatoria regulaba la materia referida a la explotación, exploración y comercialización de los recursos naturales que en ese entonces se hallaban contenidos en el Decreto 2655 de 1988, a través del cual se compiló el Código de Minas y cuyo ámbito de cobertura se extendía a la explotación, procesamiento y comercialización de la sal.

Lo anterior, en consideración a que el Estatuto de Contratación Estatal, condensado en la Ley 80 de 1993, vigente para la época de la celebración del contrato de refinería y para aquella en que se dio apertura a la convocatoria que le dio origen, en su artículo 76, excluyó de su amparo normativo a los contratos relacionados con la explotación de recursos naturales renovables y no renovables y a los concernientes a su comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de esas actividades, en tanto que debían regirse por la legislación especial aplicable.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la legislación especial aplicable para entonces en materia de exploración, explotación, procesamiento y comercialización de la sal, se reitera, se hallaba recogida en el Código de Minas, adoptado a través de la expedición del Decreto 2655 de 1988⁵², compilación que, a su turno, creó un régimen especial de transición para su vigencia, en virtud del cual sus disposiciones no serían aplicables a los contratos cuyo objeto concerniera a las actividades anteriormente descritas y que fueran celebrados con fundamento en la “*concesión salinas*”, hasta tanto esta fuera terminada y liquidada, por lo que debían sujetarse al régimen del referido contrato.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, concepto de 13 junio de 2002, radicación número: 1395.

⁵² Así lo dispuso el Código de Minas en su artículo 321: “*Salinas marítimas y terrestres. La explotación de las salinas marítimas y terrestres, así como la elaboración, refinación y expendio de sal y demás productos resultantes, continuarán rigiéndose por el contrato de administración delegada, conocido como ‘Concesión Salinas’, celebrado con el Instituto de Fomento Industrial, mediante la Escritura Pública número 753 de abril 2 de 1970. Terminado dicho régimen se explotarán por el sistema de aportes otorgados a empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional o a la entidad que determine el Ministerio*”.

En mérito de lo advertido hasta ahora, concluye la Sala que, si bien, por previsión expresa del Estatuto de Contratación Estatal, los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos habrían de someterse a la legislación especial que les resultara aplicable, lo cierto es que en el caso específico de los contratos celebrados en el marco de la “*Concesión Salinas*”, los negocios que tuvieron como fuente ese acuerdo no se sujetarían al Código de Minas, con independencia de que su objeto guardara relación con la explotación, procesamiento y comercialización de las salinas nacionales.

Como apoyo de lo dicho, a título ilustrativo, resulta útil traer a colación un pronunciamiento de esta Subsección frente al régimen de un contrato celebrado por IFI-Concesión Salinas con una persona jurídica de derecho privado, con el propósito de establecer la regla para contabilizar la caducidad de la acción.

En esa oportunidad se concluyó que el régimen aplicable era el contenido en la Ley 80 de 1993, en consideración al objeto del contrato y a las gestiones desplegadas por las partes en cumplimiento del mismo. Al efecto, se sostuvo:

“Es importante observar que en el contrato de arrendamiento sub judice las partes invocaron la aplicación de la Ley 80 de 1993, al considerar explícitamente que el contrato se celebró ‘con base en las facultades otorgadas por el ordinal e) del Numeral 1º del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993’.

“La Sala debe establecer, entonces, que el contrato se rigió por la Ley 80 de 1993, por razón de la parte estatal contratante, el objeto del contrato, la gestión económica que desarrollaba el IFI en relación con el mismo y el tipo de bien objeto del arrendamiento. Adicionalmente, con base en la invocación que hicieron las partes acerca de la ley aplicable en la formación del contrato, la Sala infiere la inexistencia de los supuestos para que una entidad financiera estatal pudiera contratar bajo las reglas del derecho privado”⁵³.

A la misma conclusión, en cuanto al régimen aplicable, podría arribarse como resultado de la lectura del Decreto 2883 de 2001, por el cual se trazaron unos lineamientos acerca de la ejecución y liquidación del Contrato Concesión Salinas, en cuyo artículo 5 dispuso:

“De conformidad con lo estipulado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el Contrato de Concesión de Salinas del 2 de abril de 1970 se liquidará, una vez se termine el mismo, dentro de un plazo que las partes deberán convenir dentro del marco del contrato”.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 9 de septiembre de 2015, Exp. 42.296, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

Así pues, en orden a establecer el régimen aplicable a los convenios suscritos por el IFI, entre otros entes públicos, en ejercicio de su condición de administrador delegado de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, más allá de indagar acerca del sistema jurídico de los contratantes como personas jurídicas individualmente consideradas, necesariamente debe examinarse el objeto implícito en el mismo, la naturaleza de la actividad sobre la cual versa y el interés público que se pretende satisfacer por cuenta de su celebración.

6.1.- De la tipología del contrato de refinería de sal

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente⁵⁴.

Articulado con lo anterior, se observa que, aun cuando la legislación civil no definió de manera precisa en qué consiste o sobre qué recae el objeto de un contrato como elemento esencial, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha concebido que tal noción abarca no solo aquellos supuestos inmersos y descritos en la cláusula que normalmente lleva su nombre, siendo necesario indagar el contenido de todas aquellas estipulaciones de carácter obligacional que lo conforman, esto es, las prestaciones a cuyo cumplimiento recíprocamente se obligan los extremos del negocio, con independencia de que estén vertidas en la cláusula identificada con esa denominación.

En orden a desentrañar el tipo contractual con el que se identificó el contrato refinería, esto es, un arrendamiento o una concesión o si su tipología fue modificada entre la etapa previa y la celebración del mismo, como lo sostuvo el *a quo*, la Sala se referirá prima facie a los elementos esenciales de uno y de otro tipo negocial.

El Código Civil, en su artículo 1973, definió el arrendamiento como el contrato en el que *“las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a*

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, exp. 55.147, Actor: Constructora Ruiz Arévalo, Demandado: Inviyumbo.

ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

A su vez, el artículo 1974 del mismo Estatuto consagró que las cosas objeto de arrendamiento podían ser corporales e incorporeales.

En pasada oportunidad esta Subsección se ocupó de profundizar con especial detalle acerca de los elementos y características del tipo jurídico de arrendamiento⁵⁵.

Acogiendo lo dicho esa ocasión, los elementos a partir de los cuales resulta posible identificar el tipo contractual del arrendamiento corresponden a: (i) la entrega del bien por parte del arrendador al arrendatario; (ii) para el uso y goce de este último; (iii) con la obligación consecucional a cargo de aquél de asegurar que dicho uso y goce se mantengan libres de perturbaciones y la cosa en su estado de servir a su destinación natural; y (iv) el pago de un precio.

De otro lado, el contrato de concesión se encuentra tipificado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público; en todos los casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden —artículo 32, numeral 4—.

En oportunidad posterior, esta Subsección se pronunció frente a un caso en el que resultó indispensable descender en los elementos esenciales estructuradores de las tipologías contractuales del arrendamiento y de la concesión y, tras abordar su respectivo examen a la luz del correspondiente clausulado contractual, se arribó a la conclusión de que, a pesar de que el negocio jurídico sometido a revisión se había denominado “*contrato de arrendamiento*”, en realidad sus elementos esenciales daban cuenta de que su tipología correspondía al de una concesión tras desentrañar elementos tales como la entrega de la

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de marzo de 2010, expediente: 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

operación del bien estatal, el esquema de inversión para la *adecuación, complementación y explotación* por cuenta y riesgo del concesionario, la vigilancia y control que ejercería el ente estatal sobre su gestión y la cláusula de reversión del bien concedido⁵⁶.

Atendiendo a la orientación jurisprudencial que se refiere, la Sala estima que para establecer su tipología y al tiempo el régimen jurídico aplicable al contrato de refinería debe acudir al objeto que motivó su celebración para desentrañar si existió un cambio entre el contrato preconcebido y aquél celebrado como resultado del procedimiento de selección, según pasa a explicarse.

- Se extrae de los términos de referencia que gobernaron la licitación No. 001 de 1995 que las empresas estatales se unieron con intereses distintos para convocar la concurrencia de oferentes interesados en celebrar un negocio jurídico, apoyadas en los siguientes fundamentos:

Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación era propietaria de una Refinería de Sal ubicada en la Zona industrial de Mamonal – Cartagena.

El Instituto de fomento Industrial IFI era propietario de un lote de terreno sobre la bahía de Cartagena en el cual existía algunas instalaciones esenciales para la Refinería de Sal, tales como: el puerto salinero; muelle, saturadores y grúas de descargue como puente de grúa; bomba de descargue; bomba salmuera; subestación eléctrica y redes de servicios.

Finalmente, IFI-Concesión Salinas, en condición de administrador delegado para la administración y explotación de las salinas era titular de las licencias requeridas para la refinación, empaque y comercialización de sal apta para consumo humano.

En el documento precontractual señalaron como sustento de su necesidad las siguientes⁵⁷ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“a.- Asegurar la producción, empaque y comercialización de sal apta para consumo humano en óptimas condiciones técnicas y de eficiencia económica.

“b.- Mantener en operación la planta Refinadora de Sal en instalaciones complementarias mediante la cesión en arrendamiento con opción de compra de las instalaciones correspondientes sin obstaculizar el proceso de liquidación de Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación.

⁵⁶ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 27 de marzo de 2014, expediente: 26.939, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁵⁷ Folios 4-5 del cuaderno 2.

“c.- Asegurar para los arrendadores (IFI, ALCO y Concesión Salinas) el pago de unos cánones de arrendamiento justos, adecuados y oportunos que no demeriten el resultado económico para el arrendamiento”.

El objeto del contrato, según se describió en los términos de referencia que gobernaron la convocatoria, consistió en el *“arrendamiento de la refinería de sal de Cartagena, instalaciones anexas y licencias para la producción de sal yodada y fluorizada para consumo humano”*.

Los bienes sobre los cuales recayó el contrato fueron los siguientes: licencias para la producción, empaque y comercialización de sal para el consumo humano; operación de la planta de refinería de sal ubicada en la planta industrial de Mamonal en Cartagena; operación del muelle salinero y de los implementos de disolución de sal; utilización de los instrumentos de purificación de salmuera y de los elementos de desmineralización y de la central térmica.

De conformidad con el numeral 12 de los términos de referencia, se introdujo una opción de compra de algunos de los bienes sobre los cuales recaía el objeto del contrato, como sigue (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“12.- Opción de Compra

El arrendatario tendrá opción de compra sobre la Refinería de Sal e Instalaciones complementarias señaladas en el punto 2 por el término de dos años, contados a partir de la firma del contrato de arrendamiento.

“El valor de la opción de compra deberá proponerse por quien vaya a ejercer dicha opción y tendrá como base el resultado del avalúo que realice Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación y/o el Instituto de Fomento Industrial – IFI a través de una firma especializada”.

Así mismo, se introdujo una cláusula según la cual el arrendatario se comprometía a adquirir y pagar de contado, a precio de costo, los productos terminados existentes en almacén en el momento de suscribir el contrato de arrendamiento, así como las materias primas existentes en la refinería tales como sal en grano crudo, salmuera, carbonato de sodio, soda cáustica, entre otros.

Como retribución por la utilización de esas instalaciones se estableció que (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Corresponde al proponente señalar en su propuesta el canon de arrendamiento por los bienes incluidos en el contrato, señalados en el punto tres de estos puntos de referencia, canon que se establecerá por tonelada métrica mensuales de sal. El canon deberá discriminarse entre las tres

entidades licitantes IFI, ALCO y CONCESIÓN DE SALINAS de acuerdo a su participación en el contrato”.

En relación con los aspectos técnicos se precisó que el producto a obtener del proceso industrial adelantado en la planta sería la sal refinada para consumo humano, obtenida a partir de sal marina mediante la combinación de un proceso de purificación, evaporación, centrifugación y secado al cual se le adiciona yodo entre 50 y 100 p.p.m y flúor entre 180 y 220 p.p.m.

Así mismo, se indicó que la materia prima para el proceso de refinación era la “*sal grano lavado*” que provenía de la salina de Manaure (Guajira) y obtenida por el proceso de evaporación solar a partir de agua de mar. Sobre el particular se precisó que tal materia prima, se descargaría a granel en un muelle de propiedad del IFI – Concesión salina ubicado en Cartagena, utilizando un puente grúa.

Al resumir el proceso de producción se plasmó que la primera etapa consistía en la disolución de “*sal grano lavada*”, la cual debía ser descargada y almacenada temporalmente en doce saturadores y a los cuales se le adicionaba agua para producir una salmuera sobresaturada en cloruro de sodio, de aproximadamente 300 gramos/litro. A continuación, seguían las fases de purificación, recristalización, centrifugación, dosificación de yodo y flúor, secado y empaque.

En el numeral 7 de los términos de referencia se incorporó una cláusula alusiva al suministro y al uso de la sal cruda del siguiente tenor⁵⁸ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“La concesión salinas continuará suministrando al arrendatario la sal cruda que requería para su proceso industrial en sus instalaciones de Manaure.

“El transporte, cargue y descargue del producto hasta la Refinería será por cuenta y riesgo del arrendatario quien se comprometió a adquirir en forma exclusiva de la concesión salinas o de la empresa que la sustituya, la sal cruda que requiera para su proceso de producción a precios y calidades iguales a los productos nacionales e internacionales”.

De otra parte, se previó que, como parte del objeto contratado, el contratista debía ejecutar obras para la recuperación y mantenimiento de la refinería de sal y las instalaciones complementarias, con el fin de que pudiera operar de forma eficiente.

Se indicó que Álcalis asumiría hasta el 30% del valor de dichas inversiones que podían descontarse del canon de arrendamiento hasta en el 50% del valor mensual hasta completar el porcentaje asumido por la contratante. Se determinó que, sin embargo, el

⁵⁸ Folio 8 del cuaderno 2.

valor de las inversiones realizadas en la recuperación de la planta refinadora de sal e instalaciones complementarias se consideraran incorporadas en la refinería, sin que el arrendatario, en el caso de ejercer la opción de compra, pudiera pretender reconocimiento de mejoras sobre la planta por ese concepto.

Acerca de este mismo aspecto se indicó que Álcalis, a través de un contratista, ejercería la interventoría de las obras de recuperación de la planta.

De otro lado, se estableció que la concesión salinas ejercería la interventoría sobre la calidad del producto final.

-. El 12 de diciembre de 1995 se llevó a cabo la audiencia de aclaración de los términos de referencia, de la cual se destacan las siguientes inquietudes que surgieron en desarrollo de las mismas y las respuestas dadas por las entidades⁵⁹ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“En cuanto al numeral 7 de los términos de referencia – suministro y uso de sal cruda para proceso industrial, desean saber si es obligación del arrendatario adquirir la misma por medio de concesión salinas ya que los mercados internacionales los precios pueden ser más bajos:

“Respuesta: A esta pregunta se le aclaró a los asistentes que la compra de la sal por parte del arrendatario, es componente social, ya que la misma es adquirida por la concesión a través de los Wayuu, siendo este el sustento de este grupo étnico. No obstante se indicó que los precios internacionales no son tan bajos como se piensa, ya que para adquirir sal en otros estados se deben pagar entre otros conceptos transporte, fletes etc.

“Se aclaró igualmente que para evitar el contrabando y el ingreso al país de la sal que se ha exportado, sean efectuado severos controles y solicitado pólizas”.

-. En el término respectivo, se presentaron dos propuestas. Una correspondiente a la sociedad Refisal S.A y la otra a la unión temporal conformada por la Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda. Galeras Ltda., la sociedad Caribe Internacional Ltda., la sociedad Redondo y Cía. Ltda., la sociedad Sandy Ltda. y la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan. En el texto de esta última se incorporó la siguiente cláusula⁶⁰ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Cláusula cuarta: si el contrato es adjudicado a la Unión Temporal, la SOCIEDAD PROYECTO que se denominará SALES CARTAGENA DE INDIAS S.A. que se constituirá en tal caso, celebrará tal contrato y lo ejecutará asumiendo, entre otras actividades: la reparación implementación,

⁵⁹ Folios 29 a 35 del cuaderno 2.

⁶⁰ Folios 65-75 del cuaderno 2.

mantenimiento de la refinería de sal, pudiendo ejercer la opción de compra dentro de los términos y condiciones establecidas en los términos de referencia de la Licitación Pública conjunta No. 001 de 1995 y sus adendos”.

- En marzo de 1996, el comité evaluador designado en el marco de la licitación No. 001 de 1995 presentó el informe correspondiente, en el cual se plasmaron las siguientes observaciones⁶¹ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“5.1. Desde el punto de vista legal, los proponentes cumplieron con los requisitos solicitados en la licitación.

“Existe sin embargo un aspecto relacionado con la propuesta de Corfigan S.A. y Asociados que merece ser comentado. Este grupo conformó una Unión Temporal para la presentación de la propuesta, sin embargo aclaran que en caso de resultar favorecidos con la adjudicación conformarían una sociedad anónima cuyos estatutos anexan a la propuesta.

“Vale decir se aclara que los pliegos de la Licitación no exigen la constitución de un tipo especial de sociedad para adelantar el contrato de alquiler de la planta”.

Igualmente, el comité evaluador sugirió, entre otros aspectos, lo siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“5.2.2. importante definir con claridad los términos de venta de la sal de grano lavado (precios, fórmula ajuste precios, tiempo de suministro, calidades) al adjudicatario de la Licitación por parte de la concesión salinas.

“Este aspecto es relevante por cuanto gran parte de la sal producida en la concesión salinas en Manaure se vende actualmente a la planta de Mamonal, las condiciones de precio y tiempo de suministro que se pacten definirán la rentabilidad de la operación de la Concesión Salinas en Manaure”.

- El 29 de marzo de 1996 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación de la licitación No. 001 de 1995, en desarrollo de la cual suscribieron el acta respectiva, en cuyo contenido se lee (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Acto seguido de hace un recuento a los asistentes del desarrollo de la licitación Pública conjunta, informándoles que se han seguido todos los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993.

“(…).

“Que como consecuencia la firma ganadora de la Licitación es la Unión Temporal conformada por Caribe Internacional, de Galeras Ltda. Redondo Cía. Ltda., Sandy Ltd. Y Corfigan Ltda. a la cual se le adjudicará el arrendamiento de la Refinería”.

⁶¹ Folios 75-89 del cuaderno 2.

- La decisión de adjudicación quedó contenida en la Resolución No. 001 del 27 de marzo de 1996, en cuya parte resolutive se dispuso (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Adjudicar a la Unión temporal conformada por Caribe Internacional Ltda., De galeras Ltda., Redondo y Cía. Ltda., Sandy Ltd. y Corfigan S.A. el arrendamiento con opción de comprar y operación de la Planta Refinadora de sal e instalaciones complementarias y licencias y registros para la producción, empaque y comercialización de la Sal indicadas en el pliego de condiciones y por los valores establecidos en la propuesta del adjudicatario y en la presente resolución, de conformidad con las razones expuestas en la parte v considerativa de esta providencia.

“El adjudicatario tendrá un plazo de 30 días contados a partir de la notificación de la presente resolución para suscribir el contrato respectivo”⁶².

- Con el objeto de celebrar y ejecutar el contrato, los miembros de la unión temporal adjudicataria de la Licitación Pública 001 de 1995 constituyeron la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. según consta en la escritura pública número 4554 del 18 de septiembre de 1996, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, reformada con el documento número 0498 del 5 de noviembre de 1996 de la Notaría Sexta de Cartagena de Indias D.T.y.C.

- El 14 de noviembre de 1996 el Instituto de Fomento Industrial – IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación e IFI – Concesión Salinas, en calidad de contratantes, y la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa celebraron el contrato “*Refinería de Sal*”, de cuyo texto resulta de importancia transcribir algunas de sus estipulaciones.

En relación con los antecedentes que llevaron a las partes a la celebración del respectivo contrato, se registró (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“SEGUNDO: las tres entidades estatales, conjuntamente, hicieron las siguientes consideraciones: a) que Álcalis está en proceso de liquidación y, que por lo tanto, no puede desarrollar ninguna de las actividades de su objeto social. b).- que para mantener en su mejor estado los inmuebles, las instalaciones y los equipos de la Planta de refinación de sal de refinación, se hace necesaria su permanente explotación, uso operación y mantenimiento. c)- que la operación de la planta, mediante su arrendamiento a terceros permitirá a Álcalis obtener los recursos necesarios para asegurar el pago de sus obligaciones dentro del proceso de liquidación. d)- que la circunstancia de tener la planta en plena capacidad de operación, funcionamiento y mantenimiento supone un mayor valor en el precio de la planta para el caso de venta del proceso industrial. e).- Que e IFI – Concesión salinas está en disposición de suministrar a EL CONTRATISTA la sal cruda que requiera para su proceso industrial, disponiendo para tal efecto, de la sal producida en Manaure, circunstancia esta que exige estipular una exclusividad de compra

⁶² Folios 23 a 26 del cuaderno 10.

por parte de quien asuma la operación de la planta de refinación de sal de Mamonal.

“Como consecuencia de lo expuesto y previos los estudios y aprobaciones correspondientes, las tres entidades estatales optaron de común acuerdo por la fórmula de entregar para su explotación y mediante arrendamiento con opción de compra, los inmuebles, instalaciones y equipos descritos anteriormente, y pactar con el CONTRATISTA un contrato de exclusividad para el suministro de sal cruda producida en las Salinas de Manaure por IFI-Concesión Salinas o la entidad que la entidad que para tal fin autorice el IFI. La sal cruda suministrada a EL CONTRATISTA será utilizada para la producción de sal refinada para consumo humano por el proceso húmedo”.

Igualmente, en cuanto a su objeto se acordó (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“CAPÍTULO TERCERO OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO. PRIMERO: OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El presente contrato tiene por objeto principal la entrega para explotación y mediante arrendamiento con opción de compra, que hacen los contratantes a el contratista de los bienes de propiedad de los contratantes que conforman la refinería de sal, las instalaciones complementarias y equipos ofrecidos en la cláusula primera del capítulo primero el presente contrato, ubicados en la zona industrial de Mamonal Cartagena, con el propósito de que El CONTRATISTA mantenga en uso, operación y producción la Planta de Refinación de sal apta para consumo humano mediante el proceso húmedo su empaque y comercialización en óptimas condiciones de calidad y dentro de los requisitos sanitarios exigidos por las normas correspondientes.

“Constituye así mismo el objeto principal del presente contrato, el suministro de sal cruda proveniente de Manaure por parte del IFI – CONCESION DE SALINAS en favor de EL CONTRATISTA quien se compromete a adquirir los productos en forma exclusiva al IFI - Concesión de salinas o al organismo que lo sustituya según condiciones pactados en el Capítulo XIII de este documento”.

En relación con la contraprestación a cargo del contratista se estipuló (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“SEGUNDO: PRECIO Y REAJUSTE. Como contraprestación por la explotación, el uso y operación de la planta de la refinería para producción de sal apta para el consumo humano mediante el proceso húmedo para el fin ya expuesto, además de realizar por su cuenta y responsabilidad las obras de recuperación de la planta contempladas (...), EL CONTRATISTA le pagará a LOS CONTRATANTES a partir de la entrega de la planta una remuneración mensual, la cual se determinará como se define en el numeral tercero del capítulo III de presente contrato. EL CONTRATISTA reconocerá a LOS CONTRATANTES la suma de CUARENTA MIL CIEN PESOS M/CTE (\$40.100.00) por cada tonelada métrica de sal apta para consumo humano producida mensualmente en la refinería”.

La remuneración acordada como consecuencia de la explotación del objeto concesionado se estipuló como sigue (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“a) REMUNERACIÓN MENSUAL. La remuneración mensual por concepto de explotación de los bienes materia del presente contrato que EL CONTRATISTA reconocerá a LOS CONTRATANTES durante la vigencia del contrato se establecerá según la siguiente expresión:

*“ $R_{Mi} = Q_i * T_i$ donde*

“ R_{Mi} = Remuneración mensual correspondiente al mes:

“ $i = 1, 2, 3, 48$

“ Q_i = Numero de toneladas de sal refinada para consumo humano producidas en el mes i . $i=1, 2, 3 \dots 48$.

“ T_i = Valor de la tarifa para el mes i por tonelada producida i , según se determine siguiendo el mecanismo descrito en el numeral segundo del capítulo III.

“Para $i = 1, 2, 3, \dots 48$.

b) Volúmenes mínimo de producción para el cálculo de la remuneración mensual mínima.

“Con base en la propuesta del CONTRATISTA se establecen los siguientes volúmenes mensuales mínimos de producción de sal refinada para el cálculo de la remuneración mensual mínima que EL CONTRATISTA pagará a LOS CONTRATANTES siempre que el volumen real producido sea inferior a los mínimos acá establecidos.

“VOLÚMENES MINIMOS DE PRODUCCIÓN

Mes	Producción Mínima (T.M)
1 al 3 inclusive	6.000
4 al 12 inclusive	7.000
13 al 24 inclusive	8.000
25 al 48 inclusive	8.500

“Cuando el volumen real de producción mensual de sal refinada para consumo humano sea mayor a los mínimos establecidos, se utilizará el volumen real para el cálculo de la remuneración mensual.

“Si el volumen real de producción de sal refinada es inferior a los mínimos establecido, se utilizarán los volúmenes mínimos para el cálculo de la remuneración mensual.

“El CONTRATISTA se obliga a operar la planta de refinación de sal para consumo humano, como mínimo a los niveles establecidos en la presente cláusula”.

En relación con las actividades de reparación y mantenimiento de las instalaciones concesionadas se convino (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“CUARTO: OBRAS PARA LA RECUPERACION DE LA PLANTA REFINADORA. EL CONTRATISTA. EL CONTRATISTA desarrollará las obras para la recuperación de la planta refinadora contempladas en el anexo No. 6 el cual forma parte integral de este contrato, cuyo valor propuesto por EL CONTRATISTA es de MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.882 millones), el cual ha sido previamente aprobados por LOS CONTRATANTES.

“Si dentro del proceso de recuperación de la Planta se aprecia que algunas reparaciones o elementos tiene un menor costo que el establecido en el programa de obras de recuperación, EL CONTRATISTA previa aprobación del Comité Técnico se someterá a consideración de LOS CONTRATANTES una reprogramación de los valores de inversión.

“(…).

“SEPTIMO: REALIZACIÓN Y ASUNCIÓN DE COSTOS DE LAS OBRAS PARA LA RECUPERACION DE LA PLANTA REFINADORA. Las obras de recuperación de la planta refinadora se realizarán, costearan y pagaran por cuenta del CONTRATISTA siguiendo las mismas reglas adoptadas para el efecto en relación con las obras y las actividades de mantenimiento mayor, (..) a estas obras les será aplicable la cláusula general de reversión consagrada en el presente contrato”.

Por último, se consagró la obligación de adquirir una empacadora de sal, a la luz del siguiente tenor (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“SEGUNDO: EMPACADORA DE SAL. Con el ánimo de lograr que se cumpla con el objetivo de mantener activo el complejo industrial establecido para el refinamiento de la sal y se asegure el abastecimiento del producto, EL CONTRATISTA se obliga a instalar y poner en funcionamiento de su cuenta y riesgo, dentro del complejo arrendad, una planta para empacar sal apta para el consumo humano, en bolsas de quinientos y mil gramos, la cual deberá ajustarse a las especificaciones técnicas mínimas que se especifican en el anexo # 7.

Del recuento fáctico que antecede la Sala extrae las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la Sala se aparta de las consideraciones del Tribunal de primera instancia en cuanto estimó que el contrato de arrendamiento concebido en la etapa precontractual fue sustancialmente modificado al momento suscribirlo, al punto que degeneró en un verdadero contrato de concesión de servicios públicos y que esa circunstancia determinó la mutación de su régimen jurídico, en tanto desbordaba el giro ordinario de las actividades propias de los extremos contratantes que no resultaban acordes y compatibles con el objeto del tipo contractual de concesión celebrado.

Se recuerda que, como soporte de su dicho, el *a quo* advirtió que el régimen normativo varió, debido a que en el contrato se incorporaron cláusulas propias del contrato de concesión, se introdujo una cláusula de suministro de sal para su procesamiento por el arrendatario, se sometió el contrato al Decreto 724 de 1994, que se hallaba derogado al tiempo de su celebración y, al calificar la actividad como un servicio público, se sujetó la actividad del contratista al control y vigilancia de las entidades contratantes.

Al respecto, esta instancia estima que las probanzas relacionadas no resultan suficientes para aceptar las premisas sentadas en el fallo impugnado, en torno a la alteración de la tipología contractual -y con ello al régimen jurídico regente-ocurrida entre la etapa previa y la suscripción del contrato, de cara al alcance de las prestaciones a cuyo cumplimiento se obligó la demandante y al contexto normativo en que se apoyó tanto la etapa previa como la suscripción del contrato, según pasa a exponerse:

Según se vio en el contenido de los términos de referencia, es cierto que las entidades que abrieron la convocatoria anunciaron que el contrato que pretendían celebrar para satisfacer los propósitos allí anunciados correspondería a un arrendamiento de la refinería de la sal y de sus instalaciones complementarias, con opción de compra.

Sin embargo, de la lectura de las demás cláusulas incluidas en el documento precontractual, en conjunto con los documentos suscritos por las partes durante esa etapa, la Sala evidencia que, más de allá de procurar la entrega de la refinería de Sal y de sus instalaciones complementarias a un tercero para su uso y goce, a cambio de un cánón de arrendamiento, y de realizar unas mejoras, en realidad, desde un inicio, el modelo de negocio concebido guardó correspondencia con una concesión de un bien estatal afecto a la prestación de un servicio público, por las razones que a continuación se explican:

Sea lo primero poner de relieve que, para la época en que se abrió la licitación No. 001 de 1995, de conformidad con lo dispuesto en el literal g) del artículo 430 del Decreto 753 de 1956, las actividades de explotación, elaboración y distribución de sal eran consideradas un servicio público⁶³.

Así pues, en consideración a que, desde 1970 y aún para la época en que llevó a cabo el procedimiento de selección, el servicio público asociado a la explotación y administración de las salinas de Colombia se hallaba en cabeza del IFI – Concesión Salinas, es propio concluir que, si bien el Instituto de Fomento Industrial ostentaba la naturaleza de

⁶³ Dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-691 del 9 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda, hecho que ocurrió con posterioridad a la celebración y ejecución del contrato génesis de la controversia.

organismo financiero especial con régimen de contratación sometido a las normas el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y al derecho común, ciertamente, al concurrir como uno de los gestores principales de la etapa precontractual lo hizo esencialmente en condición de administrador delegado de la Nación para instrumentar los actos que, en virtud de la expedición de la Ley 41 de 1968, expresamente se le encomendaron, esto es, continuar con la explotación de las salinas y adelantar los actos de comercio relacionados con esa actividad, entre ellos, su producción y comercialización directamente o a través de un tercero.

Nótese cómo, por cuenta de esa calidad, de inicio se previó en los términos de referencia que al hallarse la explotación de las salinas radicada en cabeza del IFI -Concesión Salinas, este organismo sería el que durante la ejecución del contrato y de manera exclusiva continuaría suministrando al potencial contratista la sal cruda lavada, materia prima esencial para llevar a cabo el proceso de producción, refinación y posterior comercialización del recurso natural.

Sobre este punto, la Sala destaca que, contrario a lo advertido en la sentencia impugnada, la previsión relacionada con el suministro de sal cruda lavada por parte del IFI-Concesión Salinas no constituyó novedad alguna al momento de suscribir el contrato; tal cual se consignó en precedencia, esta estipulación fue incorporada expresamente en los términos de referencia, bajo la advertencia de que *“El transporte, cargue y descargue del producto hasta la Refinería será por cuenta y riesgo del arrendatario quien se comprometió a adquirir en forma exclusiva de la concesión salinas o de la empresa que la sustituya, la sal cruda que requiera para su proceso de producción a precios y calidades iguales a los productos nacionales e internacionales”*.

La aludida circunstancia fue de pleno conocimiento de todos los interesados en presentar propuesta cuando tuvieron acceso a los términos de referencia, al punto de que luego, en la etapa de aclaración de pliegos, esta situación dio lugar a que se presentaran inquietudes, todas las cuales fueron resueltas por las entidades precontratantes al aclarar *“a los asistentes que la compra de la sal por parte del arrendatario [al IFI-Concesión salinas], es componente social, ya que la misma es adquirida por la concesión a través de los Wayuu”*.

En armonía con lo dicho, resulta de importancia poner en evidencia que ni la intención revelada en la etapa precontractual, ni aquella que se vislumbró por cuenta de las cláusulas incorporadas en el contrato, daba lugar a colegir que el suministro de sal cruda lavada por el IFI-Concesión Salinas resultaba ajeno al marco normativo o fáctico que debió servir como fundamento al nacimiento del negocio jurídico celebrado y por cuya causa, entre otras más, la primera instancia decidió que el mismo adolecía de nulidad.

Acerca de esta cuestión es menester aclarar que en tanto el IFI- Concesión Salinas concurrió al marco de la negociación en calidad de administrador delegado por la Nación para la explotación y administración de las salinas, por lo mismo era el encargado de disponer sobre los actos encaminados al ejercicio de esa actividad, la cual, al menos en el componente correspondiente a la explotación del recurso natural decidió reservársela y no incluirla como parte de las actividades cuya ejecución se trasladaría al contratista⁶⁴.

Tanto del documento precontractual como del contrato de refinería se extrae que ese componente no fue trasladado dentro del conjunto de actividades que se encargarían al contratista, cuestión que explica que el suministro de la sal cruda lavada, materia prima para el proceso de producción y refinamiento, hubiera permanecido en cabeza del IFI-Concesión Salinas, encargado de la explotación y administración de salinas, circunstancia que lejos de resultar alejada del ordenamiento, se apoyaba en las disposiciones legales y convencionales que lo revistieron de esa calidad.

Por lo demás, en lo que hace a la intervención del Instituto de Fomento Industrial y de Álcalis de Colombia en Liquidación, la Sala considera que, con independencia de los regímenes a los que se sujetaba su actividad económica individualmente considerada, no puede perderse de vista que, en conjunto y en virtud del rol por cuya cuenta concurrió el IFI - Concesiones Salinas, la unión de los ánimos involucrados en el procedimiento de escogencia dieron como resultado el traslado a un tercero de un verdadero esquema de negocio que, además de desarrollarse a través de un bien estatal, comprendía la ejecución de actividades hasta entonces catalogadas como un servicio público, tales como la elaboración de sal para consumo humano y su distribución.

⁶⁴ Para efecto ilustrativo es importante hacer referencia al concepto que sobre la explotación de salinas brindó el anterior Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, el cual, si bien no resultaba aplicable al contrato de refinería de sal, por cuanto al haber sido suscrito este en el marco del contrato concesión salinas, su aplicación fue expresamente excluida, lo cierto es que, al regular dicho compendio las relaciones entre los diversos organismos y entidades estatales, las de los particulares entre sí y con aquellos, en lo referente a la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, transformación, transporte, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables que se encuentren en el suelo o en el subsuelo, entre ellos las salinas nacionales, es de gran utilidad acudir a las definiciones que brinda sobre esta materia especializada.

En efecto, en el artículo 107 de esa normativa se definió la explotación de salinas como “*el procedimiento mecánico o manual, mediante el cual se obtiene la sal en su estado natural. Las salinas pueden ser explotadas para obtener sales de sodio, potasio, magnesio y otros compuestos de cloro, yodo, bromo y flúor*”.

Se agrega que todo el andamiaje negocial que se estaba gestando fue develado desde la misma elaboración de los términos de referencia, en cuyo contenido se enlistaron las etapas y distintas fases que debía adelantar el contratista para obtener el producto final que habría de comercializar.

La cadena de producción que comportaba la operación de la planta de refinería que se entregaría al contratista y de sus instalaciones complementarias comprendía una primera etapa consistente en la disolución de “*sal grano lavada*”, a la que seguían las fases de purificación, recristalización, centrifugación, dosificación de yodo y flúor, secado y empaque.

Lo observado deja en evidencia que, pese a que en la mención del objeto a contratar contenida en los términos de referencia no se incluyó la palabra “*explotación de la planta*”⁶⁵, como sí ocurrió en el texto del contrato, ello no obsta para concluir que en la descripción de actividades para cuya realización se habría de suscribir el negocio jurídico subyacía el hecho de que ese era un componente esencial de su objeto y de lo cual se desprendía el aprovechamiento de la actividad económica que envolvía la operación del inmueble y de sus instalaciones complementarias asociadas a un servicio público.

Algo similar ocurrió frente a las labores de control y vigilancia que, con arreglo a lo dicho por el *a quo*, sorpresivamente fueron consagrados en el contrato. Al contrario, la Sala observa que, de entrada, las entidades pre-contratantes, específicamente el IFI-Concesión Salinas, se reservaron la vigilancia que ejercerían del producto final obtenido como consecuencia de la operación de la planta, pues no otro sentido podría desprenderse de la cláusula octava de los términos de referencia⁶⁶, de conformidad con la cual “*La Concesión Salinas tendrá el derecho de interventoría sobre la calidad del producto final, para que corresponda a las exigencias de calidad establecidas por el Decreto No. 724 del 6 de abril de 1994*”.

Una situación parecida se deriva de la cláusula 15 de los términos de referencia, en la cual se dispuso que “*Álcalis de Colombia establecería una interventoría con el fin de establecer los niveles mensuales de producción*”.

El contenido de las cláusulas en comento, concebidas desde la etapa precontractual, constituye el reflejo directo de la intención de los contratantes de conservar el control y

⁶⁵ Se precisa que no se trata de la explotación de las salinas como recurso natural, dado que, según se advirtió en párrafos precedentes, esta actividad estaba reservada al IFI. En este aparte se hace referencia puntal propiamente a la explotación de la planta de refinería.

⁶⁶ Folio 8 del cuaderno 2.

vigilancia de la actividad económica que se estaba trasladando a un tercero que, en todo caso, adelantaría las gestiones encomendadas por su cuenta y riesgo.

En lo que respecta a la posterior inclusión en el contrato de una cláusula de reversión de la planta de refinería, la Sala observa que, si bien la misma no se incorporó inicialmente en los documentos precontractuales, no por ello puede afirmarse que su ausencia desdibujó la configuración de los elementos esenciales de la concesión que vienen de reseñarse y que fueron puestos de manifiesto al comienzo de la convocatoria.

Se recuerda que sobre el bien estatal concedido en este caso, afecto a la prestación del servicio público que se estaba trasladando se pactó la posibilidad de privatizarlo, esto es, de ejercer la opción de compra por parte del tercero, que de no ejercerse, implicaba su retorno a los concedentes, deber que no solo emanaba del acuerdo expreso que las partes hubieran podido elevar en tal sentido sino directamente de la ley⁶⁷.

Se precisa que la opción de compra, al ser un elemento accidental que no esencial del contrato, no desfiguraba la tipología de la concesión que se estaba perfeccionado.

Con todo, es menester aclarar que no todos los bienes concesionados quedaron cobijados en la opción de compra, pues sin desconocer las partes que algunos tenían restricción legal para su enajenación, al tenor de la cláusula prevista en el capítulo V, se dispuso que (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Respecto al inmueble, a las instalaciones, equipos, maquinaria y demás bienes ubicados en el lote denominado Puerto Salinero, determinados en los anexos 3 y 4 en la opción de compra se excluirán aquellos que en su momento la Superintendencia Nacional de Puertos determine que hacen parte de la concesión portuaria y que, en consecuencia, pertenecen a la nación conforme lo indica La Ley 1 de 1991”.

Atendiendo a este contexto, se precisa que en la concesión de bienes estatales afectos a la prestación de un servicio público, como el que ocupa la atención de la Sala, la cláusula de reversión se incorpora por ministerio de la ley, por lo que su falta de pacto expreso no se opone a la existencia de este negocio jurídico.

Ahora, en lo que hace al reproche del Tribunal de Bolívar por haber sido suscrito el contrato con inclusión de una normativa derogada, esto es, el Decreto 724 de 1994, la Sala advierte que, si bien en el tercer párrafo del capítulo III del “*contrato de refinería*” se

⁶⁷ La Ley 80 de 1993. “Artículo 19. De la reversión. *En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.*” (negrilla fuera de texto)

estableció que “*para los efectos de ese contrato entiéndase como sal para consumo humano, mediante el proceso húmedo, la definida en el artículo segundo del Decreto 724 del 1994*”⁶⁸, no considera la Sala que dicha referencia para entonces derogada hubiera tenido la virtualidad de viciar el contrato.

Sobre el particular se observa que para la época en que se abrió la convocatoria se hallaba vigente el Decreto 724 de 1994, a través del cual se reglamentó parcialmente la Ley 09 de 1979, en cuanto a la expedición de licencias y registros sanitarios, protección, empaque, comercialización y control de la sal para consumo humano y se dictaron otras disposiciones sobre la materia.

En el interregno comprendido entre la publicación de los términos de referencia - noviembre de 1995- y la suscripción del contrato fruto del procedimiento de selección -14 de noviembre de 1996-, la citada disposición fue derogada por cuenta de la expedición del Decreto 547 del 23 de marzo de 1996, el cual definió la sal para consumo humano como “*el producto final refinado constituido predominantemente por cloruro de sodio, que se obtiene a partir de la sal marina o sal gema y que cumple con los requisitos establecidos en el presente Decreto, el cual se clasifica como alimento*”.

Al respecto debe tenerse en cuenta que, como se concluirá más adelante, el presente contrato se rigió por las normas recogidas en la Ley 80 de 1993, Estatuto en cuyo artículo 78 dispuso que “*Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación*” ,

cuestión que explica la expresa incorporación de esa preceptiva dentro del contrato refinería de sal celebrado como producto de la licitación que se abrió en vigencia del Decreto 724 de 1994.

Con todo, se pone de relieve que si bien en la etapa previa a la adjudicación se abordó el tema relativo al cambio normativo, ello obedeció a que dicha circunstancia sobreviniente a la presentación de las ofertas eventualmente habría de impactar el mercado de la sal y, con fundamento en ello, se brindó la posibilidad a los proponentes de considerar si tal coyuntura normativa en el sector salinero habría de tomarse en consideración para reevaluar los términos de ejecución del contrato, a lo cual todos respondieron que ratificaban sus ofrecimientos en los términos inicialmente concebidos. No obstante, este aspecto será retomado en detalle en acápite posterior.

Así pues, con base en todo lo anotado hasta ahora, para la Sala emerge con nitidez que, a diferencia de lo razonado por el *a quo* para concluir acerca de la nulidad del acuerdo

⁶⁸ “**SAL PARA CONSUMO HUMANO.** *Es el producto final refinado para consumo humano, que se obtiene a partir de sal marina o sal gema mediante la combinación de procesos de purificación, evaporación, centrifugación y secado, el cual se clasificará como alimento de conformidad con el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2333 de 1982*”.

génesis de la controversia, no siendo posible encuadrar la tipología del contrato concebido en los términos de referencia en un arrendamiento por la simple denominación que se le imprimió al mismo en ese documento, se advierte que de la lectura conjunta de los documentos precontractuales como de los antecedentes normativos que sirvieron como escenario y sustento a la necesidad de su suscripción permiten colegir que el negocio ideado desde el iter negocial correspondió a una concesión de un bien estatal a través del cual se habría de prestar el servicio público de producción y comercialización de sal, con arreglo a la cual:

El IFI, individualmente considerado, el IFI – Concesión Salinas actuando como administrador delegado de la Nación para ejercer los actos relacionados con la explotación y administración de las salinas nacionales y Álcalis de Colombia Ltda., entidad que por hallarse en proceso de liquidación no podía realizar actos en desarrollo de su objeto, no obstante lo cual requería que la refinería de la sal de la cual era titular del derecho de dominio reportara provecho económico para saldar sus pasivos, se unieron con el fin de convocar a los interesados en celebrar un contrato cuyo objeto consistiría en la ejecución, por cuenta y riesgo del concesionario de actividades consideradas un servicio público que, a su turno, se prestarían a través de un bien estatal afecto a ese servicio y que, en síntesis, aludían a la explotación y administración de la refinería de sal y sus instalaciones complementarias en procura de procesar, producir, empacar y comercializar la sal para consumo humano.

A cambio, el futuro contratista se obligaría a pagar un canon mensual de arrendamiento a todas las contratantes, que se obtendría de la actividad económica derivada de la explotación de la planta de refinería; se obligaría a adquirir la sal cruda lavada, materia prima necesaria para el proceso de producción y procesamiento, a través del IFI – Concesión Salinas y se obligaría a realizar inversión destinada a mejorar las instalaciones de la planta de refinería y sus instalaciones complementarias, para optimizar sus niveles de eficiencia, las cuales serían asumidas por Álcalis en cuantía equivalente al 30%.

La parte contratante en cabeza del IFI – Concesión Salinas y Álcalis de Colombia, en Liquidación, ejercerían el control y vigilancia sobre la ejecución del contrato, a través de una interventoría, con el propósito de revisar la calidad de la sal producida y el mantenimiento de los niveles de producción.

Dentro de los dos primeros años, el particular podría ejercer la opción de compra frente a la refinería de sal y las instalaciones complementarias, para lo cual debería pagar el 30% del valor del avalúo de contado y para el pago del saldo restante podría acogerse a las condiciones de financiamiento que estableciera el IFI.

Siendo ello así y en atención a que la normativa especial que gobernaba la materia, esto es, el Código de Minas adoptado a través del Decreto 2655 de 1988, vigente para la época de la apertura de la convocatoria y la suscripción del convenio, de manera expresa excluyó de su aplicación los contratos suscritos para la elaboración, refinación y expendio de sal y demás productos resultantes, los que continuarían rigiéndose por el contrato de administración delegada, conocido como “*Concesión Salinas*”, la Sala considera que:

En la medida en que el objeto del “*contrato refinería de sal*” se identifica con la tipología descrita en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y fue celebrado por el IFI-Concesión Salinas como administrador delegado de la Nación para explotar y administrar las salinas de Colombia, con independencia del sistema jurídico de cada una de las entidades contratantes, en atención al tipo del contrato licitado y finalmente celebrado el régimen que informó la etapa previa a su formación, su ejecución y liquidación correspondió a las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 con apego a la cual se adelantó el procedimiento precontractual y contractual.

Esta misma conclusión permite, a su turno, afirmar que el pacto de las cláusulas excepcionales, específicamente la de caducidad del contrato, en desarrollo de la cual se expidieron los actos administrativos sobre los cuales recayeron las pretensiones anulatorias fue válidamente incorporada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80.

De ahí que carece de asidero el razonamiento del Tribunal cuando sostuvo que la cláusula de caducidad, en virtud de la cual se expidieron las resoluciones acusadas fue ilegalmente integrada en el contrato “*refinería de sal*”, en consideración a que el derrotero que antecede reveló que desde la etapa previa hasta su celebración el mismo fue concebido como una verdadera de concesión de un bien estatal afecto a la prestación de un servicio público, tipología negocial que hacía imperativa la inclusión de esta potestad -y de las demás facultades excepcionales previstas en el artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal- en su clausulado, al punto de que, de no insertarse expresamente esa potestad, en todo caso debía entenderse allí integrada.

Por todo lo expuesto hasta acá, la Sala considera que son fundados los argumentos de la apelación interpuesta por la parte demandada, en razón a que no se configuraron los supuestos en virtud de los cuales el *a quo* advirtió que el contrato de refinería se hallaba viciado de nulidad.

Quedó en evidencia que la tipología prevista desde su concepción correspondió a una concesión de bien estatal afecto a la prestación de un servicio público, gobernada por el

Estatuto de Contratación Estatal y respecto de la cual resultaba imperativa la inclusión de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de ese catálogo legal.

En esas circunstancias, partiendo de su validez, procede la Sala a pronunciarse sobre los cargos de inconformidad elevados por el demandante frente al incumplimiento y/o ruptura de equilibrio económico del contrato y la legalidad de los actos acusados.

Con un propósito metodológico, la Sala abordará, en primer lugar, los cargos relativos al incumplimiento y/o desequilibrio del contrato “*refinería de sal*” para que, una vez resuelto ello, se prosiga con el examen de legalidad de las resoluciones acusadas.

El orden trazado obedece a que en gran parte los cargos que por incumplimiento y/o desequilibrio económico se alegan sirven de fundamento a las pretensiones de nulidad de los actos por los cuales se declaró la caducidad del contrato y se adoptó su posterior liquidación unilateral, de manera que resulta de gran utilidad analizar la realidad de la ejecución contractual con el fin de profundizar en el contexto fáctico y circunstancial en que se expidieron las resoluciones censuradas.

7.- Precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias

Como se dejó visto, las pretensiones formuladas, reiteradas en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, que a continuación se proceden a resolver, gravitan alrededor de un presunto incumplimiento contractual de las entidades demandadas que, a su vez, según afirmó, generó su desequilibrio económico

Lo ocurrencia de lo anterior se atribuyó a la conducta de las entidades contratantes, por no haber ejercido su deber de controlar las políticas de precios de la sal para consumo humano, por haber impuesto su decisión de variar el objeto social de la concesionaria Salcarsa, como requisito previo para la firma del contrato, por haber adoptado, mediante decisiones que tenían apariencia de “*acuerdos*”, medidas restablecedoras insuficientes e inequitativas en cuanto trasladaban todos los riesgos al concesionarios para conjurar la crisis que atravesaba el sector de las salinas nacionales, así como a la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y extraordinarias, tales como importaciones masivas de la sal, cambio de la normativa que regulaba su procedimiento de producción y comercialización, todo lo cual afectó el mercado de la sal y desconfiguró el esquema comercial que le dio origen al contrato sometido a estudio.

Como se observa, simultáneamente y amparándose en la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual se alega la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico con ocasión de conductas atribuibles tanto a las contratantes como a

circunstancias ajenas a la órbita de las partes, aunque, en esencia, todos ellos comparten como premisa general la existencia de supuestos acuerdos de los extremos contratantes que en realidad comportaron decisiones unilaterales de la administración contratante frente a las cuales el demandante no tenía más opción que aceptarlas y que desencadenaron en un impacto negativo en la economía del contrato.

Este tratamiento disímil de las dos figuras señaladas lleva a la necesidad de realizar algunas precisiones sobre el particular.

En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero.

En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de esta Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación de la equivalencia prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada dependiendo de la entidad de la cual emane, ya fuere por factores externos a las partes, cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como *“Hecho del Príncipe”*.

Las mencionadas circunstancias podrían dar lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

El incumplimiento como supuesto de la responsabilidad contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración de la responsabilidad contractual no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto negocial, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia y sus anexos y modificaciones que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce las normas jurídicas aplicables al contrato y el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral⁶⁹.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida, por regla general, podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden⁷⁰.

Aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropiamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato⁷¹.

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

⁶⁹ Sobre el particular consultar, sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

⁷⁰ Ver sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Como consecuencia, a partir de la revisión de las pruebas en que se edifican los cargos de censura, la Sala procederá a realizar su análisis desde el ángulo que corresponda.

8.- Del incumplimiento y/o desequilibrio económico del contrato “Refinería de Sal” - Análisis de los cargos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora

Se imputa responsabilidad a las entidades precontratantes edificada en el hecho de haber impuesto su decisión de variar el objeto social de la concesionaria Salcarsa, como requisito previo para la firma del contrato, y haber impedido de esa manera la utilización de las instalaciones complementarias, acciones que, en criterio del accionante, constituyeron una causa de desequilibrio económico del negocio posteriormente suscrito.

Igualmente, se reprocha la conducta de la entidad por no haber ejercido su deber de controlar las políticas de precios de la sal para consumo humano, por haber adoptado, mediante decisiones que tenían apariencia de “*acuerdos*”, medidas restablecedoras insuficientes e inequitativas en cuanto trasladaban todos los riesgos al concesionario para conjurar la crisis que atravesaba el sector de las salinas nacionales causada por la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y extraordinarias, tales como importaciones masivas de la sal, cambio de la normativa que regulaba el procedimiento de producción y comercialización de ese recurso natural, todo lo cual afectó el mercado de la sal y desbordó el esquema comercial que le dio origen al contrato sometido a estudio.

Así pues, su análisis se agrupará en dos puntos sistemáticamente planteados:

8.1.- De la imposición por las entidades contratantes en el sentido de modificar el objeto de la sociedad Salcarsa

Dentro de los “*acuerdos*” que, con arreglo a lo afirmado por el demandante, trastocaron la ejecución del contrato estuvo aquel en virtud del cual, previo a su perfeccionamiento, se reformó el objeto social de Salcarsa por imposición de las contratantes, lo que llevó a restringir y limitar el uso de las instalaciones complementarias a la producción de sal refinada, cuestión que se oponía a la viabilidad económica del contrato y que derivó en la ruptura de la ecuación contractual, por no haber podido explotar las instalaciones complementarias.

Para resolver este cargo se considera:

Se recuerda que los términos de referencia que gobernaron la licitación No. 001 de 1995, además de describir el objeto sobre el cual recaería el contrato que se celebraría como

producto del procedimiento de selección, sobre cuyo contenido y alcance ya se discurrió en apartados anteriores, también se describieron las instalaciones complementarias que harían parte de los bienes concedidos en los siguientes términos⁷² (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Bienes incluidos en el contrato de arrendamiento:

“Además de las licencias para la producción, empaque y comercialización de sal para consumo humano, el contrato de arrendamiento incluye los siguientes bienes e instalaciones:

-Planta Refinería de sal” (...).

-Muelle salinero y disolución de sal

Puente grúa

Tolva de sal

Transportador y avión

Saturadores y tres bombas de salmuera, 2 bombas de achique con sus motores y un motor de repuesto.

Subestación eléctrica

Bombas de agua de mar

Oficinas de servicios marítimos

Tanque de soda S-6 con sus bombas y tuberías de 6”

Muelle salinero (Muelle Norte)

Tubería flexible de 6” de Acero inoxidable para descargue de la soda cáustica.

-Purificación salmuera (...).

-Desmineralización (...).

-Central térmica (...).”

En armonía con lo anterior, se observa que en la propuesta presentada por la unión temporal posteriormente adjudicataria, se planteó lo siguiente en relación con las actividades a ejecutar por la sociedad que se habría de conformar en caso de resultar favorecida con la escogencia⁷³ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“CLÁUSULA CUARTA: en el caso de ser adjudicado el contrato a la Unión temporal formada por las mismas partes de este ACUERDO, estan constituirán una sociedad que se denominará: SALES CARTAGENA DE INDIAS S.A., el quinto día hábil siguiente a la resolución o comunicación de la adjudicación (...). Esta sociedad anónima que los efectos de este acuerdo se llama la SOCIEDAD PROYECTO, suscribirá y ejecutará el contrato objeto de la propuesta, realizando, entre otras actividades, la reparación, implementación, mantenimiento de la refinería de sal, montar y poner en funcionamiento la empacadora de sal, pudiendo ejercer la opción de compra dentro de los términos y condiciones establecidas en los términos de referencia de la Licitación Pública conjunta No. 001 de 1995 y sus adendas.

“La sociedad proyecto para ello desarrollará entre otras, las siguientes actividades:

⁷² Folios 3 a 28 del cuando 2.

⁷³ Folios 64 y 103 del cuaderno 3.

“a.- Recuperación y mantenimiento de la Planta de refinación e instalaciones complementarias, basado en las especificaciones y normas técnicas requeridas.

“b.- Suministro instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos para la operación del proyecto de acuerdo con los pliegos de condiciones y la propuesta.

“c.- montaje y puesta en marcha de la empacadora.

“d. Operación de la planta refinadora e instalaciones complementarias y de la empacadora”.

Se evidenció además que, con posterioridad a la etapa de adjudicación y antes de la celebración del contrato, según previsión establecida en la propuesta de la unión temporal seleccionada y acogida por las entidades pre contratantes, el 18 de septiembre de 1996, las sociedades Caribe Internacional Ltda., Corporación Industrial Minera y Agropecuaria de Galeras Ltda., Sandy Ltda. Redondo y Cía. Ltda. y la Corporación Financiera Ganadera S.A. Corfigan suscribieron la escritura pública No. 4.554, por la cual constituyeron la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa, de naturaleza comercial del tipo de las anónimas, cuyo objeto social consistió en la celebración y ejecución de los siguientes actos y negocios jurídicos⁷⁴ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Celebrar un contrato estatal de arrendamiento con opción de compra y operación, sobre los bienes; refinería de sal ubicada en la zona industrial de mamonal Cartagena (...) de conformidad con los términos de la licitación pública conjunta No. 001 de 1995 (...) y realizar otras actividades en las instalaciones de ALCO-IFI-CONCESIÓN SALINAS en MAMONAL; incluye dentro de otras funciones y obligaciones de los arrendatarios, recuperar, operar y mantener la planta refinadora de las instalaciones complementarias y montar y poner en funcionamiento una empacadora de sal en bolsas de 500 y 100, compra, venta arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, construcción de todas las obras requeridas para la adecuada explotación de los bienes y servicios, la importación y exportación de bienes. La sociedad podrá atender también representaciones comerciales de firmas nacionales y extranjeras, fabricación, agenciar y comerciar todo tipo de materiales, equipos o productos. En desarrollo de sus objetivos la sociedad podrá hacer uso de su propio nombre o por cuenta de terceros en participación con ellos toda clase de operaciones, contratos y negocios comerciales, mercantiles, industriales o financieros y los demás, los demás que directamente se relacionen con el desarrollo de su objeto” (destaca la Sala).

“Para el logro de su objeto social podrá celebrar contratos de fiducia mercantil, efectuar la adquisición de los activos necesarios para el giro ordinario de sus negocios y la enajenación de los bienes; la creación de establecimiento de comercio y de prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos; en desarrollo de su objeto social la

⁷⁴ Folios 103 a 126 del cuaderno 4.

sociedad podrá recibir dinero en mutuo a interés con garantía o sin ella; así como el giro otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores; y en general ejecutar y celebrar todos los actos y contratos necesarios para el cabal cumplimiento de su objeto”.

En documento del 29 de octubre de 1996, de manera previa a la suscripción del contrato, las partes se reunieron con el fin de concertar algunos puntos respecto de la licitación adjudicada. En ese sentido, convinieron que el precio del suministro de la sal cruda sería de \$11.500 por tonelada FOB Manaure para el primer año y, para el segundo y subsiguientes, se reajustaría de acuerdo con el IPP del año anterior, para un volumen mínimo de 100.000 toneladas año de sal grano lavada⁷⁵.

Así mismo, acordaron (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“3.- El objeto del contrato que se pretende firmar se ajusta a todos los términos de la licitación, es decir a la refinación de sal para consumo humano por el proceso húmedo. En consecuencia, el tema de los excedentes y de los otros productos derivados deben ser materia de otro contrato.

“4.- El Puerto Salinero podrá utilizarse conforme los términos de la licitación, exclusivamente para el descargue de sal proveniente de Manaure. Sin embargo, previa autorización escrita del concesionario podrá utilizarse para descargue de sal de otro origen cuando Manaure no pueda suministrarla y para cargue de sal refinada en la planta objeto del contrato, en operaciones de cabotaje.

“(…).

“6.- Previamente a la firma del contrato se modificará el objeto de la sociedad ejecutora, en el sentido de ajustarse estrictamente a la sociedad proyecto prevista en la propuesta, de conformidad con el anexo de la comunicación No. 009938 de octubre 17 de 1996”.

El 30 de octubre de 1996 se llevó a cabo una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionista de la recién conformada sociedad Salcarsa, en la cual se dejó constancia de que (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“El Secretario manifiesta que el Instituto de Fomento Industrial IFI, mediante comunicación No. 009928 del 17 de octubre del año en curso, en relación con la negociación para el arrendamiento y explotación con opción de compra de la planta de sal refinada de propiedad de Álcalis Ltda. en Liquidación, efectuó unas observaciones de conformidad con los términos de referencia de la Licitación Pública conjunta No. 001 de 1995, entre las cuales se encuentra la de limitar el alcance del objeto social de la firma SALES DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. al contenido de la propuesta presentada en desarrollo de la referida licitación en virtud de lo anterior solicita excluir del objeto social lo siguiente⁷⁶:

⁷⁵ Folios 19-20 del cuaderno 2.

⁷⁶ Folios 132 a 136 del cuaderno 4.

“La sociedad podrá atender también representaciones comerciales de firmas nacionales y extranjeras, fabricación, agenciar y comerciar todo tipo de materiales, equipos o productos. En desarrollo de sus objetivos la sociedad podrá hacer uso de su propio nombre o por cuenta de terceros en participación con ellos toda clase de operaciones, contratos y negocios comerciales, mercantiles, industriales o financieros y los demás, los demás que directamente se relacionen con el desarrollo de su objeto” (destaca la Sala).

Con base en lo anterior, los miembros de la asamblea general de Salcarsa acordaron por unanimidad excluir de su objeto social las actividades relacionadas anteriormente.

Según consta en el certificado de existencia y representación de esta sociedad dicha reforma a su objeto se introdujo mediante escritura pública No. 498 del 5 de noviembre de 1996, aclarada a través de escritura pública No. 513 del 13 de noviembre del mismo año⁷⁷.

Al día siguiente, el 14 de noviembre de 1996, las partes celebraron el contrato de refinería de sal de cuyo clausulado, para los efectos que interesan a este punto, se destaca el siguiente acuerdo (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“CAPITULO XIV. UTILIZACIÓN DE LAS INSTALACIONES.

“PRIMERO. UTILIZACIÓN DE LA REFINERIA DE SAL. El uso utilización y operación de los bienes materia del presente contrato se limitan a la naturaleza de los mismos en el estado en que se encuentren y sujetos a las mejoras acordadas en los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo del Capítulo IV del presente contrato y el Anexo No. 6 del mismo, y al objeto del contrato, esto es a la producción, empaque y comercialización de sal apta para el consumo humano por el proceso húmedo.

“Cualquier uso de la planta y bienes que la conforman, diferente a la refinación de sal para consumo humano mediante el proceso húmedo, su empaque y comercialización, requerirá la celebración de otro contrato para cada caso.

“Los excedentes de los servicios industriales generados en la operación de la planta en el proceso de refinación de sal por el proceso húmedo, su empaque y comercialización no son objeto del presente contrato. Para la comercialización de estos excedentes, si los hubiese, se requerirá la celebración de otros contratos.

“SEGUNDO: UTILIZACIÓN DEL PUERTO SALINERO. El Puerto será utilizado únicamente para el descargue de sal proveniente de Manaure, de conformidad con el objeto del presente contrato, previo cumplimiento de las normas que rigen la materia y teniendo en cuenta lo contemplado en el parágrafo segundo del numeral tercero del capítulo IV del presente contrato”.

Planteado el panorama que antecede, la situación narrada merece varios comentarios:

⁷⁷ Folios 37 a 40 del cuaderno 4.

i).- En primer lugar, cabe anotar que, aun cuando el actor sustenta el cargo atinente a la variación del objeto social de la sociedad Salcarsa como causal de desequilibrio económico del contrato, se evidencia que los hechos que aluden a su configuración, lejos de constituir una circunstancia imprevista y sobreviniente a la celebración del acuerdo obligacional, acontecieron en un momento anterior a este suceso.

En ese sentido, aunque acudiendo a la doble dimensión que presenta esta figura, avalada doctrinaria y jurisprudencialmente, podría eventualmente considerarse su análisis a la luz de un desbalance primigenio y originario que confluyó a la formación defectuosa y desequilibrada del acuerdo de voluntades, de no ser porque, aun de situarse en esta hipótesis, tampoco podría convalidarse como una circunstancia alteradora de equilibrio negocial.

Ello se explica en la medida en que la circunstancia examinada –limitación del objeto social de Salcarsa-, no fue ajena a la órbita de voluntad de las partes o correspondió al ejercicio de una potestad unilateral y legítima de alguno de las contratantes.

Contrario sensu, la restricción del objeto social fue fruto del acuerdo, si bien escalonado que no simultáneo, al que en ese sentido llegaron las partes, arreglo que, si bien fue motivado por la observación formulada por el IFI en relación con la constitución inicial de la sociedad y luego aceptada por la concesionaria, en todo caso se ciñó estrictamente al marco de los términos de referencia de la licitación que sirvieron de linderos para las actividades que se habrían de ejecutar en desarrollo del respectivo contrato.

ii) En segundo lugar, más relevante aún, llama la atención de la Sala que el libelista afirme que tal variación del objeto tuvo la apariencia de un acuerdo, siendo en realidad una imposición de las entidades pre contratantes, de lo cual alternamente deriva su responsabilidad, habida cuenta de que tal aseveración deja de lado el hecho irrefutable de que la posterior conformación de una sociedad, integrada por las sociedades que hicieron parte de la unión temporal adjudicataria para la firma del contrato tuvo génesis en la iniciativa plasmada por la oferente en su propuesta.

Siguiendo esa línea, surge de bulto que la existencia de la sociedad Salcarsa emergió como resultado de los términos sugeridos en la propuesta y aceptados por las entidades pre-contratantes; por tanto, lo mínimo que correlativamente estas debían hacer era verificar que su conformación guardara absoluta correspondencia tanto con el documento precontractual que rigió la convocatoria como con lo ofrecido por la unión temporal seleccionada.

De suyo las actividades relacionadas con “*representaciones comerciales de firmas nacionales y extranjeras, fabricación, agenciar y comerciar todo tipo de materiales, equipos o productos*”, inicialmente incluidas y sobre las cuales recayó la solicitud de limitación de su objeto ninguna relación mantenían con las actividades y el bien concesionado.

De ahí que la Sala no encuentra censura en la limitación del objeto de la sociedad conformada, pues claramente la descripción del mismo en los términos inicialmente previstos escapaba a la naturaleza de las actividades que sirvieron de base a la convocatoria como a las comprendidas en la oferta presentada por la unión temporal adjudicataria y que se circunscribían a la explotación de la refinería de sal e instalaciones complementarias a través de la producción, empaque y comercialización de sal para consumo humano.

Como consecuencia, la Sala considera que la petición de su exclusión resultaba justificada.

iii) Por otro lado, la Sala advierte que no le asiste la razón al recurrente al sostener que por cuenta de la modificación del objeto social de Salcarsa se hubiera excluido del contrato la utilización de las instalaciones complementarias descritas en los documentos precontractuales.

En efecto, tanto de la lectura del contrato como de sus anexos se desprende con claridad que el uso de las instalaciones complementarias fue expresamente incorporado en el negocio jurídico el 14 de noviembre de 1996, y que aquellas fueron las mismas que se detallaron y describieron en los términos de referencia, esto es, la refinería de sal, la planta de purificación de salmuera, elementos de desmineralización, central térmica, muelle salinero y disposición de sal⁷⁸. Se agrega que, tal cual se extrae del contenido del acta No. 01 del 9 de enero de 1997, de todas estas instalaciones se hizo entrega al contratista⁷⁹.

Cuestión distinta es que en el texto contractual se hubiera precisado que su utilización debía ceñirse a la explotación del objeto concesionado, circunstancia que además de consultar el marco referencial que le dio origen al contrato, se ajustó a las actividades con arreglo a las cuales fue concebida su celebración y que se reitera se concentraban en la producción, empaque y comercialización de sal apta para consumo humano.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden el cargo debe ser desestimado.

⁷⁸ Folios 210 a 234 del cuaderno 4.

⁷⁹ Folios 235 a 259 del cuaderno 4.

8.2.- De la imposibilidad de asunción de riesgos del concesionario derivados de la omisión de la función reguladora del mercado de la sal por parte de las entidades concedentes, en virtud de la cual se debían prevenir los impactos negativos causados por circunstancias imprevisibles y extraordinarias

El siguiente cargo que, a juicio del censor, se vincula con la ruptura del equilibrio económico del contrato, y al tiempo con la responsabilidad de las demandadas, apunta a que no resultaba viable pretender que la sociedad Salcarsa aceptara todos los riesgos derivados de la ejecución del contrato con apoyo en su supuesto conocimiento y experticia en el mercado de la sal, cuando en realidad eran las entidades contratantes las que, en observancia de su función reguladora respecto de las políticas de explotación de salinas en relación con el control de la producción y mercadeo de la sal para consumo humano, debían prevenir y controlar los factores externos que pudieran impactar la economía negocial.

La argumentación puesta de presente convoca a la Sala a realizar *prima facie* algunas precisiones en torno al alcance de la asunción de riesgos en el marco de un contrato de concesión como el que ahora se discute.

Sea lo primero señalar que, aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio “*por su cuenta y riesgo*”, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía.

En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato.

Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia, de conformidad con las cuales, en el documento precontractual, que posteriormente se integrará el contrato adjudicado, no se exigirán condiciones de imposible cumplimiento y no se inducirán ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, todo lo cual se traduce en la imposibilidad de asignar al particular la carga de asumir cualquier tipo de riesgo sin importar su imprevisibilidad, su naturaleza y dimensión.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se agrega que tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive

directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del *ius variandi* o del hecho del príncipe.

Aceptar lo contrario, llevaría a una vulneración flagrante del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, del cual se desprende que en los actos en que se ejerciten la potestad excepcional de modificación unilateral *“deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”*.

La anterior premisa halla un asiento jurídico igualmente en el cánón 1535 del Código Civil el cual consagra que *“son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”*.

En relación con este tópico, concierne destacar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha analizado la distribución de los riesgos en el contrato de concesión en cuanto al alcance de la definición que sobre su tipología establece el artículo 32 de la Ley de 80 y en desarrollo de ese estudio ha considerado:

“Afirmar que en el contrato de concesión de obra pública, el concesionario asume la ejecución del objeto contractual ‘por su cuenta y riesgo’, más que referirse a los ingresos que pueda recibir el contratista con la financiación de la obra, en principio significa que la permanencia, disminución o aumento de los ingresos provenientes de la operación, que en la órbita contractual representa la remuneración del contratista, constituyen el riesgo del negocio que debe ser asumido por éste⁸⁰, salvo en los casos en que la ejecución del contrato se altere por actos o acciones que hagan parte de la teoría de la imprevisión, del hecho de la administración pública contratante, o por circunstancias derivadas del ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales de una autoridad pública distinta a la contratante (hecho del príncipe). Es decir, hechos que afecten el equilibrio económico del contrato.

“(…).

⁸⁰ Cita de la sentencia en referencia *“El artículo 33 de la Ley 105 de 1995, consagra las llamadas garantías de ingresos que operan en doble sentido, tanto en favor de la entidad concedente como en favor del concesionario. Para cumplir con esas garantías se diseñó un sistema de compensación en el siguiente orden: ampliación del plazo de la operación, aumento de las tarifas de peaje por encima del I.P.C., aportes del presupuesto nacional. Todos estos mecanismos tienen como finalidad mantener el equilibrio contractual”*.

“Dentro de los riesgos no previsibles razonablemente y por tanto no trasladables al concesionario se encuentran ‘aquellos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada’, que integran la noción de fuerza mayor o que hacen parte de la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe, según identificación que de los mismos hace el Documento CONPES 2775 de abril de 1995, que coincide con las definiciones del Código Civil”⁸¹.

Así pues, la asunción de riesgos por el concesionario alude a aquellas circunstancias inherentes a la ejecución del contrato, o mejor que se identifican con la ocurrencia de alteraciones razonablemente previsibles y propias del álea normal del negocio suscrito que llegaren a producirse, acaecidas dentro del escenario de las condiciones inicialmente pactadas.

Dentro de esos riesgos⁸² inherentes a la ejecución del proyecto se halla el riesgo constructivo, cuya noción hace referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista.

En el riesgo inherente también está comprendido el riesgo comercial del proyecto, que gravita en torno a la fluctuación del retorno de la inversión presentada en función del término que se demora en percibir el ingreso esperado y que se determina también por la mayor y menor demanda del objeto concesionado.

Igualmente, se encuentra allí inmerso el riesgo de operación que estaría llamado a influir en los costos e ingresos del proyecto y se origina en la variación de los parámetros de desempeño y productividad especificados.

En contraste con lo anterior, y en orden a referirse a la función reguladora de las políticas de producción y mercadeo de la sal, la Sala advierte que, de conformidad con lo contemplado en la escritura No. 1753, otorgada el 2 de abril de 1970, por la cual se elevó a instrumento público el contrato de concesión celebrado entre el Gobierno Nacional y el Instituto de Fomento Industrial para que este último asumiera la administración y explotación de las salinas nacionales se dispuso la creación de un comité ejecutivo con funciones tales como:

⁸¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 de diciembre de 2006, Rad. 1792, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

⁸² Sobre el particular se puede consultar el auto proferido por el Consejo de Estado, Sección Tercera el 9 de diciembre de 2004, exp. 27.921, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, en el cual la Sala se ocupó de analizar la distribución de los riesgos en las distintas generaciones de concesiones y de definirlos a la luz de los documentos CONPES Nos. 3107 y 3133 de 200,

“...señalar los precios de los productos de la concesión y las políticas de venta y de compra de las mismas, y trazar normas generales sobre la administración de la concesión”⁸³.

Tomando como fuente esa previsión convencional se evidencia que al IFI- Concesión Salinas le correspondía adoptar los precios y las políticas de venta y compra de las salinas en el contexto de la administración delegada para la explotación y administración de ese recurso natural y respecto de los acuerdos que se celebraran con fundamento en ese marco negocial, como aquel que ocupa la atención de la Sala.

Sin embargo, a juicio de esta instancia, lo anterior no tenía la virtualidad de enervar o desnaturalizar el deber de precaver y asumir los riesgos que por la naturaleza del contrato habrían de radicarse en cabeza del concesionario y que resultaban inherentes a su álea de previsibilidad, tales como aquellos que surgieran como resultado de la fluctuación del mercado determinados en función de las leyes de la oferta y de la demanda del objeto concesionado, como tampoco los que se vincularan con la operación y que correspondían a la alteración de los parámetros de desempeño y productividad.

Para contextualizar lo anterior, la Sala se referirá a lo probado en relación con este cargo:

-El 14 de noviembre de 1996 el Instituto de Fomento Industrial -IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación, IFI-Concesión Salinas, actuando como contratantes y la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. SALCARSA suscribieron el *“contrato de explotación mediante arrendamiento de la refinería de sal ubicada en Mamonal, Cartagena de Indias”*.

-. El 23 de diciembre de 1996 Salcarsa manifestó a las entidades contratantes que se requería realizar un trabajo urgente en la estructura del edificio de la refinería cuya ejecución resultaba urgente para poder iniciar su operación, avaluadas en \$40'655.000⁸⁴. La anterior propuesta fue aceptada por Álcalis de Colombia en cuanto a la ejecución de obras, quedando pendiente lo referente al presupuesto destinado a su desarrollo y en adelante iniciaron las negociaciones en punto al presupuesto y a las condiciones en que se llevaría a cabo su ejecución⁸⁵.

-. Mediante oficio del 8 de enero de 1997, Salcarsa presentó ante el director del IFI-Concesión salinas el análisis de precios unitarios para comprar las 7.683 T/M de sal grano lavada que se encontraban en los saturadores. Alegó que dicha sal no cumplía con los niveles de calidad establecidas en el contrato. El precio discriminado fue de \$24.773⁸⁶.

⁸³ Folio 417 del cuaderno 4.

⁸⁴ Folios 16-17 cuaderno 17.

⁸⁵ Folios 39-76 cuaderno 17.

⁸⁶ Folio 84 del cuaderno 17.

- El 9 de enero de 1997 los contratantes hicieron entrega del material al contratista de la planta de refinería y de los bienes descritos en el instrumento contractual⁸⁷.

- El 13 de enero de 1997 se realizó entrega de los trabajos de reacondicionamiento y montaje del tanque de salmuera de la planta No. 1.

- El 16 de enero de 1997 se suscribió el acta de entrega de las obras relativas a sand blasting grado comercial y aplicación de dos capas de pinturas hasta completar 4 mm de espesor en vigas, tuberías y varillas a cambiar en el techo de la refinería de sal.

- El 10 de enero de 1997 la sociedad concesionaria confirmó el primer embarque de sal cruda de Manaure para el día siguiente⁸⁸.

- El 20 de enero de 1997 IFI-Concesión Salinas recordó a Salcarsa la fecha de vencimiento de las facturas correspondientes a las ventas de insumos⁸⁹. En respuesta Salcarsa le solicitó que le indicara el número de cuenta corriente previsto para realizar la respectiva consignación⁹⁰.

- El 3 de febrero de 1997, Salcarsa confirmó al IFI Concesión Salinas el embarque 02 del 6 de febrero y el embarque No. 03 para el 13 del mismo mes y año de sal cruda de Manaure para la refinería de sal⁹¹.

- El 5 de febrero de 1997, el interventor del contrato de refinería rindió el primer informe de actividades, de conformidad con el cual hizo constar que la producción inició el 20 de enero con la planta No.2, que se presentaron problemas normales sin trascendencia, que a partir de esa fecha la producción había sido interrumpida en diferentes ocasiones por causa de varios daños, tales como escape de vapor, entre otros⁹².

Evidenció que existían inconsistencias en los resultados que arrojaba el método para calcular la producción, por lo que se sugería establecer un método de liquidación confiable. En cuanto a la calidad de los productos, indicó que no se hallaron problemas mayores, se dejó constancia de que se empacaron 12.336,5 Toneladas.

En relación con las obras de recuperación, señaló que se concluyó la etapa de reparación del techo de la refinería de manera aceptable.

⁸⁷ Folios 86-103 cuaderno 17

⁸⁸ Folio 104 del cuaderno 17.

⁸⁹ Folio 111 del cuaderno 17.

⁹⁰ Folio 114 del cuaderno 17.

⁹¹ Folio 120 del cuaderno 17.

⁹² Folios 124 a 126 del cuaderno 17.

- El 10 de febrero de 1997, el concesionario manifestó a IFI-Concesión Salinas algunas inconformidades frente al método de facturación, toda vez que, según se estableció en el contrato, se requería la elaboración de una sola factura al finalizar cada período mensual, por lo que pidió anular aquellas que no cumplieran con esas exigencias⁹³.

- En acta 01 del 17 de febrero de 1997 se dejó constancia de los despachos autorizados por la gerencia del IFI-Concesión Salinas en cuanto al retiro del sal amarilla y sal barrida⁹⁴.

- Ese mismo día, el IFI – Concesión Salinas requirió al contratista el pago de varias facturas relacionadas con insumos que a la fecha se hallaban vencidas. Frente a lo anterior el contratista reiteró que algunas de ellas no habían sido recibidas y respecto de las otras solicitó agrupar en una sola factura los dos embarques del mes de enero.

Como réplica, el IFI – Concesión Salinas, en escrito del 20 de febrero de 1997, informó al contratista que, con el ánimo de obtener una equidad en la forma de pago, consideraba que el concesionario debía pagar cada factura a los treinta días de la fecha de la factura que se expedía en la época de entrega del producto, en ese orden solicitaba pagar las facturas vencidas⁹⁵.

- En escrito sin fecha, la sociedad Álcalis de Colombia presentó su concepto en relación con la propuesta del contratista sobre la modificación al programa de inversión para las obras de recuperación de la refinería de sal que se sintetizaron en la variación de los listados de obras y equipos, incluyendo algunas no previstas inicialmente, variación de los costos estimados para cada equipo y obra, variación del cronograma de ejecución y utilización de los valores sobrantes de cada ítem para invertirse en otras obras.

Frente a lo anterior, Álcalis consideró que las modificaciones a la inversión para la recuperación de la planta debían circunscribirse a las obras y equipos contemplados en los listados originales aprobados e incluidos en el contrato⁹⁶.

- En oficio del 10 de marzo de 1997, el IFI – Concesión Salinas informó a Salcarsa que, de acuerdo con el análisis de los vencimientos de las facturas correspondientes a los despachos de sal realizado por el interventor del contrato, debía tenerse en cuenta un

⁹³ Folio 129 del cuaderno 17.

⁹⁴ Folio 145 del cuaderno 17.

⁹⁵ Folio 162 del cuaderno 17.

⁹⁶ Folios 184 a 186 del cuaderno 17.

diagrama de dos meses desde su expedición para el vencimiento y exigibilidad de su pago⁹⁷.

- En esa misma fecha, la interventoría rindió el informe de actividades correspondiente al mes de febrero de 1997. En su contenido se dejó constancia de que la producción seguía presentado inconsistencias en su medición respecto de los índices anotados por Salcarsa y aquellos detectados en los empaques, a lo que agregó que aún no se alcanzaban las cifras mínimas contempladas para los primeros 6 meses de ejecución (6.000 tons/mes).

Advirtió que la calidad del producto final estuvo dentro de los límites establecidos. Señaló también que se revisaron los presupuestos presentados por Salcarsa para acometer las obras de recuperación, respecto de los cuales se recomendó su ejecución.

Añadió que el 20 de febrero fue detectado el atraque de una nave de nombre “*Manaure*” en el puerto salinero, la cual estaba sin carga alguna y se estaba aprovisionando de combustible con autorización de Salcarsa, por lo que hacía notar que esa operación no estaba prevista dentro del reglamento del uso del puerto según el contrato⁹⁸.

- En escrito del 21 de marzo de 1997 el IFI – Concesión Salinas advirtió a la sociedad demandante que las facturas de febrero de 1997 se hallaban vencidas, por lo que solicitaba honrar la puntualidad en el pago⁹⁹.

- El 14 de marzo de 1997 se llevó a cabo una reunión del comité técnico, en la que los convocados se mostraron complacidos con el informe de actividades llevadas a cabo por el concesionario en el mes de febrero de 1997, respecto de la producción lograda, la calidad del producto determinado, el uso de insumos controlados.

En esa oportunidad, acordaron que la sal refinada producida fuera de especificaciones no podría salir de la refinería por cuanto debía ser reprocesada; igualmente, que debía establecer toma de muestras del producto terminado cada dos meses; finalmente, se discutieron algunos aspectos en relación con las obras de recuperación y mantenimiento¹⁰⁰.

- Según el informe de interventoría de actividades del mes de marzo de 1997, la producción de sal refinada fue de 4.546 toneladas entre el 1 al 31 de marzo de 1997.

⁹⁷ Folios 191 a 192 del cuaderno 17.

⁹⁸ Folios 195 a 197 del cuaderno 17.

⁹⁹ Folios 209 a 2013 del cuaderno 17.

¹⁰⁰ Folios 224 a 226 del cuaderno 17.

Añadió que los problemas de calidad del producto final aún continuaban, por presencia de pizcas de hierro producido que debía reprocesarse¹⁰¹.

-. Mediante documento del 14 de abril de 1997, Salcarsa manifestó al IFI- Concesión Salinas que, según los resultados del análisis químico de la sal cruda procedente de Manaure correspondiente al embarque No. 9, recibido el 30 de marzo de 1997, no cumplía con la calidad establecida en el contrato por su alto contenido de calcio y sulfato, cuestión que generaba sobre costos, debido al consumo de carbonato de sodio¹⁰². Esta situación reincidió en el embarque del 12 de abril, según se extrae del escrito dirigido por el director de producción al gerente de Salcarsa¹⁰³.

-. A los dos días Salcarsa y la interventoría se reunieron con el fin de plantear un procedimiento para resolver la reclamación por la defectuosa calidad de la sal cruda suministrada por el IFI – Concesión Salinas en embarque No. 9 y despachada el 29 de marzo de 1997¹⁰⁴.

-. El 25 de abril de 1997, IFI -Concesión Salinas recordó al contratista que el no pago oportuno de las facturas causaba intereses de mora del 37,32% anual. En ese sentido detalló las facturas vencidas y las pagadas fuera de los plazos previstos¹⁰⁵.

-. Según oficio del 29 de abril de 1997, suscrito por Álcalis de Colombia, al 30 de abril, la sociedad Sales de Cartagena adeudaba un saldo de \$468'023.470, por concepto de insumos, arriendo de inmuebles y pago de servicios de acueducto y alcantarillado¹⁰⁶.

-. Mediante comunicación No. G-457 del 5 de mayo de 1997, Salcarsa solicitó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, aduciendo que sobrevinieron circunstancias, tales como el estado crítico de los bienes, la situación del mercado de la sal y la inequidad que existía frente al valor de su suministro que habían determinado la ruptura de la ecuación contractual.

-. En el informe de interventoría de junio de 1997 se registró que los principales incumplimientos del contrato por parte de Salcarsa habían sido la mora en el pago de la remuneración acordada, la no ejecución del cronograma de las obras de recuperación y la

¹⁰¹ Folios 228 a 231 del cuaderno 17.

¹⁰² Folio 240 del cuaderno 17.

¹⁰³ Folio 248 del cuaderno 17.

¹⁰⁴ Folios 274 a 277 del cuaderno 17.

¹⁰⁵ Folios 278 del cuaderno 17.

¹⁰⁶ Folio 288 del cuaderno 17.

no instalación de las empacadoras en bolsas de 1.000 y 500 gramos y, adicionalmente, advirtió¹⁰⁷ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Creemos que esta demostrado que el CONTRATISTA no midió adecuadamente y a su debido tiempo los riesgos que el contrato podría presentar. Hoy, cuando ya estos riesgos son patentes, parece ser que no se toman las adecuadas acciones para sobrellevar el problema cuando las situaciones que estan fuera de control mejoren”.

- El 15 de julio de 1997, Salcarsa reiteró al IFI, una vez más, su solicitud de que se adoptaran medidas dirigidas a restablecer el equilibrio económico del contrato, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“hemos analizado un escenario en el cual mediante la variación de cláusulas contractuales que fijan el canon de arrendamiento y los volúmenes mínimos de producción el desequilibrio contractual podría tratarse en la suma de \$1.061'186.414...”¹⁰⁸.

- El 18 de julio de 1997, el director de la Concesión Salinas suscribió una comunicación en la que informó que debido a las situaciones coyunturales del mercado, Salcarsa S.A. adeudaba al IFI – Concesión Salinas \$306'461.973 y al efecto sostuvo¹⁰⁹ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“La sal despachada a Salcarsa S.A. proviene en su totalidad de la cosecha indígena, por lo que su calidad es inferior a la producida mecánicamente en los cristalizadores dad el nivel de insolubles y presencia de Magnesia (MG); calcio (Ca) y Sulfato (so) lo que conlleva unos mayores costos para Salcarsa al tener que utilizar mayores reactivos para purificar esta sal como salmuera óptima para el proceso. Cabe destacara que aun bajando el precio de esta sal en un 25% con respecto a la sal de los cristalizadores su venta a terceros diferente a Salcarsa ha sido casi nula.

“La capacidad de almacenamiento actual de la sal apilada es de 500.000 Toneladas y en la actualidad se encuentran almacenadas 290.000 Toneladas. La producción presupuestada para para 1997 es de 300.000 Toneladas neta, lo que implica que si no se busca una salida a la sal indígena (105.000 Ton.) métrica/año) en dos años se copa la capacidad de almacenamiento de 500.000 toneladas métricas, situación que obligaría a la Concesión salinas a suspender la operación en Manaure dejando a más de 30000 indígenas de la Etnia Wayuu sin el trabajo temporal durante seis (6) meses al año.

“Por las anteriores consideraciones esta Dirección recomienda, sin que se violen las normas de contratación llegar a acuerdos que permitan dar una salida, económica y legal al contrato en ejecución entre Salcarsa S.A. y las entidades Álcalis de Colombia en Liquidación, Instituto de Fomento Industrial IFI y la Concesión Salinas”.

¹⁰⁷ Folios 244-246 del cuaderno 2

¹⁰⁸ Folios 552-558 del cuaderno 8.

¹⁰⁹ Folios 564-565 del cuaderno 8.

Lo expuesto motivó que, en sesión del 11 de agosto de 1997, el IFI dispusiera adoptar como medidas encaminadas a garantizar la ejecución del contrato la refinanciación de las deudas del contratista, la inyección de nuevos recursos, la autorización para la ejecución de otras actividades distintas a la producción de sal para consumo humano, tales como sal para consumo animal y consumo industrial.

-. El 29 de agosto de 1997, IFI puso en consideración de Salcarsa el esquema de soluciones que podría adoptarse con el fin de restablecer el desequilibrio económico planteado¹¹⁰.

Articulado con lo anterior y para dar cumplimiento a lo pactado, previo a la suscripción de un contrato modificadorio contentivo de esas medidas, el 12 de septiembre de 1997, las partes suscribieron un acta compromisorio, de conformidad con la cual Salcarsa se comprometió a:

- 1) Adquirir a cualquier título una empacadora de sal para consumo humano en bolsas de 1.000 y de 500 gramos y a su puesta en marcha en las instalaciones de la refinería.
- 2) Pagar al IFI- concesión salinas los valores que adeudada por suministro de la sal grano lavado de Manaure entre el 9 de junio de 1997 y el 9 de agosto de 1997, correspondiente a la suma de \$56'.975.025.
- 3) Reafirmarse en los términos contractuales en el sentido de que la sal como materia prima sería exclusivamente la procedente de salinas de Manaure.
- 4) Pagar a Álcalis los valores correspondientes al valor mensual por uso de las instalaciones de los meses de julio y agosto, en tres cuotas iguales con vencimiento al 15 de diciembre.
- 5) Adquirir recursos por cuantía de \$1.500'000.000 para lo cual tramitaría un crédito ante el IFI por cuantía de \$1.200'000.000.
- 6) Pagar los servicios públicos de la refinería.
- 7) Cumplir el cronograma de inversiones de las reparaciones y mantenimiento.
- 8) Reducir los gastos administrativos y fiduciarios en un 15%.

¹¹⁰ Folios 679 a 680 del cuaderno 8.

9) Mantener un nivel óptimo de inventario de insumos que aseguren una operación y producción de sal apta para consumo humano.

- El 2 de octubre 1997 Salcarsa envió a Álcals de Colombia, un documento contentivo de algunas observaciones frente al documento preliminar que habría de constituir el acuerdo de modificación del contrato¹¹¹.

- El 9 de octubre de 1997, el asesor jurídico de Salcarsa remitió a Álcals de Colombia un documento contentivo de algunas observaciones frente al documento preliminar que habría de constituir el acuerdo de modificación del contrato¹¹².

- Al día siguiente, las entidades contratantes remitieron a la sociedad Salcarsa el documento final modificatorio del contrato y le informaron al contratista lo siguiente¹¹³ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“En el documento modificatorio se tuvieron en cuenta varias de las propuestas presentadas pro SALCARSA con el animo de hallarle solución temporal y efectiva la situación planteada por ustedes, ocasionada por la fluctuación de los precios del mercado de la sal en el país.

Es así como:

- *Se acepta la reducción de los valores de la remuneración mensual que el contratista debe cancelar a los contratantes.*
- *Se reducen los volúmenes mínimos de producción mensual.*
- *Se facilita la cancelación de las cuentas pendientes de SALCARSA por concepto de la remuneración mensual, cuyo valor a julio 1 de 1997 alcanza la cifra de \$1.149 millones.*
- *Se facilita la cancelación de las cuentas que por concepto de adquisición de sal grano, tiene pendientes SALCARSA con IFI – Concesión de Salinas.*
- *Se abre la posibilidad de utilizar el muelle salinero para exportación de sal refinada.*
- *Se replantean los programas de inversión.*
- *El IFI y Concesión de Salinas aceptan celebrar un contrato que le permitan a SALCARSA la comercialización de otro tipo de sales”.*

- El 14 de noviembre de 1997, las partes suscribieron una modificación parcial y temporal del contrato de explotación, con el fin de mantener la eficiente prestación de los servicios públicos como la efectividad de los derechos e intereses de los extremos negociantes¹¹⁴.

- En la motivación de ese documento se dejó constancia de que:

¹¹¹ Folios 789 a 791 del cuaderno 8.

¹¹² Folios 196 a 200 del cuaderno 8.

¹¹³ Folios 2012 a 202 del cuaderno 8.

¹¹⁴ Folios 174 a 198 del cuaderno 17.

- Se realizó un estudio de las condiciones de mercado de la sal en Colombia que determinó una demanda 500.000 toneladas en el año representada en 190.000 toneladas de sal refinada para consumo humano y una oferta de 674.000 toneladas al año, circunstancia que reflejaba una sobreoferta de 174.000 toneladas.
- La legislación colombiana referente a la sal para consumo humano se modificó como consecuencia de la apertura económica, lo que dio como resultado que se aceptara el proceso de producción en seco, cuyo costo era menor y se autorizó su libre exportación.
- La producción de sal nacional en comparación con la sal importada presenta desventajas debido a sobrecostos por IVA, mayores insumos como costos en electricidad, impuestos municipales, subsidios a la comunidad Wayuu y suministro de agua. Dichos sobrecostos en la producción nacional de sal refinada son los siguientes: IVA sobre insumos de \$7.469 por tonelada; subsidios sobre energía y gas de \$3.000; impuestos locales de \$480; regalías sobre la explotación \$1.250, para un total de \$12.199 por tonelada.
- La sal importada no desplazaba la sal paralela producida por los wayuu (producción no institucional), sino la sal refinada producida en el país, cuya materia prima era vendida especialmente por el IFI-concesión salinas en Zipaquirá y Manaure, lo que condujo a que su venta se diera por debajo de los costos.
- A junio de 1997 la producción reportada en el marco del contrato de refinería de sal debió ser de 32.000 T y fue de 28.280 T, de las cuales se vendieron 24.581 y la pérdida acumulada a ese momento ascendía a 1.854 millones de pesos.
- Para la firma del contrato las proyecciones de Salcarsa consideraban un precio de venta que ascendía a \$156.000 tonelada; sin embargo, el precio promedio de venta había sido de \$105.434, lo que representa un déficit de \$50.566 respecto de la proyección por tonelada, y se agregó textualmente en este punto *“En consecuencia, la pérdida acumulada a 30 de junio de 1997 asciende a \$1.854 millones, según la documentación presentada por SALCARSA y avalada por la firma Price Water House, quien efectúa la Revisoría Fiscal de la misma”*.

Con base en lo expuesto, a lo que se sumó que el contratista había venido solicitando una revisión de los términos contractuales, con fundamento en la incidencia que la situación del mercado de la sal refinada tenía sobre su presupuesto original, las partes decidieron modificar temporalmente algunos términos del contrato refinería de sal, entre ellos:

i) la remuneración mensual que por concepto de explotación de la planta debía pagar Salcarsa a los contratantes se fijó en los términos que se observan en la siguiente tabla:

1.997 (julio 1 a diciembre 31)	
Por las primeras 2.000 T/M mes producidos	\$40.100 por Tonelada
Por las siguientes 3.600 T/M mes producidas o más	\$15.000 por Tonelada
Promedio	\$23.964 por Tonelada
1.998	
Por las primeras 3.000 T/M mes producidas	\$40.100 por Tonelada
Por las siguientes 3.000 T/M mes producidas	\$20.000 por Tonelada
Por las siguientes 2.500 T/M mes producidas o más	\$15.000 Por Tonelada
Promedio	\$25.624 Por Tonelada
1.999	
Por las primeras 3.000 T/M mes producidas	\$40.100 por Tonelada
Por las siguientes 3.000 T/M mes producidas	\$30.000 por Tonelada
Por las siguientes 2.500 T/M mes producidas o más	\$15.000 por Tonelada
Promedio	\$29.153 por Tonelada
2.000	
Por las primeras 3.000 T/M mes producidas	\$40.100 por Tonelada
Por las siguientes 3.000 T/M mes producidas	\$30.000 por Tonelada
Por las siguientes 2.500 T/M mes producidas o más	\$15.000 por Tonelada
Promedio	\$31.753 por Tonelada

ii) los volúmenes mínimos de producción. Para el período de junio 1 a diciembre 31 de 1997 el mínimo será de 5.000 toneladas métricas. A partir de 1998 el mínimo será de 6.000 toneladas métricas mensuales.

Para efectos de ese cálculo y de liquidación de las participaciones, de haber excedentes en ningún caso se permitiría acumulación de estos de un mes a otro.

iii) El pago de la remuneración vencida. Sobre el particular se dispuso que Salcarsa pagaría a Álcalis de Colombia la remuneración vencida a junio 30/97 o sea la suma de \$1.149 millones en un plazo de 3 años, contados a partir del 1 de noviembre de 1997, con un año de gracia respecto del capital y veinticuatro cuotas mensuales iguales.

iv) Pago de la sal en grano. Se acordó que Salcarsa pagaría a IFI-Concesión Salinas las obligaciones pendientes a julio 9 de 1997 o sea la suma de \$402'887.113, por concepto de suministro del grano en ocho cuotas mensuales a partir del 19 de diciembre de 1997.

v) Puerto salinero. Convinieron que si durante la ejecución del contrato se hiciera indispensable la utilización del muelle salinero para exportación de sal refinada, los contratantes podrían autorizar mediante escrito dicho uso, previo el cumplimiento de las normas de carácter portuario, caso en el cual el contratista se comprometería a pagar todos los costos y tarifas legales inherentes a la operación del puerto.

vi) Arrendamiento de instalaciones. Para atender las exigencias de las entidades crediticias que otorgaran créditos a Salcarsa para cumplir obligaciones derivadas directamente del contrato, los contratantes podrían autorizar para cada caso que alguna o algunas de las bodegas de almacenamiento pudieran ser dadas en subarrendamiento a esas entidades, pero solamente como depósito de sal refinada y sin que ello interfiriera con la producción de la sal refinada objeto del contrato.

En cuanto al desarrollo normal del contrato principal, se estipuló que todas las demás cláusulas mantendrían su vigencia plena.

En la parte final del escrito modificatorio, se registró la siguiente anotación respecto del representante legal de Salcarsa (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Presente nuevamente el Dr. Miguel Arango García manifiesta que por estar en un todo de acuerdo con lo expuesto, acepta las modificaciones y los compromisos contemplados en el presente acuerdo los cuales será cumplidos a cabalidad”.

Es propio agregar que el anterior documento modificatorio se encuentra firmado y suscrito por Salcarsa y la aprobación de su celebración fue sometida a estudio de la junta directiva de dicha sociedad, luego de lo cual la demandante mediante el oficio del 14 de noviembre de 1997 informó a las entidades contratantes lo siguiente¹¹⁵(se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“De conformidad con lo tratado durante la reunión celebrada el 12 de noviembre de 1997 en la sala de junta del IFI hemos sometido a consideración y revisión de nuestro asesor jurídico Dr. Juan Pablo Cárdenas el texto del documento “MODIFICACION PARCIAL Y TEMPORAL DEL CONTRATO DE EXPLOTACION DE LA REFINERIA DE SAL”.

“Después de esta revisión la Junta Directiva de SALCARSA autorizó al Gerente para proceder a la firma del documento que busca restablecer el equilibrio del contrato celebrado entre SALCARSA y el IFI – ALCALIS DE COLOMBIA – CONCESION SALINAS mediante nuevas condiciones contractuales y partiendo de la base de que la recuperación del precio de la venta de la sal para consumo humano regrese a los niveles estimados y proyectados al formar el contrato de Refinería en noviembre de 1996.

“Nuevamente, deseamos expresar nuestros agradecimientos por el apoyo, recibido durante todo el proceso de negociación de las nuevas condiciones”.

Alternamente, en esa misma fecha, 14 de noviembre de 1997, con el fin de autorizar la ejecución de actividades adicionales, el IFI e IFI- Concesiones Salinas, por un lado, y Salcarsa, por otro, suscribieron un contrato independiente del que ocupa la atención de la

¹¹⁵ Folios 387 del cuaderno 4.

Sala, para producción de sal para uso industrial y consumo animal¹¹⁶, con el propósito de solventar las finanzas del concesionario.

El recorrido fáctico sustentado en las pruebas señaladas permite entrever que durante el primer año de ejecución del contrato de refinería de sal se presentaron serios inconvenientes que al finalizar esa calenda determinaron la suscripción de un contrato modificadorio dirigido a adoptar las medidas convenidas por las partes para restablecer el equilibrio económico y hacer viable su continuidad.

En efecto, se evidenció que se iniciaron las obras de reparación y mantenimiento de las instalaciones de la refinería, tópico frente al cual constantemente hubo solicitudes del contratista tendientes a la inclusión y aprobación de obras que no estaban previstas originalmente y discusiones frente a su presupuesto; se presentaron discrepancias en torno a la calidad de la sal suministrada por el IFI – Concesiones y a la necesidad de reprocesarla; hubo desacuerdos en relación con el método de facturación y de medición de la sal producida, como también incumplimientos del concesionario en relación con el pago de la retribución pactada a título de uso de la refinería, insumos y del suministro de la sal cruda lavada.

Los factores externos que contribuyeron al déficit financiero que presentó el contrato correspondieron a la sobreoferta en el mercado de la producción de sal que se tradujo en la rebaja de precios experimentada en el sector, sumándose a esa situación las desventajas que, en términos de costos, presentaba la sal nacional frente a la importada.

Todo esto confluyó en el incumplimiento de las cifras de producción e ingresos proyectados en el acuerdo, redundó en la insatisfacción de las obligaciones a cargo del concesionario y llevó a la necesidad de modificar el contrato un año después de haber sido celebrado para adoptar medidas encauzadas a restablecer el balance negocial, viabilizar la continuidad de la ejecución contractual y contener el impacto hasta entonces causado por la sobreoferta de la sal y el bajo precio reportado en el mercado, medidas que se adoptaron conjuntamente por los extremos contratantes con fundamento en los análisis realizados en el mercado, así como en los documentos financieros y contables suministrados por el concesionario y avalados por su revisoría fiscal.

En este punto, concierne señalar que no se conoce con exactitud cuáles medidas adoptó el IFI - Concesión Salinas en ejercicio de su función de control de las políticas de mercadeo y producción de la sal asignadas en virtud de la administración delegada, pues si bien reposa una constancia en la que se evidencia que el 21 de abril de 1997 esa

¹¹⁶ Folios 13 a 36 del cuaderno 5.

entidad emitió un comunicado de prensa en el que puso de presente la problemática que se atravesaba en torno a la importación de la sal y en la que propuso al Gobierno Nacional incrementar el arancel en un 30%, se desconoce si la misma fue concertada con los organismos competentes en materia de comercio exterior¹¹⁷.

Pese a ello, de lo que no queda duda es de que en el marco de la concesión salinas ese ente convino en la modificación de los términos contractuales para contrarrestar los efectos nocivos de la situación relatada, adoptando medidas relativas a la modificación de los topes de producción y a la refinanciación de los compromisos dinerarios hasta entonces deshonorados por el concesionario.

Se reitera que en inmensa medida la alteración de las finanzas del contrato se produjo como consecuencia de la sobre oferta en la producción y comercialización de la sal, cuestión que de suyo constituía un riesgo comercial inherente a la ejecución del contrato y cuya asunción, por lo menos desde la órbita de previsibilidad, era del resorte del concesionario.

Por contera, ante la concreción de la circunstancia constitutiva de ese riesgo, como en efecto aconteció, la imposibilidad de contener los efectos de su ocurrencia no podía acomodadamente atribuirse a la ausencia de regulación de las políticas de control sobre el mercado de la sal, sino a la falta de precaución del concesionario para prevenir el desbalance registrado desde que inició la ejecución contractual.

Siguiendo esa línea y sin el ánimo de excusar o validar la gestión genérica del IFI – Concesión Salinas como encargado de trazar las políticas de compra y venta de la sal, es claro que para los precisos efectos del contrato que ocupa la atención de la Sala, ante la evidencia de la materialización del riesgo comercial en dimensiones que, dicho sea de paso, se desconoce si verdaderamente escaparon a la previsibilidad razonable, las partes contratantes acordaron de manera libre y voluntaria modificar las condiciones obligacionales a fin de restablecer la economía del acuerdo, de cara a las nuevas condiciones imperantes en el mercado, concertación que se produjo de consuno y que en manera alguna puede considerarse una decisión unilateral de la Administración, como lo planteó el libelista en la demanda y en su escrito de impugnación.

¹¹⁷ Consta en el expediente el acta de reunión llevada a cabo en el Ministerio de Comercio Exterior el 26 de noviembre de 1997, en la cual IFI manifestó que en relación con la producción de sal ilegal en Manaure se había solicitado a la Fiscalía General de la Nación el inicio de investigaciones y que mediante comunicación del 20 de marzo de 1997 dicha entidad había comunicado que dos sujetos identificados habían sido llamados a indagatoria. En el curso de esa misma reunión se dejó constancia de que en lo atinente a la revisión de la reglamentación arancelaria para importaciones de sal, se recomendaba, con el fin de hacer competitiva la producción nacional y por el plazo de tres años, optar por un arancel de 30% o pasar la sal al régimen de licencia previa. Folios 1013 a 1015 del cuaderno 8.

No sobra agregar que varias de las circunstancias confluyentes en el impacto económico del contrato se originaron, incluso, en momentos anteriores a la adjudicación del mismo y fueron asumidos por el concesionario sin más herramientas que su propia voluntad de afrontarlos.

Prueba de ello es que la importación de la sal para consumo humano era una situación que se presentaba desde 1995, cuando se empezaron a efectuar importaciones de sales obtenidas por el proceso seco desde el Perú¹¹⁸, determinada por las políticas macroeconómicas desencadenadas por la apertura económica, circunstancia que se incrementó con la modificación del Decreto 724 de 1994 y cuyos efectos en la ecuación del contrato fueron asumidos por el concesionario expresamente desde que el mismo le fue adjudicado, sin que reparara sobre las consecuencias financieras perjudiciales que tal acontecer eventualmente acarrearía en el esquema negocial en el que se habría de involucrar activamente.

Así se desprende del acta del 29 de marzo de 1996, suscrita en desarrollo de la audiencia pública de adjudicación de la licitación No. 001 de 1995, las partes intervinieron dejando las siguientes constancias (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Así mismo manifestaron los señores participantes en la licitación que teniendo en cuenta el contenido del Decreto 547 de Marzo 19 de 1996 que oportunamente se les hizo llegar, les solicitan manifestar en esta audiencia si el contenido de dicho Decreto y su aplicación modifica en alguna forma las propuestas presentadas o si por el contrario conociendo el texto del Decreto, ratifican su propuesta y su interés en participar en la Licitación.

“El doctor Juan Fernando Vásquez manifestó que ratifica el contenido de su comunicación de Marzo 27 en el sentido de que a pesar de que el cambio de normatividad establecido mediante el decreto 547 mantiene inmodificables los términos de sus propuesta y ratifica el interés de Refisal S.A. en tomar la operación de la Planta en los términos propuestos. Por su parte Ludwing Mariano Chima, ratifica igualmente el interés de la unión temporal conformada por Caribe Internacional de Galeras Ltda., Redondo y Cía. Ltda. y Corfigan Ltda., de las que es Representante legal, de participar en la Licitación en los términos de su propuesta que son inmodificables.

“Así mismo manifestaron los doctores Vásquez y Chima que renuncian a cualquier reclamación posterior, relacionada con la normatividad establecida por el Decreto 547 en lo respectivo a la Licitación pública” (destaca la Sala).

Se extrae de lo anterior, que, al ser conocedores del cambio de legislación referente a la expedición de licencias y registros sanitarios, protección, empaque, comercialización y control de la sal para consumo humano ocurrido antes de la firma del contrato, las entidades dejaron esa situación a disposición de los proponentes con el fin de que manifestaran si, a pesar

¹¹⁸ Ver documento oficial que reposa a folios 616 a 629 del cuaderno 8.

de esa eventualidad, ratificaban los términos de su propuesta o consideraban necesario ajustarla a las nuevas circunstancias coyunturales determinadas por el nuevo decreto, a lo cual los dos proponentes coincidieron en indicar que sostenían los términos de su propuesta y asumían las consecuencias que podrían derivarse de la referida variación normativa.

En estas condiciones, la Sala observa que, contrario a lo manifestado por el recurrente, la suscripción del contrato “*refinería de sal*” bajo esta nueva situación normativa coyuntural no fue el resultado de una imposición de las entidades estatales. Está demostrado que habiendo abierto un espacio para que los proponentes interesados en contratar manifestaran si mantenían las condiciones de su oferta de cara a la nueva legislación en materia de proceso de refinación de sal, ambos fueron coincidentes en señalar que así lo harían.

Siendo ello así, no resulta ajustado que en sede judicial la parte actora desconozca el libre consentimiento que en la audiencia de adjudicación manifestó frente a la imposibilidad de hacer reclamaciones posteriores por ese concepto¹¹⁹.

A pesar de lo anterior, al adoptar las medidas de restablecimiento condensadas en el acuerdo modificatorio, estas circunstancias, no obstante, no ser sobrevinientes a la firma del contrato, de todas maneras fueron consideradas como factores de impacto en el balance financiero del convenio.

Está acreditado que el texto modificatorio del contrato no solo fue el producto de un análisis serio y sustentado, alimentado además por la documentación financiera y contable aportada por el concesionario para ese propósito, sino que, además, este extremo contractual tuvo la posibilidad de participar en su elaboración y cuando el documento definitivo se hallaba listo para su aprobación fue puesto a consideración una vez más de la sociedad Salcarsa, la que, con apoyo en su junta directa y en sus asesores jurídicos, lo revisó y manifestó que resultaba ajustado para los cometidos procurados.

Con base en lo probado y atendiendo al contexto fáctico reseñado, la Sala estima necesario realizar las siguientes reflexiones en torno a los efectos vinculantes de los términos en que se pactan las modificaciones contractuales:

En varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener

¹¹⁹ Sobre el particular ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse, a la celebración del contrato o de su respectiva modificación¹²⁰.

Se reitera que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales o modificatorios.

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual¹²¹ que se transara la

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), actor: Constructora Castilla y otros, demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES, acción: contractual. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 3 de agosto de 2016, radicación: 05001-23-31-000-2010-00587-01 (56.513) actor: Traing Trabajos de Ingeniería Ltda.- Hidroeléctrica de Colombia S.A.S., demandado: Cormagdalena, acción contractual, asunto: recurso de apelación. Igualmente, en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 5 de julio de 2018, radicación: 250002326000201500220 01 (56.934), actor: Unión temporal Sims Ltda., demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. *“No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización , sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. . recuérdese que la aplicación de la buen fe en materia negocia implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”*.

renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

En el orden expuesto, acogiendo los parámetros jurisprudenciales trazados, la Sala considera que no le asiste razón al apelante, sociedad Salcarsa, al señalar que las modificaciones introducidas fueron unilaterales, pretendieron trasladar al concesionario la asunción de todos los riesgos y no fueron idóneas para superar la crisis económica hasta entonces presentada y, según afirmó, facilitada por la falta de intervención reguladora del IFI-Concesión Salinas.

Por oposición a esas alegaciones, la realidad probatoria reveló que la modificación contractual fue producto del mutuo acuerdo de los extremos negociales y que a pesar de versar sobre circunstancias constitutivas de un riesgo comercial propio de la esfera del concesionario, las medidas para enervar la crisis del mercado de la sal se adoptaron conjuntamente, sin que resulte jurídicamente procedente que pretenda desconocer en sede judicial su anuencia sobre el particular y derivar el sustento de su reclamación de la inidónea celebración del mismo.

En lo sucesivo esta realidad no varió. Como se apreciará enseguida, luego de suscribir el contrato modificadorio, el concesionario continuó expresando su imposibilidad de cumplir el acuerdo pactado en los términos en que fue reformado, por razón de las dificultades relacionadas con condiciones del mercado y excusándose en la ineficiencia e ineffectividad de las medidas adoptadas en aquel documento para conjurar los efectos negativos derivados de esa misma circunstancia.

- El 27 de enero de 1998 se llevó a cabo la reunión del comité técnico operativo entre las partes para analizar de forma detenida el cumplimiento el contrato de explotación de la refinería de sal. En desarrollo de ese encuentro se concluyó que el cumplimiento no fue satisfactorio, lo cual fue puesto en conocimiento del contratista, sin que el mismo aportara soportes documentales que justificaran la inobservancia de las obligaciones. Se fijó una reunión para la primera semana de febrero con el fin de definir el futuro del contrato¹²².

- En informe de interventoría de enero de 1998, se hizo constar que, superado el impase de la materia prima, la refinería comenzó la producción el 6 de enero de 1998; indicó que sin embargo no se logró producir las 6.000 toneladas mínimas exigidas en el contrato, en

¹²² Folios 6 a 8 del cuaderno 5.

razón al mal estado de los evaporadores de la planta No. 1 por lo que resultaba urgente su reparación¹²³.

- En oficio del 11 de febrero de 1998, el Liquidador de Álcalis de Colombia presentó un documento en el que puso de presente el incumplimiento reiterado de Salcarsa por obligaciones vencidas y el consecuencial aumento de intereses. Indicó además que la empacadora no estaba funcionando, había incumplido los pagos de servicios públicos, el inventario de insumos era la tercera parte del mínimo requerido, los costos por operación del puerto salinero no habían sido cubiertos, en ese momento la refinería no estaba funcionando y en enero se refinaron 4.208 de 6.000 que era el compromiso¹²⁴.

- A mediados de febrero de 1997 Salcarsa expuso que la implementación de las nuevas condiciones acordadas en noviembre pasado tardaba en surtir los efectos esperados, por lo que no había podido ponerse al día en sus obligaciones¹²⁵.

- El 26 de marzo de 1998, el concesionario reiteró su solicitud de lograr un acuerdo con las demandadas, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“...nos permitimos ratificar nuestra voluntad de lograr una fórmula aceptable y viable para el pago de las obligaciones vencidas, dado que como es de su conocimiento el atraso en los pagos no ha sido el voluntario, sino el resultado de inconvenientes presentados durante el año de 1997 y que dieron pie a que como respuesta a nuestra solicitud de revisión se produjera el documento modificadorio firmado el 14 de noviembre de 1997.

“Las medidas tomadas en el documento modificadorio no son de respuesta inmediata y máxima si como lo hemos insistido en múltiples oportunidades no se han dado los supuestos para retornar a las condiciones originales existentes la firma del Contrato especialmente en lo que tiene que ver con los volúmenes de venta, persistiendo con el desequilibrio contractual de que habla la ley 80 de 1993 y planteado por nosotros en carta G-457 de mayo 5 de 1997”¹²⁶.

- Una vez más, en oficio del 24 de abril de 1998, Salcarsa expresó a IFI que, si bien se había suscrito un contrato modificadorio acompañada de incremento de precios y volúmenes de ventas para recuperar las pérdidas acumuladas hasta el 30 de junio de 1997, lo cierto era que las pérdidas causadas en el segundo semestre de 1997 se debían a los bajos precios y volúmenes en las ventas en la planta, mientras que los volúmenes

¹²³ Folios 273 del cuaderno 2.

¹²⁴ Folios 132 a 135 del cuaderno 5.

¹²⁵ Folios 3273 a 3280 del cuaderno 7.

¹²⁶ Folios 1211-1212 Cuaderno 9.

de venta durante el primer semestre de 1998 se debieron a¹²⁷ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“a.- La política gubernamental de fletes y el alto diferencia del flete de compensación reduce nuestra área, económicamente viable de mercado a la Costa Atlántica, Santander y Antioquia.

“b.- El incremento de producción y venta de las sales paralelas (ilegales) en la Guajira ha reducido nuestro potencial de venta en la Costa Atlántica.

“c.- La presencia de sal peruana que entra por el puerto de Cartagena a pesar de la devaluación, por ser elaborada por un proceso más económico de la molienda en seco.

“Esta situación ha continuado afectando en forma adversa el flujo de fondos de SALCARSA a pesar de que como es comprobable por la interventoría, todos los índices de los costos de producción y administración han sido mejorados en forma considerable hasta tener hoy más operación eficiente, apoyada directamente por los accionistas quienes han asumido obligaciones respaldando créditos y deudas con proveedores para permitir la continuidad del contrato.

“Sin embargo los resultados han sido afectados por los altos costos financieros causados por el arriendo mensual liquidado sobre una base superior a la producción real limitada por el mercado, las refinanciaciones de las deudas y a que no ha sido posible monetizar el crédito de sal prepagada a SALINAS debido a que la suspensión unilateral del contrato de sal industrial impide un compra mensual de sal a SALINAS que justifique el pago de los intereses causados por el crédito IFI acordado en el documento modificadorio”.

-. Mediante Resolución Especial 002 de mayo 6 de 1998, el IFI, Álcalis de Colombia en Liquidación y el IFI - Concesión Salinas resolvieron declarar la caducidad del contrato de refinería de sal, por razones que aunque, se abordarán en mayor detalle en acápite siguiente, en síntesis se edificaron sobre la base del reiterado y grave incumplimiento de Salcarsa.

-. A los dos días, en oficio del 8 de mayo de 1998, Salcarsa manifestó al IFI lo siguiente frente al incumplimiento total que se le reprochaba (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“SALCARSA no ha desconocido en ningún momento las obligaciones adquiridas y es por ello que desde el mismo momento en que condiciones o agentes ajenos a su voluntad, afectaron el cumplimiento de las mismas, así lo informó a ustedes y en forme comedida se solicitó que se revisaran las condiciones económicas del contrato para que estas se acomodaran a las circunstancias y así viabilizar el cumplimiento del objeto pactado y de la remuneración establecida.

¹²⁷ Folios 3270 a 3272 del cuaderno 7.

“Tal como se lo reiteré en mi carta G-322 -98 del 05 de mayo de 1998, a pesar de las medidas adoptadas en el mes de noviembre de 1997, la situación de desequilibrio de la ecuación contractual no ha variado, situación que he venido reiteradamente poniendo a su conocimiento en forma justificada y documentada.

“Es por esto que no entiendo como ustedes en forma simplista y sin controvertir los argumentos que hemos presentado, todos ellos comprobables ya que corresponden a situaciones de mercado que ustedes en su condición de entidad del Estado tienen el conocimiento exacto de su realidad”¹²⁸.

Se extrae con nitidez de lo anotado que las razones por las cuales, según el mismo concesionario advirtió, incurrió en incumplimiento reiterado tanto respecto de las condiciones pactadas de inicio como de aquellas que fueron objeto de modificación, que se atribuyeron en todo momento a los inconvenientes relativos a las condiciones del mercado de sal, al incremento de las importaciones, a la modificación normativa del procedimiento para su procesamiento, a la producción y comercialización ilegal o a la fluctuación de sus precios, aspectos que, como se dejó visto, fueron los mismos que motivaron la suscripción de la modificación contractual.

Con arreglo a lo sostenido por la sociedad Salcarsa en la correspondencia cruzada, los inconvenientes advertidos se opusieron a la obtención de los resultados esperados frente a la producción mínima y a las proyecciones de las ventas de las toneladas de sal apta para consumo humano y correlativamente impidieron al concesionario satisfacer los compromisos adquiridos con las contratantes concernientes al pago mensual convenido por la operación de la planta de refinería, por el suministro de la sal cruda lavada, por los insumos necesarios para su procesamiento y culminar las obras de reparación y mantenimiento estipuladas con el fin de optimizar los niveles de producción en términos de calidad de la planta de refinería e instalaciones complementarias.

El panorama planteado conduce a extender al análisis del supuesto desequilibrio económico ocurrido con posterioridad a la firma del documento modificador las mismas conclusiones en que esta Sala cimentó la inadmisibilidad de su reconocimiento en la fase anterior y concomitante con ese acontecimiento y que estribó en que la solicitud de restablecimiento aludió a la concreción de un riesgo comercial cuya esfera de asunción se hallaba en la órbita del concesionario y cuya materialización se evidenció al inicio del contrato, e incluso antes, al punto de que fue esa circunstancia la que llevó a modificar las condiciones contractuales.

¹²⁸ Folios 148 a 150 del cuaderno 5.

No es atendible para esta instancia el argumento del libelista de conformidad con el cual las medidas dispuestas en el texto de modificación no fueron suficientes para conjurar la causa del impacto económico.

Se insiste en que su celebración fue el resultado del examen conjunto elaborado por ambas partes para los propósitos señalados, de tal suerte que resultaba contrario a la rectitud, probidad y buena fe contractual que menos de un mes de suscrito el acuerdo modificadorio el concesionario continuara excusando la desatención de sus compromisos contractuales temperados por cuenta de su suscripción, en la insuficiencia e inidoneidad de las medidas convenidas por ambos extremos.

En consonancia con lo plasmado, desde la perspectiva de la eventual ocurrencia de un desbalance, tampoco resulta de recibo el argumento expuesto por la parte actora en aras de su reconocimiento, en consideración a que no se encuentra acreditada la mayor onerosidad en que incurrió el concesionario para ejecutar lo pactado en los términos en que fue acordado, como sí lo está, por el contrario, como resultado de sus propias manifestaciones, el reiterado incumplimiento del concesionario, y como tal la inviabilidad jurídica de reconocer un restablecimiento frente a prestaciones que no se llevaron a cabo.

Para ilustrar mejor esta premisa, resulta de relevancia poner de relieve que el incumplimiento del contrato se presenta cuando uno de los extremos del negocio jurídico incurre en inobservancia o en acatamiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre y voluntaria acordaron las partes al tiempo de su celebración.

Su ocurrencia faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados.

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se pretende el pago de prestaciones ejecutadas que se adeudan en el marco del cumplimiento del contrato, quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte¹²⁹.

¹²⁹ Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de julio de 2009, Exp: 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Ahora bien, el artículo 1757 del Código Civil dispone que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*.

Mutatis mutandi, en el terreno del equilibrio económico del contrato estatal, como el que se alega en el subexamine, acontece un fenómeno similar, en cuanto a quien lo alega se le impone la carga de acreditar que, a pesar de la ocurrencia de una circunstancia imprevisible con la virtualidad de impactar nocivamente la economía del contrato de cara a la excesiva onerosidad que habría de entrañar su ejecución, en efecto, se allanó a adelantar las actividades que se le demandaban en cumplimiento del contrato y cuya exigibilidad en el tiempo y en la forma debidos se justificaba en la protección del interés público inmerso en su celebración.

Es precisamente en este rasgo en el que estriba la diferencia en el manejo del equilibrio económico del contrato en el ámbito de los particulares¹³⁰, toda vez que para que proceda la revisión del contrato por el advenimiento de una circunstancia extraordinaria e imprevisible en la órbita del derecho privado es indispensable que la prestación afectada por dicha situación sea de cumplimiento futuro, esto es, que la prestación no se hubiera ejecutado, dado que, de lo contrario, esto es, de haberse satisfecho, ello equivale a considerar que el afectado asumió los efectos de su acaecimiento y, por tanto, ya no habría nada que revisar. En este supuesto, el extremo afectado por la circunstancia extraordinaria debe abstenerse del cumplimiento de la prestación económicamente alterada hasta tanto se revise.

Contrario sensu, para que proceda el restablecimiento de la economía del contrato en el terreno de lo público, se insiste en que debe demostrarse no solo la ocurrencia de la circunstancia generadora de la ruptura del equilibrio económico sino los sobre costos real y efectivamente asumidos por el afectado con ocasión de esa circunstancia.

Ahora bien, frente a la exigencia alusiva a la improcedencia de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato si la parte perjudicada se encuentra en mora o realiza actos imputables a su propia culpa, la doctrina foránea ha explicado:

¹³⁰ Sobre el particular vale la pena hacer referencia al pronunciamiento del 21 de febrero del 2012, en el que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reflexionó acerca de la revisión del contrato mercantil, en los términos previstos en el artículo 868 del Código de Comercio que contempla la teoría de la imprevisión y consideró: *“La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe”*. (resalta la Sala). Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, 21 de febrero de 2012, proferido dentro del expediente 2006-00537, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas.

“Las nuevas circunstancias deben presentar un carácter supra-individual. La tutela debe cesar, cuando la causa del evento superviniente no es exclusivamente objetiva. O sea, la potestad resolutoria precluye a raíz de la sanción por la autorresponsabilidad del comportamiento culposo, es decir, debe tratarse de situaciones que estén fuera del campo de acción o control de las partes, lo que exige la inimputabilidad del evento perturbador. De ello se desprende que la mora es un requisito negativo de la alteración”¹³¹.

A fin de aplicar lo expuesto al caso concreto, acontece que en este evento surge de bulto, por la misma aceptación que frente al particular provino del concesionario y porque no desvirtuó los documentos contractuales que lo soportan, su reiterado incumplimiento de las obligaciones contraídas.

En ese orden, ya sea que se pretenda su reconocimiento bajo la óptica de la responsabilidad contractual de la entidad con fundamento en la desatención reguladora de las políticas de mercado de la sal o del desequilibrio presentado por causa de las condiciones imprevistas del mercado, el interesado debía acreditar que cumplió las obligaciones contraídas en relación con los rubros que conformaron la contraprestación pactada por la explotación de la refinería de sal, gestión que no llevó a cabo ni quiera en los términos previstos para balancearla en el negocio jurídico.

Como consecuencia, la reclamación que formula a título de desequilibrio económico y al tiempo de incumplimiento contractual que consiste en los ingresos que dejó de percibir Salcarsa por cuenta de las pérdidas registradas por razón del precio de la tonelada de sal en relación con lo proyectado y lo vendido, esto es, \$50.566 T/M, lo que llevó a una pérdida acumulada de \$3.494'744.152 al 31 de diciembre de 1997 y de \$9.012'605.439 al 31 de diciembre de 1998, por las razones explicadas a lo largo de este acápite no tienen vocación de prosperidad.

9.- De la legalidad de los actos acusados – análisis de la apelación de la parte actora

9.1. Declaratoria de caducidad

La parte actora pretendió la declaratoria de nulidad de la Resolución Especial 002 del 6 de mayo 6 de 1998, mediante la cual el IFI, Ácalis de Colombia Ltda. en Liquidación y el IFI-Concesión Salinas, resolvieron declarar la caducidad del contrato de refinería de sal. Igualmente, pidió la nulidad de la Resolución N. 003 de 7 de julio de 1998, mediante la cual, luego de ser impugnada, se confirmó.

La sentencia de primera instancia, al decidir el fondo del asunto, declaró oficiosamente la nulidad del contrato de refinería que le dio génesis a los actos impugnados, pero no se pronunció en torno a la legalidad de las resoluciones en comento.

¹³¹ Benítez Caorsi, Juan. “La Revisión del Contrato”. Editorial Temis. Bogotá 2010. Página 499.

La parte accionante alegó que no era cierto que el contrato no pudiera ejecutarse, dado que, a pesar de los inconvenientes presentados respecto del pago de la remuneración pactada en favor de las contratantes, lo cierto es que la obligación principal consistente en la explotación de la planta de refinería se cumplió y no estuvo paralizada la producción de sal.

Reiteró en su contra el cargo de nulidad por violación al debido proceso, debido a que no se realizaron visitas de las entidades estatales a la sociedad incurso en causal de caducidad del contrato, no se realizaron requerimientos previos a la demandante bajo la advertencia de que podría hallarse en una circunstancia de cumplimiento que daría lugar a la caducidad del contrato, no se respetó el derecho de defensa de la sociedad Salcarsa, en tanto no hubo intervención de su parte frente a los cargos de incumplimiento y tampoco se dio la posibilidad para pedir pruebas para desvirtuar los hechos que se le atribuían.

Estando delimitado como está el cargo de la nulidad invocado en contra de la resolución que declaró la caducidad administrativa del contrato, como aquella que por vía de reposición la confirmó en su integridad, procede la Sala a resolver:

Reposa en el expediente la Resolución Especial 002 del 6 mayo de 1998, mediante la cual el IFI, Álcalis de Colombia y el IFI- Concesión Salinas resolvieron declarar la caducidad del contrato de refinería de sal. En los considerandos de esa resolución se lee¹³² (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Que el Instituto de Fomento Industrial IFI, Álcalis de Colombia Ltda en liquidación, Concesión de Salinas – IFI, ante la persistente situación de incumplimiento del contratista en relación con la atención de sus obligaciones contractuales, en especial con el pago de la remuneración debidas a partir del segundo mes de ejecución del contrato así como el desarrollo del plan de inversiones en recuperación de la planta refinadora, considera que la actitud omisiva del contratista afecta de manera grave y directa su ejecución, generando un inminente peligro en la paralización del CONTRATO REFINERIA DE SAL en perjuicio de la continuidad de la prestación del servicio público en la elaboración, distribución y comercialización de sal para el consumo humano, así como del logro de los objetivos propuestos con la celebración de dicho instrumento contractual.

“Que de acuerdo con la información suministrada por Álcalis, la empresa contratista SALCARSA, registra una deuda a 2 de mayo de 1998, por concepto de la ejecución de EL CONTRATO REFINERIA DE SAL, de Dos Mil Quinientos Un Millones Cuarenta y Siete Mil Trescientos Noventa y Cinco Pesos (\$2.501'047.395) Moneda Legal, de acuerdo con la siguiente relación:

¹³² Folios 42 a 49 del cuaderno 4.

“(…).

“Que igualmente SALCARSA ha incumplido de manera grave el plan de inversiones establecido de común acuerdo por las partes, por un valor total de ...(\$1.882'000.000) ...

“Que de acuerdo con la información suministrada por IFI Concesión Salinas, la empresa Contratista registra una deuda a Mayo 2 de 1998, por concepto de suministro del sal cruda proveniente de las Salinas de Manaure de ...(\$567'282.414),

“Que la anterior situación se suma al incumplimiento por parte de la empresa contratista en la atención de los pagos por concepto de la utilización que ha venido haciendo del puesto salinero ubicado en la Zona Industrial de Mamonal. Según se determina en el párrafo segundo, numeral tercero, capítulo IV de EL CONTRATO REFINERIA DE SAL, y cuya deuda asciende a la fecha a la suma de (...) \$109'294.659.03.

“Que de acuerdo con el numeral quinto del Capítulo X de EL CONTRATO REFINERPIA DE SAL, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 si se presenta bajo alguno de los hechos constitutivos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, los contratantes mediante resolución motivada darán por terminado el contrato y ordenarán su liquidación en el estado en que se encuentre.

“RESUELVE.

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad administrativa del CONTRATO REFINERIA DE SAL, (...).

“ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración las entidades contratantes dan por terminado el CONTRATO REFINERÍA DE SAL, debiéndose en consecuencia proceder a su liquidación en los términos y condiciones previstos en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.

“ARTÍCULO TERCERO. Imponer a la empresa contratista, Sales Cartagena de Indias S.A. SALCARSA, como consecuencia del incumplimiento del CONTRATO REFINERIA DE SAL, a título de sanción pecuniaria, la obligación de pagar en favor de las entidades contratantes la suma de Doscientos dieciséis millones trescientos sesenta mil pesos moneda legal (\$216'360.000), equivalente al 10% por ciento del valor de la remuneración anual vigente para el año 1998.

“ARTÍCULO CUARTO: Hacer efectiva la pena pecuniaria a que se refiere el artículo anterior con cargo a la garantía de cumplimiento No. 443941 de la Compañía aseguradora de fianzas S.A. “Confianza”, constituida por el contratista incumplida con fecha de expedición y con amparo de los riesgos asegurados entre el 14 de noviembre de 1997 y el 13 de noviembre de 2010.

“(…).

Igualmente milita en el plenario la Resolución No. 003 del 7 de julio de 1998, por cual el IFI, Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación y el IFI - Concesión Salinas¹³³ resolvieron la reposición en contra de la anterior (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“ARTÍCULO PRIMERO: Rechazar el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A.

“ARTICULO SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes la Resolución Especial 002 de 1998 por la cual se declaró la caducidad del Contrato Refinería de Sal suscrito el 14 de noviembre de 1996 por la cual se declaró la caducidad del contrato Refinería de sal suscrito el 14 de noviembre de 1996 con la sociedad Sales de Cartagena S.A. – Salcarsa”.

La Sala recuerda que el contrato refinería de sal en cuya génesis se produjeron los actos administrativos acusados se regentó por las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal recogido en la Ley 80 de 1993, compendio que contiene el fundamento normativo de la cláusula de caducidad, como una de las cláusulas excepcionales al derecho común, cuyo inclusión, de conformidad con el numeral 2 del artículo 14 de ese catálogo legal, resultaba mandatoria en los contratos *“que tengan por objeto (...) la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”*.

Su procedencia se encuentra restringida al supuesto factico previsto en el 18 del Estatuto de Contratación Estatal, de conformidad su declaratoria se abrirá paso siempre que *“se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”*, sin que sea posible su decreto por una circunstancia distinta a la descrita en esta norma.

De otro lado, cobra importancia señalar que no han sido pocos los pronunciamientos que la Sección Tercera de esta Corporación ha proferido en relación con el respeto del debido proceso que debe imperar al ejercer la potestad excepcional de declaratoria de caducidad administrativa¹³⁴.

¹³³ Folios 51 a 73 del cuaderno 4.

¹³⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, 17 de marzo de 2010, expediente: 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Al referirse a su ejercicio, ha sido decantado el deber que le asiste a la entidad pública contratante de brindar, de manera anterior a su adopción, determinadas garantías mínimas al contratista que habría de resultar afectado con la decisión, que consisten en:

Dar a conocer las razones que se esgrimen en su contra, las pruebas que las fundamentan, ofrecerle la oportunidad de ser escuchado para que el particular tenga la posibilidad de exponer los motivos y elementos de prueba en que sustenta su defensa.

Todo ese listado de conductas se orienta a que no se sorprenda al contratista con una medida inesperada y, en su lugar, tenga la oportunidad de rebatirla o desvirtuar las razones en que se basa de manera previa a ser proferida.

Descendiendo al análisis del caso concreto, a la luz del precedente jurisprudencial que se cita, la Sala revisará las pruebas que sobre el particular reposan en el expediente y que cobijará el período comprendido entre el 14 de noviembre de 1997, fecha en que suscribió el documento de modificación al contrato y el 7 mayo de 1998, momento en que se produjo el acto de declaratoria de caducidad.

“Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

“Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.

“(…)

“En otros términos, so pretexto de la garantía al debido proceso que se deba cumplir no puede diluirse la responsabilidad que le quepa al contratista y menos aún debilitarse las facultades sancionatorias con que cuenta la Administración para la cabal ejecución del contrato. Se pretende con la aplicación de este derecho fundamental que el contratista tenga conocimiento de las razones que a juicio de la entidad configuran un incumplimiento de sus obligaciones, el cual está sujeto a la aplicación de las sanciones que prevé la ley y el contrato, cuyo clausulado éste conoce desde la suscripción e iniciación del mismo”.

Para el fin se precisa que, si bien está demostrado en el plenario que la sociedad Salcarsa incurrió en incumplimiento reiterado de las obligaciones contraídas en mérito de la celebración del contrato de refinería de sal, así como de aquellas incorporadas en los documentos modificatorios y en el acta compromisoria, además de verificar si dicho incumplimiento afectaba de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenciara que podía conducir a su paralización, concierne en este acápite pronunciarse frente al cargo de nulidad de la declaratoria de nulidad por haber incurrido en vulneración del debido proceso por ser en estos dos aspectos en que el censor basó su inconformidad.

- El 21 de noviembre de 1997, IFI-Concesión Salinas advirtió al contratista que, de conformidad con la modificación parcial realizada al contrato de refinería, se encontraba en mora de la primera cuota de lo facturado entre 4 de febrero del 9 de julio 1997 y las facturas de los despachos efectuados entre 8 de agosto y el 3 de octubre se encontraban vencidas, sin tener respuesta frente al incumplimiento de las obligaciones contraídas¹³⁵.

- En el informe de interventoría de noviembre de 1997 se dejó constancia de que la producción se paralizó desde el 30 de noviembre de 1997, debido a la suspensión de despachos de la materia prima desde Manaure¹³⁶.

- El 3 de diciembre de 1993, Salcarsa informó al IFI – Concesión Salinas que en atención a que los despachos del puerto de Manaure se hallaban suspendidos, para evitar un lucro cesante era menester suspender la operación de la planta durante todo el mes de diciembre para dar vacaciones colectivas a todo el personal de operación¹³⁷.

.- Mediante comunicación del 5 de diciembre de 1997, IFI-Concesión Salinas invitó a Salcarsa a asistir al Comité Técnico que se llevaría a cabo el 11 de diciembre de 1997¹³⁸.

- En escrito del 11 de diciembre de 1997, Salcarsa manifestó a Álcalis de Colombia que las medidas que se tomaron con respecto al personal eran del resorte exclusivo de Salcarsa y creyeron conveniente enterarlos de la misma. Adicionalmente sostuvo¹³⁹ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“En noviembre 19 de 1997 fue necesario cancelar el embarque No. 27 debido a la paralización de las actividades de cargue de Manaure; el 01 de diciembre de recibimos la carta 002587 del IFI-CONCESION SALINAS autorizando la adquisición de sal cruda a terceros. Considera ustedes lo anterior como aviso oportuno?”

¹³⁵ Folio 1010 del cuaderno 8.

¹³⁶ Folios 267 a 270 del cuaderno 2.

¹³⁷ Folios 1023 a 1024 del cuaderno 8.

¹³⁸ Folio 1027 del cuaderno 8.

¹³⁹ Folio 1031 del cuaderno 8.

- El 18 de diciembre DE 1997, IFI-Concesión salinas informó a Salcarsa que las minas de Manaure fueron desbloqueadas desde el 16 de diciembre de 1997, por lo que, a partir de esa fecha se reanudaron los despachos de sal en grano a la planta¹⁴⁰.

- Al día siguiente, IFI - Concesión Salinas nuevamente comunicó al concesionario que se hallaban vencidas dos cuotas de los despachos efectuados entre el 4 de febrero y el 3 de julio de 1997, así como 8 facturas cuyas fechas de vencimiento estaban comprendidas entre septiembre y diciembre de 1997¹⁴¹.

- El 22 de diciembre de 1997, el inventor del contrato solicitó a Salcarsa que, de acuerdo con el comité celebrado el 11 de diciembre de ese año, remitiera el recibo de los pagos de servicios públicos, la relación de cuentas por pagar, el flujo de caja histórico, el estado de crédito del banco del Estado, el resultado de la visita de Superintendencia de Puertos¹⁴².

- Según el informe del interventor correspondiente a diciembre de 1997, durante ese mes no hubo producción refinada, debido a la carencia de materia prima por la problemática social de Manaure y, además, porque el contratista decidió dar vacaciones colectivas al personal de operaciones. Agregó que Salcarsa no había cumplido con la entrega de los recibos de pago de los servicios públicos, la relación de cuentas por pagar, el flujo de caja histórico a noviembre y tampoco se cumplió la entrega de las nuevas empacadoras¹⁴³.

- En oficio del 29 de diciembre de 1997, el interventor del contrato envió al director del IFI- Concesión Salinas el proyecto de las actas del comité técnico que se llevó a cabo el 11 de diciembre de ese año, para que remitiera sus conclusiones finales¹⁴⁴.

En el contenido de los documentos se lee que el desarrollo de la reunión fue el siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

"1.-Anàlisis sobre el cumplimiento de lo contemplado en el acta compromisoria firmada el 12 de septiembre de 1997.

"2.- Operación de la Refinería. Situación de la producción de sal cruda en Manaure.

Pagos pendientes de Salcarsa. Implicaciones. Asuntos Contractuales:

"Los presentes hicieron un análisis del cumplimiento de los compromisos adquiridos por SALCARSA tanto en el contrato como el acuerdo compromisorio y concretamente sobre los siguientes puntos:

¹⁴⁰ Folio 1038 del cuaderno 8.

¹⁴¹ Folios 1039 a 1040 del cuaderno 8.

¹⁴² Folio 1043 del cuaderno 8.

¹⁴³ Folios 269 a 272 del cuaderno 2

¹⁴⁴ Folios 1044 a 1055 del cuaderno 8.

- a). Obligaciones vencidas con lo contratantes por concepto de sal grano lavada.
- b).- Obligaciones con SALINAS por suministro de sal grano lavada.
- c). Obligaciones vencidas con la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS por costos portuarios.
- d).- Obligaciones con proveedores y contratista de SALCARSA.
- e). Obligaciones vencidas por SERVICIOS PÚBLICOS.

“El doctor Abeto Díaz del Castillo y los interventores expusieron muy detalladamente los reiterados incumplimientos en que ha incurrido el contratista y manifestaron su preocupación por el futuro del contrato debido a esta circunstancia.

“4.. ASUNTOS CONTRACTUALES

“El doctor Díaz del Castillo manifestó expresamente la necesidad de fijar un término perentorio para valorar el cumplimiento de las obligaciones de SALCARSA, cumplido el cual se acudirá a aplicar las disposiciones contempladas en la ley 80 de 1993 para el caso de incumplimiento, con el fin de prevenir el agravamiento de la situación que podría conducir a sus responsabilidades jurídicas delicadas y aumentar los perjuicios económicos ya causados” (resalta la Sala).

En el anexo siguiente del acta se evidencia que las contratantes escucharon la exposición que realizó el contratista frente a los cargos endilgados y la referencia puntual que hizo respecto de las gestiones emprendidas para superar el incumplimiento, entre las cuales mencionó:

El proceso de capitalización de Salcarsa, el abono pendiente de las obligaciones, una vez se recibieran los préstamos del IFI y del banco del Estado; el valor actual de tonelada de sal refinada para consumo humano superaba las proyecciones de Salcarsa, pero no los volúmenes de venta; se realizó un convenio de pago de los servicios de los subcontratistas, se prometió a realizar como abono un pago de 50% de los servicios de gas y con las empresas de acueducto y energía se realizaron convenios de pago; la adquisición de materia prima estaba en proceso de compra, entre otros aspectos.

-. El 7 de enero de 1998, Concesión Salinas envió nuevamente a Salcarsa una relación detallada de las facturas que se hallaban vencidas entre septiembre y diciembre de 1997¹⁴⁵.

-. En acta compromisoria del 7 de enero de 1997 Salcarsa prometió pagar del préstamo que recibiría del IFI, la suma de \$200'000.000 por cruce de cuentas de Galeras Ltda. y \$225'833.090 por concepto de suministro de sal¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Folio 52 del cuaderno 5.

¹⁴⁶ Folio 54 a 55 del cuaderno 5.

- En el informe del comité operativo “IFI-CONCESIÓN SALINAS – SALCARASA”, suscrito el 27 de enero de 1998 por la comisión de comités, se lee siguiente¹⁴⁷ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Con antelación al Comité Operativo de Salcarsa se llevó a cabo el pre comité de Representante legal de las entidades contratantes para analizar de forma detenida el cumplimiento del contrato de Explotación de la Refinería de sal de mamonal para lo cual se tuvo en cuenta el orden del día contemplado en el acta del 11 de diciembre de 1997 de la cual adjunto fotocopia.

“De este pre comité se está procediendo a levantar el acta respectiva *no sin antes me permito expresa que el cumplimiento de cada uno de los temas allí señalados puede concluirse que no han sido satisfactorios sino por el contrario no ha habido cabal cumplimiento por parte del contratista debido a argumentos de carácter financiero, técnico y operativo y administrativo, según informes aportados por cada uno de los representantes que orientan el manejo del contrato de explotación adjudicado a Salcarsa.*

“COMITÉ TÉCNICO OPERATIVO – SALCARSA

“A renglón seguido y en la misma fecha se procedió a llevar cabo el comité operativo de Salcarsa en las instalaciones del Contratista (Mamonal Cartagena) con con el objeto de establecer el cumplimiento de cada uno de los ítemes fijados en el orden del día consignados en acta No. 6 del mismo 11 del mismo 11 de diciembre del cual adjunto fotocopia.

“Sobre el particular manifiesto que se está levantando el acta correspondiente. Sin embargo, expreso que como conclusión de esta reunión el IFI- Concesión salinas adoptó la siguiente posición ante el contratista Salcarsa:

“a.- Manifestarle de manera muy preocupante al contratista la falta de cumplimiento del contrato de explotación.

“b.- Los argumentos y pruebas que el IFI. Concesión salinas aportó en dicho comité reposan en los informes documentales acreditados por cada uno de los representantes legales de las entidades contratantes como fundamentos legales que sustentan el incumplimiento del contrato por parte de Salcarsa.

“c.- La posición del contratista – Salcarsa frente a esta situación fue desde luego desvirtuar la tesis y posición adoptada por el IFI- Concesión salinas de una parte y de otra, la de probar sin muchos argumentos y aporte documental que ha venido haciendo todos los esfuerzos por dar cumplimiento al susodicho contrato.

“d.- La conclusión final a la cual se llegó fue la prever y fijar una reunión con el contratista para la primera semana de febrero próximo en nuestras oficinas de Bogotá para definir el futuro de contrato” (destaca la Sala).

¹⁴⁷ Folios 6-8 del cuaderno 5.

- El 25 de febrero de 1998, IFI- Concesión Salinas recordó al concesionario que se hallaba en mora en el pago de los despachos efectuados del saldo de algunas cuotas, las cuales se hallaban vencidas¹⁴⁸.

- Al tenor del informe de interventoría, para enero de 1998, la producción no alcanzó las 6.000 toneladas mínimas exigidas en el contrato, en razón al mal estado de los evaporadores de la planta No. 1, por lo que resultaba urgente su reparación¹⁴⁹.

- En oficio del 11 de febrero de 1998, el liquidador de Álcalis de Colombia presentó un documento en el que puso de presente el incumplimiento reiterado de Salcarsa por obligaciones vencidas y el consecuencial aumento de intereses. Indicó además que la empacadora no estaba funcionando, había incumplido los pagos de servicios públicos, el inventario de insumos era la tercera parte del mínimo requerido, los costos por operación del puerto salinero no habían sido cubiertos, en ese momento la refinería no estaba funcionando, en enero se refinaron 4.208 de 6.000 que era el compromiso¹⁵⁰.

- En el informe de interventoría correspondiente al mes de febrero de 1997 se señaló que entraron en funcionamiento las nuevas empacadoras de 1.000 y 5.000 gramos. Pese a ello, alertó que se estaban utilizando bolsas que no cumplían con los requisitos exigidos por el decreto vigente¹⁵¹.

- En la comunicación radicada bajo el No. 1661 de 11 de febrero de 1998, suscrita por el liquidador de Álcalis de Colombia, indicó al presidente del IFI que, en su criterio, debía declararse la caducidad del contrato, por el incumplimiento en los pagos y cada vez más creciente por concepto de remuneración¹⁵².

- En escrito del 16 de febrero de 1998, las entidades contratantes manifestaron a la Sales de Cartagena de Indias S.A.¹⁵³ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“En la reunión sostenida el día 11 de febrero de 1998 en las oficinas del Instituto de Fomento Industrial –IFI con los representantes del IFI Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación e IFO- Concesión Salinas, por una parte y representantes de sales de Cartagena de Indias S.A. por la otra, luego de un detenido análisis del desarrollo del contrato de explotación de la Refinería de Sala de Cartagena, fundamentado en los informes de interventoría, control y contabilidad los representantes de SALCARSA manifestaron que, en efecto, existen razones suficientemente válidas que permiten afirmar que SALCARSA

¹⁴⁸ Folio 136 del cuaderno 5.

¹⁴⁹ Folios 273 del cuaderno 2.

¹⁵⁰ Folios 132 a 135 del cuaderno 5.

¹⁵¹ Folios 278 a 279 del cuaderno 2.

¹⁵² Folio 131 del cuaderno 18.

¹⁵³ Folios 1135 a 1138 del cuaderno 9.

ha incumplido los compromisos adquiridos tanto en el contrato como en los acuerdos modificatorios posteriores.

“Concretamente hubo conciencia en que se ha presentado incumplimiento en los siguientes aspectos:

“(…).

“Obligaciones vencidas por concepto de remuneración e intereses

“(…).

“Subtotal de deuda vencida: \$282'248.744.

“b.- Con relación a la financiación autorizada por la junta directiva del IFI, sobre los despachos de sal efectuados entre el 4 de febrero y el 3 de junio de 1997 en la cual se acordaron ocho (8) cuotas iguales + DTF queremos recordarles que ya se encuentran en mora el saldo de la cuota 1/8 de noviembre 19, 2/8 de diciembre de 19 de 1997 y la cuota 3/8 de enero 19 de 1998 las cuales relacionados así:

“Total deuda vencida: \$392'050.266.

“c. Capitalización: los compromisos de capitalización no se han cumplido conforme lo pactado.

c. Inversiones en recuperación de la refinería: el desarrollo del programa de obras de optimización y recuperación ha sido mínimo, por lo tanto hay incumplimiento frente al cronograma pactado.

“d.- Pago de servicios públicos. Existe incumplimiento de los pagos.

“e. Inventario mínimo de insumos: en la actualidad apenas alcanza una tercera parte del mínimo exigido.

“f.- Pólizas: No ha sido entregadas las pólizas actualizadas a los contratantes. Con la compañía de seguros Ganadera S.A existe una deuda por valor de \$48'013.157 que debe pagarse antes del 26 de febrero próximo.

“Por lo anterior, el contratista solicitó un último plazo para ponerse al día en el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas con los contratantes en desarrollo del contrato de Explotación y también con las obligaciones adquiridas con terceros derivados de los procesos de explotación de la refinería, de acuerdo con un plan de pagos que se presentará el próximo 20 de febrero, que contendrá además el cronograma de obras que se encuentran atrasadas de manera que la ejecución y cumplimiento del contrato esté normalizado en su totalidad en un plazo máximo de 60 días” (subraya la Sala).

-. El 20 de febrero de 1998, Salcarsa manifestó al IFI que reiteraba lo expresado en reunión sostenida el 11 de febrero de ese año, en el sentido de indicar que el proceso de recuperación de esa sociedad y del contrato mediante la implementación de las nuevas condiciones acordadas en el otrosí del 14 de noviembre de 1997 solo se inició en enero

de 1998 con el desembolso de los créditos acordados, razón por la cual persistía el atraso en el cumplimiento de algunas obligaciones¹⁵⁴.

Por lo anterior presentó las siguientes soluciones:

- Incremento de la producción y reducción de costos. Sugirió realizar inversión en la planta para que la producción tuviera precios competitivos.
- Para pagar las obligaciones vencidas en favor de Alco, por valor de \$275'007.463, solicitó aceptar como dación en pago 1.250 TM de sal refinada por 220.000/TM.
- En orden a satisfacer la obligación dineraria en favor de IFI-Concesión Salinas, solicitó aceptar como dación en pago 500 TM de sal refinada por 220.000/TM, en sacos de 50 Kg.
- Como respuesta a lo anterior, en oficio del 4 de marzo de 1998, las entidades contratantes comunicaron a Salcarsa que no eran aceptables las propuestas elevadas por el concesionario y agregaron¹⁵⁵ (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“En consecuencia y no existiendo las condiciones que habrían permitido la normalización del contrato de Explotación de la Refinería dentro del término señalado en nuestro oficio IFI -1327 del 23 de febrero de 1998, las representantes de las entidades contratantes hacemos un último requerimiento a SALCARSA para que realice el pago efectivo de las obligaciones que se encuentran vencidas- contempladas en cuadro anexo – y para que proceda a dar cumplimiento a os demás compromisos contraídos.

“Vencido el término señalado en el presente oficio, procederemos a tomar las medidas previstas en el contrato de explotación de la refinería y dispuestas en la ley” (subraya la Sala).

- En el informe de interventoría de marzo de 1998 se dijo que las obras de recuperación de la planta de hallaban paralizadas y que los representantes de las entidades contratantes estuvieron visitando las instalaciones de la refinería¹⁵⁶.

- Nuevamente, el 17 de marzo de 1997, Salcarsa presentó ante las entidades contratantes un documento mediante el cual proponía unas fórmulas de acuerdo relacionadas con: la forma de pago de la deuda vencida; programa de inversión en recuperación de la planta; forma de pago de deudas con IFI Concesión Salinas; costos

¹⁵⁴ Folios 3273 a 3280 del cuaderno 7.

¹⁵⁵ Folios 1185 a 1887 del cuaderno 9.

¹⁵⁶ Folios 280 a 283 del cuaderno 2.

por operación del Puerto Salinero¹⁵⁷. En respuesta, las entidades contratantes, en oficio del 20 de marzo de 1997, expresaron que no aceptaban la propuesta y exigieron el pago inmediato de las obligaciones vencidas¹⁵⁸.

-. El 26 de marzo de 1998, el concesionario reiteró su solicitud de lograr un acuerdo con las demandadas¹⁵⁹. A pesar de ello, las entidades manifestaron que mantenían la negativa contenida en oficio 2328 de marzo de 20 de 1998¹⁶⁰.

-. En comunicación del 24 de abril de 1998, Salcarsa insistió en que, a pesar de haberse celebrado el acuerdo modificadorio para restablecer el balance negocial, hasta ese momento no había sido posible recuperarse por las pérdidas padecidas en el segundo semestre de 1997¹⁶¹.

-. En escrito del 5 de mayo de 1998, Salcarsa manifestó¹⁶² (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Es tan radical que ustedes han adoptado que de las últimas comunicaciones que nos han dirigido pareciera desprenderse que la decisión que ustedes ya han adoptado es la de proceder con la sanción de caducidad del contrato “(...) no consideramos justo ni ajustado que ustedes como ya se comentó opten por declarar la caducidad del contrato sin antes haber agotado los mecanismos de solución de conflictos expresamente estipulado en el compromiso contractual”.

El recuento que antecede permite extraer las siguientes conclusiones:

Es claro para la Sala que desde noviembre de 1997, época en que se celebró el acuerdo modificadorio dirigido a contener los efectos negativos del mercado en la economía del contrato, el concesionario continuó reportando incumplimiento reiterados del acuerdo inicial y de las nuevas condiciones acordadas, tanto en el pago del suministro de la materia prima, como en el pago de los costos de operación del puerto salinero, el acuerdo de pago para refinanciar las deudas, las obligaciones con terceros y subcontratistas y los servicios públicos.

A pesar de lo anterior, en diciembre de ese año la sociedad Salcarsa decidió dar vacaciones colectivas a todos los operarios, argumentando que, por problemas en las salinas de Manaure, estaban suspendidos los despachos de sal cruda lavada con destino a la Planta y en esa medida debía precaverse un lucro cesante.

Sin embargo, a la Sala no deja de resultarle extraña esa conducta, si se tiene en cuenta que, tal cual lo informó la misma demandante, desde el primero de diciembre, IFI –

¹⁵⁷ Folios 1203 a 1208 del cuaderno 9.

¹⁵⁸ Folio 1208 Cuaderno 9.

¹⁵⁹ Folios 1211-1212 Cuaderno 9.

¹⁶⁰ Folio 1213 Cuaderno 9.

¹⁶¹ Folios 3270 a 3272 Cuaderno 7.

¹⁶² Folios 1263 a 1268 del cuaderno 9.

Concesión autorizó que, por virtud de esa situación constitutiva de fuerza mayor, según los términos del contrato, se obtuviera la materia prima de otros proveedores y a los quince días siguientes se desbloquearon los despachos de sal lavada, por lo que desde entonces se reanudaron los envíos de materia prima a Mamonal.

La censura puesta de presente por la Sala, en lo que toca a esa gestión, radica en la circunstancia de que en ese interregno el concesionario se hallaba compelido a redoblar esfuerzos para atender los compromisos adquiridos tanto en el acta compromisoria como en la modificación al contrato. De ahí que su comportamiento consistente en suspender la producción de sal en diciembre, a sabiendas de que podía adquirir la materia prima por parte de terceros mientras se sorteaban los inconvenientes presentados en las salinas de Manaure, denotó una actuación que no se acompasaba con las necesidades que demandaba la realidad financiera del proyecto.

Era de su pleno conocimiento el déficit en que se hallaba la economía del contrato y que en esa época se estaban ejecutando las medidas para sobreponerse al impacto del mercado, cuestión que de suyo imponía que la conducta exigible en esas condiciones apuntaba a desplegar toda su capacidad operativa en procura de obtener los resultados prometidos. Por el contrario, suspendió la operación de la planta todo el mes de diciembre, decisión que se tradujo en que la ejecución del contrato naturalmente no alcanzara los niveles de rendimiento proyectados.

Durante los meses siguientes la situación tendió a empeorar, en razón a que a la par con el panorama ascendente del incumplimiento reiterado del concesionario de manera directamente proporcional crecían las dimensiones de las consecuencias económicas negativas que pesaban sobre su ejecución, a tal extremo que, al cabo de dos meses de haber adoptado las medidas restablecedoras, la explotación de la planta se tornó en financieramente insostenible.

Dentro de este contexto resulta inadmisibile el argumento del censor en cuanto sostuvo que la desatención de sus compromisos contractuales no afectaba de manera grave la ejecución del contrato ni llevaba a la parálisis del servicio.

Con esta afirmación el recurrente parece desconocer el esquema de negocio con base en el cual se estructuró el contrato. Está más que reiterado que la producción y comercialización de la sal para consumo humano tenía como presupuesto básico la obtención de la materia prima del IFI - Concesión Salinas, entidad respecto de la cual para entonces tenía una deuda de significativas proporciones que ante su constante desatención ponía en riesgo la continuidad de los despachos de sal cruda lavada.

Se suma a lo anotado que la situación relativa a la recepción de los despachos de la sal cruda procedente de Manaure se habría de agravar seriamente de continuar el incumplimiento de los pagos de los costos del puerto salinero.

La sociedad Salcarsa tampoco atendió en debida forma los compromisos relacionados con las obras de reparación de la planta, acordadas para elevar su capacidad de rendimiento, situación que consecuentemente llevaba a aumentar los niveles de incumplimiento frente a las metas de producción estipuladas.

Si todo lo anterior no se articulaba de manera coordinada y sistemática, sin duda podía comportar una afectación grave y directa de la ejecución del contrato y desencadenar su parálisis. Tanto es así que en varias ocasiones la interventoría y las entidades contratantes reportaron que la refinería no estaba en funcionamiento.

Consciente del grave escenario de incumplimiento, aceptado además abiertamente por el concesionario, entre enero y abril de 1998 la sociedad Salcarsa propuso varias fórmulas de arreglo con el fin de salvaguardar la continuidad de la explotación concedida, argumentando en todo momento la inidoneidad de las medidas adoptadas en noviembre de 1997 para su viabilidad, situación que, además de ser pasible de fuertes reproches por las mismas consideraciones relacionadas con la anuencia y participación del concesionario en su elaboración, ponían de relieve que, de continuar con el acuerdo comercial, el concesionario desde ningún ángulo saldría adelante con el cumplimiento de sus compromisos.

Así pues, en los términos plasmados, la Sala considera que la declaratoria de caducidad de contrato de refinería de sal se ajustó al supuesto normativo que fundaba la procedencia de su decreto.

Paralelamente con lo expuesto, no le cabe duda a la Sala de que debido proceso fue debidamente observado.

Así los muestran los múltiples requerimientos elevados por las entidades contratantes al concesionario, exhortaciones que se fundamentaron en la documentación contable y financiera del proyecto, en los que constantemente se expusieron a Salcarsa los hechos constitutivos de incumplimiento y las pruebas en las que se apoyaban las reclamaciones.

Similares conclusiones se desprenden de las distintas reuniones llevadas a cabo entre las partes entre diciembre de 1997 y abril de 1998, en cuyo desarrollo las entidades contratantes pusieron de manifiesto las circunstancias configurativas de incumplimiento, expresaron su preocupación por la suerte del proyecto y, ante la falta de soluciones determinadas por la inobservancia del pacto por el contratista, plantearon la necesidad de

acudir a los mecanismos que el Estatuto de Contratación Estatal consagraba para esos eventos.

Al mismo tiempo se escuchó al contratista, se le brindó la oportunidad para que replicara los cargos esgrimidos en su contra y para que sustentara las razones de su dicho con la documentación que a bien tuviera y se le concedió un término para que honrara sus compromisos. No obstante, a pesar de haberse respetado su derecho de defensa y de haberlo apremiado para la satisfacción de su de las prestaciones a su cargo, la sociedad Salcarsa no se allanó al acatamiento de sus obligaciones contractuales

De esa misma forma fue aceptado por Salcarsa en su acta de reunión extraordinaria de accionistas celebrada el 1 de septiembre de 1998, en la cual textualmente hizo constar que *“después de múltiples reuniones y de propuestas de nuestra parte que buscaba darle viabilidad económica al contrato, las entidades contratantes como respuesta declararon la caducidad administrativa mediante Resolución No. 002 de 1998”*.

Ahora, al margen de que en varias oportunidades las entidades hubieran rechazado las fórmulas del acuerdo presentadas por el concesionario para conjurar la crisis, esa situación en manera alguna desdibuja el apego al derecho del debido proceso y al derecho de defensa con que actuaron.

No resulta irrazonable para esta Sala inferir que tal negativa pudo obedecer, en primer lugar, a que para entonces la situación de incumplimiento en que se hallaba incurso la sociedad Salcarsa, dada la magnitud de su gravedad, se había tornado en insuperable y, segundo, es sensato considerar que la insistente argumentación relativa a la falta de eficacia de las medidas adoptadas en noviembre de 1997 hubiera podido mermar la credibilidad y confianza en el concesionario, si se tiene en consideración que este participó activamente en el diseño de las mismas, pero en momento alguno pudo cumplirlas.

Así pues, quedan sin sustento los cargos de la apelación presentada por la parte demandante, toda vez que no se demostró que la entidad hubiera obrado por fuera del marco jurídico al adoptar la decisión de declaratoria de caducidad del contrato de refinería, acto administrativo que por esa razón está llamada a conservar su presunción de legalidad.

La misma suerte deberá correr la legalidad de la Resolución N. 003 de 7 de julio de 1998, mediante la cual, luego de ser impugnada, se confirmó la anterior, toda vez que contra esa decisión no se elevaron cargos autónomos de invalidez, simplemente se pidió su nulidad como consecuencia de la ilegalidad del acto que confirmaba.

9.2.- De la liquidación unilateral del contrato

Se solicitó la nulidad de la Resolución No. 005 de septiembre 29 de 1998 mediante la cual las entidades contratantes liquidaron unilateralmente el contrato de refinería de sal y de las resoluciones Nos. 006 del 27 de noviembre de 1998 y 007 de 19 de abril de 1999, por las cuales se resolvieron negativamente los recursos de reposición interpuestos en su contra.

Como sustento de su pretensión anulatoria, la parte actora señaló, esencialmente, que las decisiones eran ilegales, por cuanto la entidad acomodó a conveniencia el corte final de cuentas y desconoció las cuantiosas pérdidas que sufrió el concesionario como consecuencia de su ejecución en condiciones desequilibradas.

Como ocurrió en relación con el acto de caducidad, el *a quo* no emitió pronunciamiento de fondo en lo que hace a la decisión liquidatoria.

El recurrente sustentó su apelación en lo concerniente a la nulidad de la liquidación unilateral del contrato, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Es de gran relevancia de que la liquidación unilateral del Contrato REFINERIA DE SAL fue adelantada con abierto desconocimiento de lo que la Ley ha dispuesto. En consecuencia el finiquito no reflejó la realidad de lo ocurrido por el contrario es demostrativo de un acto que con la apariencia de ser legalmente emitido, lo que realmente demuestra es que constituye un ajuste unilateral dirigido a preservar intereses de las ENTIDADES CONTRANTES independientemente de que estos correspondan o no a la situación correspondan contractual tal y como se presentó durante el tiempo de ejecución del compromiso.

“Las cifras que SALES CARTAGENA DE INDIAS S.A. SALCARSA presentó como demostrativas del origen y efecto del desequilibrio económico que tuvo que afrontar que le generaron cuantiosas y que las entidades contratantes generaron a través de acciones que no contribuían a superar una crisis cuyo origen estaba por fuera de la voluntad de SALES DE CARATHENA DE INDIAS S.A. SALCARSA”.

Reposa en el expediente la Resolución Especial 005 del 29 de septiembre de 1998, mediante la cual las entidades contratantes liquidaron unilateralmente el contrato de refinería y resolvieron (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

“Artículo Primero: Adóptase como liquidación del CONTRATO REFINERÍA DE SAL, la relación que sobre el Estado de la Deuda de Sales de Cartagena de Indias S.A. en liquidación se hace en el documento IFI 086 del 4 de septiembre de 1998 y el documento de actualización, del 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998.

“Artículo Segundo: Hacer efectiva la pena pecuniaria a que se refiere el artículo 3º de la Resolución Especial 002 de 1998, con cargo a la Garantía Única de Cumplimiento No. 443941 de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ‘Confianza’. De igual manera, las entidades contratantes exigirán con cargo a dicha garantía y hasta el ciento por ciento (100%) del valor asegurado por amparo de cumplimiento, el mayor valor que por concepto de la deuda total resulta a cargo de la sociedad contratista, según se ha expresado anteriormente (...)”¹⁶³.

Igualmente, milita en el plenario la Resolución No. 006 de noviembre 27 de 1998, por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SALCARSA en contra de la liquidación del contrato, en el sentido de *“Confirmar en todas sus partes la resolución Especial 005 de 1998 (...)”*¹⁶⁴.

Se observa así que, no obstante estar demostrado que las entidades contratantes liquidaron unilateralmente el contrato de refinería como consecuencia de la declaratoria de caducidad de ese acuerdo, ciertamente en el reproche central formulado en contra de esa decisión nada se dice en relación con la imposición de la sanción pecuniaria ni frente a las deudas que pesan en contra del patrimonio de Salcarsa por el incumplimiento reportado a lo largo de su ejecución y que, como se reitera, lejos de ser desvirtuado se encuentra respaldado probatoriamente.

Acontece que, en resumen, el reproche contenido en el recurso de apelación se edifica sobre la base del supuesto desequilibrio sugerido por el demandante y apunta a que las partidas dejadas de percibir por su ejecución desbalanceada sean reconocidas e introducidas en la liquidación del convenio.

La circunstancia anotada impone traer a este apartado las reflexiones que anteceden con sustento en las cuales se despachó desfavorablemente la aspiración elevada en torno al reconocimiento del desequilibrio económico del contrato y se opone a la declaratoria de nulidad del acto de liquidación por no encontrar de recibo los argumentos que se oponen a su validez.

Así las cosas, teniendo cuenta que el libelista ningún cargo formuló respecto de las partidas que se incorporaron al acto de liquidación unilateral como consecuencia de incumplimiento del concesionario con fundamento en el estado de deuda de Sales de Cartagena de Indias S.A., condensada en el documento IFI 086 del 4 de septiembre de 1998 y el documento del 29 de septiembre de 1998, ni frente a la pena impuesta en su contra, la que por demás fue el resultado de la declaratoria de caducidad que mantiene su presunción de legalidad, la Sala habrá de mantener la validez de los actos acusados.

¹⁶³ Folios 2446 a 2458 del cuaderno 6.

¹⁶⁴ Folios 2460 a 2468 del cuaderno 6.

Conclusión

En mérito de todo cuanto acontece, la Sala revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la caducidad de la acción respecto de la demanda de tercería presentada por BBVA Banco Ganadero S.A. (antes CORFIGAN) y negará las pretensiones de la demanda.

10.- Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

F A L L A

1.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2014, por el Tribunal Administrativo del Bolívar y en su lugar se dispone:

PRIMERO: *Declarar oficiosamente la caducidad de la acción respecto de la demanda de tercería presentada por BBVA Banco Ganadero S.A. (antes CORFIGAN), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: NEGAR *las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad Sales de Cartagena de Indias S.A. Salcarsa en liquidación.*

TERCERO: *sin condena en costas.*

2.- Sin condena en costas por la segunda instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA