**MECANISMO ALTERNATVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS –Interpretación – Intención de las partes**

De lo anterior se tiene que si bien es cierto las partes se comprometieron a someter sus diferencias a la intervención del Centro de Conciliación, Amigable Composición y Arbitramiento de la Bolsa Agropecuaria, no indicaron de forma expresa cuál sería el mecanismo de solución alternativa que utilizarían. En efecto, bien podían recurrir a la conciliación, una amigable conciliación o a un arbitramento. Ahora, la Corte Constitucional, dentro de una acción de tutela promovida en contra de una providencia de esta Sección , proferida en el marco de un recurso de anulación de un laudo arbitral, en la cual se declaró inexistente la cláusula compromisoria, consideró que en esa interpretación existía un defecto sustantivo. En aquella oportunidad, la cláusula en discusión era del siguiente tenor literal: Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvable, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. El Consejo de Estado, mediante providencia del 17 de marzo de 2010 , una vez analizado el texto de la cláusula en cita, consideró que debido a la necesidad de que las partes manifestaran su consentimiento cuando surgieran las aludidas diferencias de carácter “insalvable” y a la absoluta falta de precisión de los términos bajo los cuales operaría la habilitación arbitral, la cláusula vigésima cuarta del contrato era inexistente por carecer de objeto, ya que no plasmaba la decisión clara, inequívoca y vinculante de someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Por su parte, la Corte Constitucional, al declarar la procedencia de la acción de tutela, estimó que la cláusula compromisoria era lo suficientemente clara como para concluir que la intención de los contratantes al consignar dicho pacto no se limitaba a reproducir una prerrogativa constitucional y legal que cualquier persona cuenta para resolver sus conflictos de carácter transigible – como lo es acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos – sino que en realidad aludía al deseo claro e inequívoco de dirimir las diferencias que se presentaran en la celebración y ejecución del contrato a través del arbitramento. En ese orden, la Corte consideró que sostener que la referida cláusula exigía que las partes prestaran nuevamente su consentimiento para acudir al arbitraje la reduce a la inutilidad, pugnaba con su intención de dejar de antemano, en forma expresa y por escrito, la posibilidad de someterse a un tribunal de tal naturaleza, como en efecto lo hicieron, hasta el punto se produjo un laudo arbitral. En esos términos, para la Corte la redacción de la cláusula así como el comportamiento contractual de las partes no dejaba duda de los efectos vinculantes de la cláusula en estudio.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 13001-23-31-000-1998-00179-01(36647)**

**Actor: INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA**

**Demandado: RAFAEL CURE CURE Y OTRO**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

*Temas: Existencia de cláusula compromisoria; caducidad de la acción con fundamento en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993; incumplimiento contractual de operaciones de trueque, reiteración jurisprudencial.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 23 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual resolvió declarar probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción e inhibirse para decidir de fondo el asunto (fls. 148 a 155, c. ppal, 2 instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

El Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, pretende que se declare el incumplimiento de las operaciones de trueque n.°s DT-76781/82, DT-76765/66, DT-76779/80, DT-76789-90, DT-767883/94 y DT-76773/74 suscritas entre el IDEMA y los comisionistas Fabio Guerrero, Hugo Peñafort, Milivoy Penjbrag, Torres y Cortés & Cía. y/o el mandante de estos, el señor Rafael Cure Cure, propietario del establecimiento de comercio Arrocera Baracoa. Así mismo, solicita que se responsabilice a Seguros del Estado S.A., como garante de esas negociaciones (…) El objeto de esas operaciones consistió en el trueque de arroz paddy por arroz blanco grado 2, según lo señalado en las negociaciones n.°s 0215637, 0215638, 0215646, 0215651, 0215652, 0215653, 0215654, 0215655, 0215656, 0215661 y 0215662 de la Bolsa Nacional Agropecuaria

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 23 de enero de 1998 (fl. 12 rev., c. ppal), el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra del señor Rafael Cure Cure, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Arrocera Baracoa, y Seguros del Estado S.A. (fls. 5 a 12, c. ppal)[[1]](#footnote-1). La anterior acción se fundamentó así:

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 5 a 9, c. ppal):

1.1.1. El 15 de septiembre de 1995, en la rueda de negocios n.° 73, efectuada en la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., se efectuaron las operaciones de trueque n.°s DT-76781/82, DT-76765/66, DT-76779/80, DT-76789-90, DT-767883/94 y DT-76773/74 suscritas entre el IDEMA y los comisionistas Fabio Guerrero, Hugo Peñafort, Milivoy Penjibrag, Torres y Cortés & Cía. y/o el mandante de estos, el señor Rafael Cure Cure, propietario del establecimiento de comercio Arrocera Baracoa. El objeto de esas operaciones consistió en el trueque de arroz paddy por arroz blanco grado 2, según lo señalado en las negociaciones n.°s 0215637, 0215638, 0215646, 0215651, 0215652, 0215653, 0215654, 0215655, 0215656, 0215661 y 0215662 de la Bolsa Nacional Agropecuaria.

1.1.2. Las negociaciones de trueque fueron avaladas por Seguros del Estado S.A., mediante las pólizas n.°s 1038130, 1038140, 1038141, 1038142 y 1038143 del 26, la primera en mención, y las demás del 28 de septiembre de 1995, y 9539931 del 21 de noviembre del último año en cita.

1.1.3. Como consecuencia del incumplimiento de los comisionistas y de su mandante, el IDEMA declaró la ocurrencia del siniestro asegurado a través de la resolución n.° 220 del 30 de abril de 1997.

1.1.4. El 26 de mayo de 1997, se reunieron funcionarios del IDEMA y el señor Rafael Cure Cure y suscribieron dos actas en la que fijaron los kilos de arroz blanco y los valores adeudados, como una novación de la obligación respecto de la cual la actora declaró el siniestro. Sin embargo, esos acuerdos quedaron supeditados a la ratificación de las partes ante el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena el 19 de junio de 1997, sin que esto último se produjera.

1.1.5. El 5 de junio de 1997 se notificó la resolución que declaró el siniestro a los interesados, quienes interpusieron recurso de reposición.

1.1.6. El 5 de noviembre de 1997, a través de la resolución n.° 207, el IDEMA liquidó unilateralmente las operaciones de trueque DT-76765/66, DT-76773/74 y DT-76779/80, sin que se sepa la suerte de las tres restantes operaciones.

1.1.7. El 23 de diciembre de 1997, mediante la resolución n.° 341, el IDEMA revocó la resolución n.° 220 del mismo año, por medio de la cual declaró la ocurrencia del siniestro, toda vez que consideró que carecía de competencia para declarar el incumplimiento, el siniestro y la liquidación unilateral, en tanto esas facultades desaparecieron con la Ley 80 de 1993.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 9 y 10, c. ppal):

*PRIMERO.- Declárese que los acuerdos de trueque celebrados en rueda de negocios número 73 del 15 de septiembre de 1995, realizada en la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., en los cuales se efectuaron las operaciones de trueque DT-76781/82, DT-76765/66, DT-76779/80, DT-76789-90, DT-767883/94 y DT-76773/74 suscritos* (sic) *entre el IDEMA y los comisionistas FABIO GUERRERO, HUGO PEÑAFORT, MILIVOY PENJIBRAG, TORRES Y CORTÉS & CÍA. y/o su mandante RAFAEL CURE CURE, en nombre de ARROCERA BARACOA, establecimiento de comercio que obra a través de este, demandado, las que consistieron en el trueque de arroz paddy por arroz blanco grado 2, según negociaciones números 0215637, 0215638, 0215646, 0215651, 0215652, 0215653, 0215654, 0215655, 0215656, 0215661 y 0215662 de la Bolsa Nacional Agropecuaria, fueron incumplidos por el demandado RAFAEL CURE CURE.*

*SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración condénese solidariamente al demandado RAFAEL CURE CURE y a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO a pagar dentro del término que señale en la sentencia la cantidad de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS ($279.762.574), suma que el IDEMA aceptó como saldo cierto el día 27 de mayo de 1997, más los intereses a la tasa moratoria de esa suma desde esa fecha hasta cuando se verifique el pago.*

*TERCERA.- Condénese a los demandados a las costas del presente proceso. Tásense.*

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

2.1. El señor Rafael Cure Cure (fls. 68 a 71, c. ppal) sostuvo que el IDEMA no entregó los productos en tiempo, razón por la cual tampoco podía exigir lo propio a su contraparte. Además, afirmó que entregó $32.565 kilogramos de arroz blanco en el IDEMA de Magangué, pero el IDEMA suspendió unilateralmente esa entrega so pretexto de falta de capacidad de almacenamiento, aun cuando existía la posibilidad de recibirlo.

Sostuvo que las resoluciones definieron la cuestión en el presente asunto, razón por la cual, según sus palabras, *“conllevan a que la presente demanda haga tránsito a cosa juzgada”*; igualmente, advirtió que la actora no asistió a la conciliación del 19 de junio de 1997, por lo que se impone declarar el incumplimiento y, en consecuencia, la perención, en los términos del numeral 1 del artículo 25 del Decreto 1818 de 1998, en concordancia con el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Afirmó que el señor Abraham Janne avaló lo pactado con el IDEMA de forma solidaria, razón por la cual se debe proceder en contra de este.

Propuso como excepciones (i) la cosa juzgada y (ii) la caducidad de la acción, con fundamento en que *“el IDEMA y sus representantes al no comparecer a la Audiencia de Conciliación en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, estaba haciendo una denegación de justicia, considerando que este instrumento es de suma importancia para la sana aplicación de justicia y su no comparecencia, conlleva a la pérdida de todas las instancias procesales; en este caso la demandante deberá ser condenada a la perención según lo preceptuado en el artículo 346 del C.P.C.”* (fl. 69, c. ppal).

2.2. Seguros del Estado S.A. contestó la demanda en forma extemporánea (fl. 125, auto del 6 de febrero de 2007, por medio del cual el *a quo*, en el cual advirtió esta circunstancia y corrió traslado para alegar de conclusión).

**3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, Seguros del Estado S.A. (fls. 126 a 138, c. ppal) afirmó que el IDEMA debió declarar la caducidad del contrato y no una demanda, toda vez que no puede pedirle a la justicia que haga su trabajo, situación que en sí misma constituye una violación al debido proceso. De igual forma, señaló que la actora no demostró que hubiera entregado en oportunidad el arroz prometido, la cantidad y el valor del arroz que recibió de su contratista, con el fin de cuantificar el incumplimiento enrostrado, lo que al parecer desconoce y resulta determinante para la afectación de las pólizas.

Sostuvo que el siniestro era inexistente, por cuanto para el efecto la Ley 80 de 1993 impuso que debía declararse la caducidad previamente; además, señaló que el riesgo amparado fue el del retiro del arroz paddy por parte del contratista, no así su no entrega, como finalmente ocurrió.

De otra parte, propuso la falta de legitimación en la causa por activa, en tanto quien aparece como asegurada y beneficiaria es la Bolsa Nacional Agropecuaria; igualmente, estimó que los acuerdos le eran inoponibles en tanto no los firmó la referida Bolsa, por no ser avalados por una aseguradora y que firmaron antes de la expedición de las pólizas, y, finalmente, propuso la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde los supuestos incumplimientos y la notificación del auto admisorio transcurrieron más de dos años.

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 23 de octubre de 2008 (fls. 148 a 155, c. ppal, 2ª instancia), el *a quo* declaró probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción y se inhibió para pronunciarse de fondo. Para el efecto, sostuvo:

*En el cuerpo del mencionado documento de negociación se indica en forma expresa que todo conflicto, controversia o diferencia relativos a la negociación, su desarrollo y liquidación, las partes se comprometen a resolverlo directamente, y si no fuere posible un acuerdo, se opta por la intervención del Centro de Conciliación, Amigable Composición y Arbitramento de la Bolsa Agropecuaria.*

*De acuerdo a lo anterior, se observa que las partes al celebrar la negociación establecieron la manera de solucionar las posibles controversias que se presentaren en el desarrollo de la misma, y en el expediente no figura documento alguno que contenga algún tipo de renuncia a esta cláusula (…).*

*Ahora bien, en gracia de discusión, bajo el supuesto de que esta sea la jurisdicción competente para conocer de este asunto, la excepción de caducidad de la acción, estaría llamada a prosperar, por cuanto, se tiene que, en el documento anexo al DT-76784 se indica que las entregas se harían hasta el 30 de noviembre de 1995.*

*Se tiene entonces que, para el caso concreto, cada uno de los contratos tendría que ser tratados en forma separada, pues la controversia no corresponde a uno sólo, sino a varios que el demandante acumuló para efectos procesales, pero que en cuenta a su celebración, desarrollo y ejecución, fueron separados entre sí, por lo que, la caducidad sería analizada por separado.*

*Pues bien, teniendo en cuenta que frente al DT-76784 las entregas se harían hasta el 30 de noviembre de 1995, la caducidad vino a configurarse el 1 de diciembre de 1997 y la demanda fue presentada el 23 de enero de 1998 (…).*

*La misma consideración resultaría aplicable al DT-76789, al DT-76790, al DT-76783, al DT-76782, al DT-76781, al DT-76780, al DT-76779, al DT-76774, al DT-76773, al DT-76766 y al DT-76675.*

*Igualmente se resalta que en ninguno de ellos se incluyó en forma expresa mención alguna a que se regirían por lo previsto en la Ley 80 de 1993 y además no se consagraron cláusulas exorbitantes.*

*En este sentido se concluye que, el régimen aplicable a este contrato es el previsto para las ofertas que se aceptan en bolsas, y de corretaje, pues ha sido celebrado a través de comisionistas intermediarios, que entre otras cosas, no aparece acreditada la vinculación entre los comisionistas y el demandado.*

*En razón de lo anterior, le resulta aplicable un régimen distinto al de la Ley 80 de 1993, por lo que su conocimiento es de los jueces civiles, pues se trata de un contrato eminentemente comercial. Con la circunstancia adicional que, no tienen cláusulas exorbitantes, pero si tienen cláusula compromisoria, por lo que esta jurisdicción resulta sin competencia.*

*Por todo lo anterior, se declarará probada de oficio, la excepción de falta de jurisdicción, y en consecuencia, la Sala se inhibirá para pronunciarse de fondo.*

**III. SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte apeló la decisión del *a quo[[2]](#footnote-2)*. Para el efecto, después de explicar el régimen jurídico del contrato en estudio y la naturaleza jurídica del IDEMA, sostiene que con independencia del régimen jurídico aplicable a la relación contractual, la sola presencia de una entidad pública en uno de sus extremos, como lo es el IDEMA, impone el conocimiento de sus controversias por parte de la jurisdicción contencioso administrativa (fls. 170 a 174, c. ppal, 2ª instancia).

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte actora reiteró los argumentos de su alzada (fls. 180 a 182, c. ppal, 2ª instancia).

El Ministerio Público (fls.183 a 187, c. ppal, 2ª instancia) estimó que aunque existiera cláusula compromisoria, la misma puede ser revocada expresa o tácitamente. En consecuencia, como en la contestación de la demanda no se propuso la excepción de cláusula compromisoria, es claro que se renunció en forma tácita a la justicia arbitral y es la jurisdicción contenciosa la que debe conocer del asunto, en línea con lo dispuesto en la Ley 1107 de 2006. La demandada se limitó a darle un alcance diferente al compromiso, en tanto estimó que la inasistencia a la audiencia de conciliación constituía cosa juzgada, perención y caducidad.

Sostuvo que si bien en las operaciones en estudio se fijó como fecha para las entregas el 30 de noviembre de 1995, lo cierto es que en las actas de compromiso suscritas con posterioridad se dijo que la fecha límite era el 15 de enero de 1998. En consecuencia, como la demanda se presentó el 23 de enero de 1998, fuerza concluir que lo fue en tiempo.

Igualmente, la Vista Fiscal aclaró que no existió novación de las operaciones de trueque, en tanto las actas de compromiso suscritas con posterioridad se limitaron a señalar la forma en que se cumpliría la obligación adquirida, no a cambiarla o novarla. Además, aunque las partes se obligaron a ratificarla ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el incumplimiento de esa exigencia no daba lugar a su inexistencia, en tanto no se la condicionó con esos alcances.

De otro lado, estimó probado el incumplimiento del contratista con los documentos obrantes, sin que sea posible extender esa responsabilidad a la aseguradora demandada, en tanto no aseguró los nuevos acuerdos a los que llegaron las partes.

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

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

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, IDEMA, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional[[3]](#footnote-3), es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto. En ese orden, precisa advertir que esta Corporación, en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha insistido que independientemente del régimen jurídico aplicable a la relación contractual, si una de sus partes es una entidad estatal, el contrato es estatal y el conocimiento de sus controversias corresponde a esta jurisdicción[[4]](#footnote-4).

En lo que refiere a la cláusula compromisoria, se tiene que los documentos de negociación n.°s 0215637 (anexo DT-76765), 0215638 (anexo DT-76766), 0215645 (anexo 76773), 0215646 (anexo DT-76774), 0215651 (anexo DT-76779), 0215652 (anexo DT-76780), 0215653 (anexo DT-76781), 0215654 (anexo DT-76782), 0215655 (anexo DT-76783), 0215656 (anexo DT-76784), 0215661 (anexo DT-76789) y 0215662 (anexo DT-76790), todos suscritos el 15 de septiembre de 1995 (fls. 19 a 42, c. ppal), contienen una anotación común en los siguientes términos:

*LA NEGOCIACIÓN QUEDA SOMETIDA A LOS REGLAMENTOS VIGENTES ESTABLECIDOS POR LA BOLSA LOS CUALES SE ENTIENDEN INCORPORADOS PARA LOS EFECTOS AL PRESENTE DOCUMENTO. TODO CONFLICTO, CONTROVERSIA O DIFERENCIA RELATIVOS A ESTA NEGOCIACIÓN, A SU* [ilegible] *DESARROLLO Y LIQUIDACIÓN, NOS COMPROMETEMOS A RESOLVERLO DIRECTAMENTE Y SI NO FUERE POSIBLE UN ACUERDO, TRATAREMOS LA INTERVENCIÓN DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN, AMIGABLE COMPOSICIÓN Y ARBITRAMENTO DE LA BOLSA AGROPECUARIA* (se destaca)*.*

De lo anterior se tiene que si bien es cierto las partes se comprometieron a someter sus diferencias a la intervención del Centro de Conciliación, Amigable Composición y Arbitramiento de la Bolsa Agropecuaria, no indicaron de forma expresa cuál sería el mecanismo de solución alternativa que utilizarían. En efecto, bien podían recurrir a la conciliación, una amigable conciliación o a un arbitramento.

Ahora, la Corte Constitucional, dentro de una acción de tutela promovida en contra de una providencia de esta Sección[[5]](#footnote-5), proferida en el marco de un recurso de anulación de un laudo arbitral, en la cual se declaró inexistente la cláusula compromisoria, consideró que en esa interpretación existía un defecto sustantivo.

En aquella oportunidad, la cláusula en discusión era del siguiente tenor literal:

*Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvable, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes* (Resaltado del texto original de la sentencia de la Corte Constitucional)

El Consejo de Estado, mediante providencia del 17 de marzo de 2010[[6]](#footnote-6), una vez analizado el texto de la cláusula en cita, consideró que debido a la necesidad de que las partes manifestaran su consentimiento cuando surgieran las aludidas diferencias de carácter “*insalvable*” y a la absoluta falta de precisión de los términos bajo los cuales operaría la habilitación arbitral, la cláusula vigésima cuarta del contrato era inexistente por carecer de objeto, ya que no plasmaba la decisión clara, inequívoca y vinculante de someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Por su parte, la Corte Constitucional, al declarar la procedencia de la acción de tutela, estimó que la cláusula compromisoria era lo suficientemente clara como para concluir que la intención de los contratantes al consignar dicho pacto no se limitaba a reproducir una prerrogativa constitucional y legal que cualquier persona cuenta para resolver sus conflictos de carácter transigible – como lo es acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos – sino que en realidad aludía al deseo claro e inequívoco de dirimir las diferencias que se presentaran en la celebración y ejecución del contrato a través del arbitramento. En ese orden, la Corte consideró que sostener que la referida cláusula exigía que las partes prestaran nuevamente su consentimiento para acudir al arbitraje la reduce a la inutilidad, pugnaba con su intención de dejar de antemano, en forma expresa y por escrito, la posibilidad de someterse a un tribunal de tal naturaleza, como en efecto lo hicieron, hasta el punto se produjo un laudo arbitral. En esos términos, para la Corte la redacción de la cláusula así como el comportamiento contractual de las partes no dejaba duda de los efectos vinculantes de la cláusula en estudio.

Al descender al presente asunto, se echan de menos los elementos que la Corte Constitucional encontró en esa oportunidad. En efecto, en el *sub lite* la redacción de la cláusula tan sólo se limitó a señalar de forma genérica que las partes intentarían la intervención del referido Centro de Conciliación, Amigable Composición y Arbitramiento de la Bolsa Agropecuaria, pero sin señalar de manera clara su intención de someter las controversias a la justicia arbitral. La redacción simplemente reiteró la facultad que tienen las partes de solucionar sus controversias de forma directa. Bien podían recurrir a cualquier mecanismo de solución alternativa. Tampoco la conducta de las partes da cuenta de que la intención fue la de sustraer las controversias del juez contencioso al juez arbitral.

En esos términos, de una interpretación razonable de la cláusula aquí pactada, no se puede concluir que existía un acuerdo claro y expreso de relevar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, para habilitar a su vez la de la justicia arbitral. Así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá revocarse, para en su lugar proceder a decidir de fondo el presente asunto.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en tanto la cuantía del asunto así lo impone[[7]](#footnote-7).

1.1.3. De otro lado, el incumplimiento contractual puede demandarse a través de la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de las relaciones contractuales en estudio. Vale precisar que aunque el señor Cure Cure no suscribió los documentos de negociación, en tanto lo hizo a través de sus comisionistas, esa gestión quedó confirmada con las respectivas pólizas en las cuales figura como afianzado (fls. 31 a 41, c. ppal). Igualmente, el demandado mediante escrito del 25 de abril de 1996[[8]](#footnote-8), dirigido al Gerente General del IDEMA reconoció la obligación (fl. 75, c. ppal). Además en el acta del 27 de mayo de 1997 aceptó la deuda con el IDEMA (fl. 58, c. ppal), con todo y que ese acuerdo no fue ratificado, razón por la cual carece de fuerza vinculante para las partes, pero sus alcances probatorios frente a la obligación se mantienen, en tanto se trata de un reconocimiento voluntario[[9]](#footnote-9).

En cuanto a la aseguradora, si bien es cierto en las pólizas no aparece como beneficiario el IDEMA, lo cierto es que sí aseguraron las operaciones de trueque que aquí se demandan, suficiente para determinar la legitimación de la aludida parte demandada y al tiempo de la actora para demandarla.

**1.3. La caducidad**

De acuerdo con los documentos de negociación, la entrega de lo allí pactado debía realizarse el 30 de noviembre de 1995 (fls. 19 a 42, c .ppal). Para esa fecha, estaba vigente el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 que dispuso que la *“acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos”*.

En esas condiciones, como entre el 30 de noviembre de 1995 y la presentación de la demanda, el 23 de enero de 1998 (fl. 12, c. ppal rev.), no había transcurrido el término arriba expuesto, fuerza concluir que la acción fue presentada en tiempo[[10]](#footnote-10). Los mismos argumentos son válidos para responder a la excepción de prescripción propuesta por la aseguradora, en tanto la norma especial para la época regulaba que el término de prescripción era de 20 años[[11]](#footnote-11).

Resulta importante precisar que se suscribieron dos actas el 27 de mayo de 1997. Una, firmada por el señor Cure Cure y, otra, por el señor Ángel Abrahan Janne, en las cuales se fijó el 15 de enero de 1998 como nueva fecha para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las operaciones de trueque (fls. 58 y 59, c. ppal); sin embargo, los efectos vinculantes de esas actas quedaron condicionadas a la firma de un acta de conciliación el 19 de junio de 1997 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, sin que esa condición se cumpliera, razón por la cual se verificó la extinción de lo allí acordado. En esos términos, la fecha para computar la caducidad debe ser la consignada originalmente en los documentos en estudio, esto es, 30 de noviembre de 1995. Con todo, si se tomara el plazo de las actas, el término para presentar la demanda sería el mismo de 20 años y, por consiguiente, la decisión frente a la caducidad se mantendría igual.

**2. EXCEPCIONES**

El señor Rafael Cure Cure propuso como excepción la cosa juzgada, en tanto la actora no asistió a la conciliación del 19 de junio de 1997, razón por la cual debe declarársele el incumplimiento de esa obligación y, en consecuencia, imponerle la perención, en los términos del numeral 1 del artículo 25 del Decreto 1818 de 1998, en concordancia con el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, además de declarar la cosa juzgada, ya que el incumplimiento de esa obligación impide recurrir a otras instancias.

De entrada debe advertirse que no es aplicable a la cuestión en estudio el numeral 1 del artículo 25 del Decreto 1818 de 1998, en tanto es una norma que empezó a regir desde el día de su publicación, lo cual ocurrió el 7 de septiembre de 1998[[12]](#footnote-12), mientras que el acuerdo conciliatorio incumplido debió verificarse el 19 de junio de 1997. Además, el artículo citado no puede ser aplicable, toda vez que en esa norma se regulan los efectos de no asistir a la conciliación judicial y no de la extrajudicial, que fue la se incumplió en este evento.

La inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial tenía consecuencias disciplinarias para los funcionarios públicos implicados y de indicio grave en contra de la entidad pública dentro del respectivo proceso judicial, tal como lo establecía el artículo 64 de la Ley 23 de 1991[[13]](#footnote-13), vigente para la época de los hechos, pero no así como cosa juzgada, por lo que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

Ahora, vale aclarar que esos efectos difícilmente pueden darse en el presente asunto, toda vez que no se agotó el trámite correspondiente ante el Ministerio Público, quien era el llamado a calificar el comportamiento de las partes dentro del trámite conciliatorio.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si fueron incumplidas las operaciones de trueque contenidas en los documentos n.° 0215637 (anexo DT-76765), 0215638 (anexo DT-76766), 0215645 (anexo 76773), 0215646 (anexo DT-76774), 0215651 (anexo DT-76779), 0215652 (anexo DT-76780), 0215653 (anexo DT-76781), 0215654 (anexo DT-76782), 0215655 (anexo DT-76783), 0215656 (anexo DT-76784), 0215661 (anexo DT-76789) y 0215662 (anexo DT-76790), todas suscritas el 15 de septiembre de 1995.

**4. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

**4.1. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la parte demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido[[14]](#footnote-14).

4.1.1. El 15 de septiembre de 1995, en la rueda de negocios n.° 73 se efectuaron las siguientes operaciones de trueque, entre el IDEMA y otros comisionistas vendedores que constan en los siguientes documentos n.° 0215637 (anexo DT-76765), 0215638 (anexo DT-76766), 0215645 (anexo 76773), 0215646 (anexo DT-76774), 0215651 (anexo DT-76779), 0215652 (anexo DT-76780), 0215653 (anexo DT-76781), 0215654 (anexo DT-76782), 0215655 (anexo DT-76783), 0215656 (anexo DT-76784), 0215661 (anexo DT-76789) y 0215662 (anexo DT-76790) (fls. 19 a 42, c. ppal).

Todas las operaciones de trueque tenían como plazo de entrega el 30 de noviembre de 1995, sitio de entrega los Molinos de Magangué y, además, dentro de los cinco días siguientes al retiro del arroz paddy debía constituirse una póliza para garantizar el retiro de ese producto y el cumplimiento de la negociación. Igualmente, a través de esas operaciones el IDEMA se comprometió a entregar arroz paddy y su contraparte se obligaba a entregar arroz blanco grado 2 y arroz cáscara, en una proporción 30% y 70%, es decir que por cada tonelada de arroz paddy su contraparte debía entregar 573 kilos de los arroces referidos y si el IDEMA recibía el 100% del arroz blanco o arroz cáscara en empaque de fique por bultos de 75 kilos, por cada tonelada de arroz paddy se recibían 583 kilos de los primeros arroces.

La cantidad de kilos de arroz que debía entregar el demandado por cada operación eran las siguientes:

(i) 0215637 (anexo DT-76765), 225.000 kilos de arroz cáscara; (ii) 0215638 (anexo DT-76766), 128.925 kilos de arroz blanco; (iii) 0215645 (anexo 76773), 225.000 kilos de arroz cáscara; (iv) 0215646 (anexo DT-76774), 128.925 kilos de arroz blanco; (v) 0215651 (anexo DT-76779), 225.000 kilos de arroz cáscara; (vi) 0215652 (anexo DT-76780), 128.925 kilos de arroz blanco; (vii) 0215653 (anexo DT-76781), 170.000 kilos de arroz cáscara; (viii) 0215654 (anexo DT-76782), 97.750 kilos de arroz blanco; (ix) 0215655 (anexo DT-76783), 170.000 kilos de arroz cáscara; 0215656 (anexo DT-76784), 97.750 kilos de arroz blanco; 0215661 (anexo DT-76789), 170.000 de arroz cáscara, y 0215662 (anexo DT-76790), 97.750 kilos de arroz blanco.

4.1.2. Las pólizas expidas por Seguros del Estado para asegurar las anteriores negociaciones por cumplimiento y anticipo (lo cual significaba que se podía retirar el arroz sin contra entrega por parte del contratista, tan sólo con la garantía), en donde aparecen como afianzado el establecimiento de comercio Arrocera Baracoa, cuyo propietario es el señor Rafael Cure Cure, tal como lo manifestó en la contestación de la demanda (fl. 68, c. ppal), son las siguientes (fls. 43 a 53, c. ppal):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **PÓLIZA** | **INICIACIÓN Y VENCIMIENTO DEL AMPARO** | **MODIFICACIÓN** | **INICIACIÓN Y VENCIMIENTO DEL AMPARO** | **VALOR AMPAROS** | **OPERACIÓN Y ANEXO AMPARADA** |
| CU-1038140 | 28-sep-1995 hasta 28-ene-1996 | 153549 | 28-abr-1996 hasta 30-may-1996 | Cumplimiento $2.835.000Anticipo $56.700.000 | 0215637 (anexo DT-76765) |
| CU-1038141 | 28-sep-1995 hasta 28-ene-1996 | 153550 | 28-abr-1996 hasta 30-may-1996 | Cumplimiento $2.142.000Anticipo $42.840.000 | 0215653 (anexo DT-76781) |
| CU-1038143 | 28-sep-1995 hasta 28-ene-1996 | 153548 | 28-abr-1996 hasta 30-may-1996 | Cumplimiento $2.835.000Anticipo $56.700.000 | 0215651 (anexo DT-76779) |
| CU-1038130 | 26-sep-1995 hasta 25-ene-1996 | 153547 | 28-abr-1996 hasta 30-may-1996 | Cumplimiento $2.142.000Anticipo $42.840.000 | 0215655 (anexo DT-76783) |
| 9539931 | 20-nov-1995 hasta 20-abr-1996 | - | - | Cumplimiento $2.835.000Anticipo $56.700.000 | 0215645 (anexo DT-76773) |
| CU-1038142 | 28-sep-1995 hasta 28-ene-1996 | 153513 | 28-abr-1996 hasta 30-may-1996 | Cumplimiento $2.142.000Anticipo $42.840.000 | 0215661 (anexo DT-76789) |

4.1.3. El 25 de abril de 1996[[15]](#footnote-15), el señor Rafael Cure, en su calidad de propietario de la Arrocera Baracoa, en comunicación dirigida al Gerente General del IDEMA, informó (fl. 75, c. ppal):

*con* (sic) *el presente me permito informarle que el 27 de diciembre/95 se entregaron en Idema Magangué 32.565 kgs arroz blanco correspondiente a las operaciones de trueque que se me asignaron.*

*La entrega de arroz se suspendió por la no disponibilidad de almacenamiento en bodegas en este momento, agregándole a esto el invierno que adolecía la zona.*

*Es mi intención manifestar que reconsideren el precio de liquidación del arroz ($445 kilo), el cual estoy en capacidad de cancelarlo, pero repito teniendo en cuenta lo anotado anteriormente.*

*Además Idema Magangué posteriormente no tenía autorización de recibo, ya que el término estaba vencido, no obstante tener en ese momento capacidad de recibo.*

*Ruégole poner en consideración mi inquietud al comité de gerencia.*

4.1.4. El 30 de abril de 1997, mediante resolución n.° 220, el IDEMA declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectivas las pólizas arriba referidas, razón por la obligó a Seguros del Estado a pagar la suma de $313.551.000, equivalentes al valor asegurado (fls. 54 y 55, c. ppal). Para el efecto sostuvo:

*1. Que en rueda de negocios n.° 73 del 15 de septiembre de 1995, realizada en la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. se efectuaron las operaciones de trueque DT-76781/82, DT-76765/66, DT-76779/80, DT76789/90, DT-7673/84 y DT 76773/74 suscritas entre el IDEMA y los comisionistas FABIO GUERRERO, HUGO PEÑAFORT, MILIVOY PENJIBRAG, TORRES CORTES & CÍA. y/o su mandante ARROCERA BARACOA que consistió en el trueque de arroz paddy por arroz blanco grado 2, según negociaciones 0215637, 0215638, 0215645, 0215645, 0215646, 0215651, 0215652, 0215653, 0215654, 0215655, 0215661 y 0215662 de la Bolsa Nacional Agropecuaria.*

*2. Estas negociaciones fueron avaladas con las pólizas cuyos números y fechas de expedición aparecen a continuación: 1038141 del 28 de septiembre de 1995, 1038140 del 28 de septiembre de 1995, 1038143 con fecha de expedición del 28 de septiembre de 1995, 1038142 del 28 de septiembre de 1995, 1038130 del 26 de septiembre de 1995, 959931 del 21 de noviembre de 1995 de SEGUROS DEL ESTADO.*

*3. Se presentó incumplimiento por parte de los comisionistas FABIO GUERRERO, HUGO PEÑAFORT, MILIVOY PENJIBRAG, TORRES CORTES & CÍA. y/o su mandante ARROCERA BARACOA que, según documentos que reposan en las oficinas centrales del instituto, adeudan al IDEMA 656.625 kilos de arroz blanco grado 2.*

4.1.5. El 27 de mayo de 1997, el Gerente General del IDEMA y el señor Rafael Cure Cure, en su calidad de mandante, suscribieron un acta de compromiso sobre las operaciones n.°s 0215637 (anexo DT-76765), 0215638 (anexo DT-76766), 0215645 (anexo 76773), 0215646 (anexo DT-76774), 0215651 (anexo DT-76779) y 0215652 (anexo DT-76780), cuyo texto es el siguiente (fl. 58, c. ppal):

*Con la presencia de la Dra Victoria Rosa López Colón, Secretaria General, Dr. Alfonso Vásquez L. Subgerente Administrativos (e), Dr. Juan Manuel Sabogal S. Asesor Jurídico, Dr. David Serpa Auditor Nal (e), Dra Myriam Alba A. Profesional Especializado 301019, siendo las 11 a.m. del día 26 de mayo de 1997, se reunieron en la Gerencia General el doctor Jorge Torres Lozano Gerente General de Idema y el señor Rafael Cure Cure en su condición de mandante de las operaciones antes mencionadas, para determinar los parámetros de cumplimiento de las operaciones de trueque pendientes así:*

*El mandante reconoce la deuda al Instituto de 307.433 kilos de arroz blanco grado 2.*

*El Idema acepta el precio de $455.000 tonelada de arroz blanco grado 2 para un total de $139.881.787 los cuales se cancelarán sin generar intereses así:*

*El valor de $13.988.179 equivalente al 10% serán cancelados en efectivo a más tardar el 19 de junio de 1997.*

*El saldo de $125.893.179, será cancelado a más tardar el 15 de enero de 1998, en efectivo y/o a través de cesión de créditos de los acreedores que sean reconocidos por el Idema y ellos cedan el crédito por el valor adeudado a la firma de la presente acta.*

*El anterior compromiso y los demás detalles de la transacción se ratificarán en acta de conciliación que se suscribirá en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena el día 19 de junio de 1997 y en la cual se firmará pagaré por el saldo pendiente y se constituirá póliza que garantice el cumplimiento de este acuerdo con la participación de la aseguradora que está respaldando las operaciones de trueque que con la presente acta se liquidan y quien intervendrá en la firma del acuerdo.*

*Pasado el 15 de enero de 1998 se causarán intereses de acuerdo al artículo 235 del Código Penal.*

*Para constancia se firma la presente acta de compromiso aceptando los términos aquí pactados, a los 27 días del mes de MAYO de mil novecientos noventa y siete (1997).*

4.1.6. En la última fecha referida, 27 de mayo de 1997, el Gerente General del IDEMA y el señor Ángel Abrahan Janne, en su calidad de mandante de las operaciones de trueque, suscribieron un acta de compromiso sobre las negociaciones n.°s 0215653 (anexo DT-76781), 0215654 (anexo DT-76782), 0215655 (anexo DT-76783), 0215656 (anexo DT-76784), 0215661 (anexo DT-76789) y 0215662 (anexo DT-76790), en las mismas condiciones del acta anteriormente transcrita (fl. 59, c. ppal).

**4.2. Del análisis particular del incumplimiento imputado**

4.2.1. *Del análisis probatorio.* En el presente asunto está probado que (i) entre el IDEMA y el señor Rafael Cure Cure se celebraron doce operaciones de trueque; (ii) que todas esas operaciones tenían como plazo para su cumplimiento el 30 de noviembre de 1995; (iii) que de esas doce operaciones, seis estuvieron aseguradas por Seguros del Estado S.A., que en su orden son las n.°s: 0215637 (anexo DT-76765), 0215653 (anexo DT-76781), 0215651 (anexo DT-76779), 0215655 (anexo DT-76783), 0215645 (anexo DT-76773) y 0215661 (anexo DT-76789); (iii) que el 25 de abril de 1996, el señor Cure Cure reconoció que entregó parcialmente lo convenido en las operaciones de trueque, y adujo como justificaciones la falta de capacidad de almacenamiento en las bodegas del IDEMA y el invierno en la zona.

(iv) Merece especial atención, el hecho de que el IDEMA a través de las resoluciones n.°s 220 y 207 del 30 de abril y del 5 de noviembre de 1997, respectivamente, declarara la ocurrencia del siniestro, hiciera efectivas las pólizas que aseguraron las negociaciones y liquidara seis de las operaciones de trueque; sin embargo, la misma actora refiere que mediante la resolución n.° 341 del 23 de diciembre de 1997 revocó las anteriores resoluciones (fl. 8, c. ppal).

De lo anterior se desprende una confesión espontánea de la parte actora (artículo 194 del Código de Procedimiento Civil), la cual no está prohibida para las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo era el IDEMA para la fecha de la celebración de las negociaciones aquí en estudio[[16]](#footnote-16), aun cuando sí para otras entidades públicas, en los términos del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil. Al declarar la exequibilidad de ese artículo, la Corte Constitucional expuso[[17]](#footnote-17):

*5.2.1.2.2 El Código de Procedimiento Civil adoptado por los Decretos 1400 y 2019 de 1970 inició su vigencia el 1 de julio de 1971, tal y como lo dispuso el artículo 699 de dicho estatuto. Su expedición se produjo entonces cuando se encontraba ya en vigencia la reforma a la administración pública adoptada en los Decretos-leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976.*

*Las disposiciones adoptadas en aquel entonces contemplaron la existencia de entidades públicas no comprendidas por las expresiones nación, departamentos, distritos, municipios o establecimientos públicos. En efecto, en los artículos 6 y 8 del Decreto 1050 de 1968 se reconocía la existencia de empresas industriales y comerciales del Estado**[[18]](#footnote-18) así como de sociedades de economía mixta**[[19]](#footnote-19). Ello supone, tal y como lo advierte el Procurador General de la Nación, que no todas las entidades públicas existentes para la época de entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil se hallaban contenidas en la enunciación del artículo 199 demandado**[[20]](#footnote-20).*

*La revisión de la regulación vigente por aquel entonces permite identificar una diferencia relevante entre los organismos mencionados en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil y las dos entidades a las que aludían los referidos artículos 6 y 8 del Decreto 1050 de 1968. En efecto, estas dos entidades –empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta- a diferencia por ejemplo de los establecimientos públicos, de las superintendencias o de los ministerios, se ocupaban de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, concurriendo al mercado con* (sic) *empresas privadas y sometiéndose, por regla general, al régimen de derecho privado.*

*Esta diferenciación respecto del tipo de actividades desarrolladas, unida a otras variables como el régimen jurídico aplicable, constituyen  factores relevantes para concluir que las entidades comprendidas por el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil y aquellas excluidas del mismo no resultaban asimilables y, en esa medida, el trato diferenciado podría explicarse en función del criterio de comparación constituido por las características referidas.*

*Ahora bien, poner en duda la pertinencia del criterio de comparación propuesto por la demandante a partir del análisis de las normas vigentes al momento de expedición del Código de Procedimiento Civil no resulta suficiente. Es necesario determinar si la totalidad de entidades enunciadas en el artículo 38 de la ley 489 de 1998 y que se encuentran excluidas de lo dispuesto en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, son o no asimilables a partir del criterio de comparación propuesto previamente y que toma nota (1) de la naturaleza de las actividades desarrolladas por las entidades y su concurrencia al mercado con empresas privadas y (2) del régimen jurídico aplicable a dichas entidades.*

*A partir de la lectura del artículo 38 de la ley 489 de 1998 puede afirmarse que entre las entidades excluidas que no serían asimilables –a las enunciadas en el artículo demandado- se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas y  las sociedades de economía mixta. Se trata entonces de entidades que atendiendo su objeto, organización administrativa y presupuestal así como el  régimen jurídico que les es aplicable, ostentan rasgos particulares que las diferencian de las entidades que se encuentran comprendidas por el artículo demandado en esta oportunidad.*

*Conforme a lo anterior podría considerarse, al menos prima facie, que la exclusión se explicaría por las diferencias identificadas. No obstante que esta conclusión conduciría a sostener la improcedencia de continuar con el examen de constitucionalidad, la Corte considera pertinente exponer argumentos adicionales para fundamentar la decisión que se adoptará.*

De conformidad con lo expuesto, la Sala tendrá probada la revocatoria de las resoluciones arriba mencionadas, ante la falta de prueba documental en esa dirección en el expediente. Además, las demandadas tampoco se opusieron ni probaron en contrario.

(v) También está probado que el 27 de mayo de 1997, los señores Cure Cure y Ángel Abrahan Janne suscribieron dos actas de compromiso sobre las doce operaciones de trueque. En cada una de esas actas, los referidos señores reconocieron la deuda para con el IDEMA por un valor de $139.881.787, para un total de $279.963.574.

En este punto, la Sala debe aclarar que aunque las anteriores actas de compromiso quedaron condicionadas a su ratificación, ya esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar los alcances de esa condición, en un asunto donde también se discutían unas operaciones de trueque y se extendieron unas actas similares a las aquí analizadas. En efecto, en esa oportunidad, con argumentaciones que ahora se comparten, la Corporación sostuvo[[21]](#footnote-21):

*Para la Sala, el a quo acertó al declarar el incumplimiento del contrato, a cargo del señor John David Isaac Cure, porque en el documento denominado Acta de Compromiso, suscrito por él con el IDEMA, afirma que “El mandante reconoce la deuda al Instituto de 276.684 kilos de arroz blanco grado 2” y que “el IDEMA acepta el precio de $455.000 tonelada de arroz blanco grado 2 para un total de $125’891.220...”*

*El anterior reconocimiento es prueba suficiente de que la deuda existe, y que asciende al monto valorado por las propias partes, además de que coincide con el valor solicitado en la pretensión segunda de la demanda –fl. 11, Cdno. 1-. En este sentido, no es necesario, como lo sugiere el Ministerio Público, que el incumplimiento y su valor sea probado con la copia de los demás documentos donde constan las operaciones de trueque realizados en la Bolsa, pues por esta otra vía –la suscripción del “Acta de Acuerdo”- es posible lograr la certeza del valor adeudado al IDEMA.*

*Esta conclusión no se contrapone con el hecho de que la mencionada Acta quedó sujeta, para su eficacia, a una condición: que se ratificara el compromiso allí adquirido –pagar la deuda- en una conciliación que se debía llevar a cabo en la Cámara de Comercio de Cartagena, el 19 de junio de 1997, compromiso que no se cumplió, pues no se adelantó la diligencia.*

*No obstante, el hecho de no haberse realizado este trámite tiene varios efectos: i) uno de ellos, la falta de obligatoriedad del acuerdo logrado administrativamente, lo que explica por qué, en lugar de adelantar un proceso ejecutivo, se tuvo que tramitar éste de conocimiento; ii) el otro, que lo acordado es prueba suficiente de la existencia de la obligación del señor John David Isaac Cure de pagar al IDEMA el arroz blanco grado 2. Por tanto, el hecho de no haber celebrado la audiencia de conciliación pudo restarle efectos jurídicos, de carácter ejecutorio, a lo acordado; pero no probatorios, en este proceso, a la manifestación clara y espontánea de voluntad de las partes del negocio.*

*Por las anteriores razones resulta acertada la decisión del a quo, al condenar al demandado a pagar el valor acordado como precio de los 276.684 kilos de arroz blanco.*

En ese orden, toda vez que la manifestación voluntaria del demandado no pierde fuerza probatoria, es claro que prueba la existencia de la obligación y el monto de la misma; sin embargo, el acta de compromiso suscrita por Ángel Abrahan Janne no puede vincular la responsabilidad contractual del señor Cure Cure, en tanto en esa acta sólo se lo identificó como mandante de las operaciones de trueque, cuando está probado que quien actuó en esa calidad fue el aquí demandado, quien en la contestación de la demanda desconoció cualquier vínculo con el referido señor y señaló que la actora debía reclamarle a este directamente. En esos términos, la referida acta carece de la suficiente fuerza probatoria para establecer si se trataba de un documento que proviniera del deudor o de su mandatario, razón por la cual habrá que desestimarla.

No ocurre lo mismo frente a la primera acta, en tanto en línea con lo sostenido por esta Corporación en otro asunto similar, se trata de una declaración voluntaria con plenos efectos probatorios, en tanto proviene del deudor, sin que de las mismas, dada la condición que no fue satisfecha, pudieran considerarse como títulos ejecutivos, ante la falta de claridad y exigibilidad de ese documento, aun cuando, se reitera conserva plenos efectos vinculantes para la demostración de la obligación y su monto.

4.2.2. *De los argumentos de las partes.* El IDEMA pretende que se declare el incumplimiento de las conocidas operaciones de trueque por parte del señor Cure Cure, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Arrocera Baracoa, y de Seguros del Estado, como garante. Sostiene que ante la imposibilidad de ejercer sus poderes unilaterales se vio compelida a acudir al juez del contrato.

Por su parte, el señor Cure Cure señaló que la entrega del producto no se efectuó debido a las demoras del IDEMA en el cumplimiento de sus contraprestaciones, en tanto no entregó el producto y se negó injustificadamente a recibirlo, para lo cual adujo falta de disponibilidad de almacenamiento, cuando siempre tuvo la suficiente. Igualmente, sostuvo que la falta de ánimo conciliatorio determinó que la cuestión en el presente asunto fuera cosa juzgada. Adujo la solidaridad del señor Abraham Janne y, por lo tanto, la obligación del IDEMA de cobrarle a este último.

La aseguradora estimó que el IDEMA debió declarar la caducidad del contrato, en tanto así se lo impone el ordenamiento jurídico y es el presupuesto necesario de la ocurrencia del siniestro; sostuvo que tampoco se demostró la cuantificación del incumplimiento; las coberturas de las pólizas sólo garantizaban el retiro del arroz por parte del contratista, y la inoponibilidad de los acuerdos posteriores a las operaciones del trueque.

De entrada debe señalarse que no se probaron las exculpaciones alegadas por el contratista, como lo son la demora en la entrega del arroz por parte del IDEMA, ni tampoco su negativa injustificada de recibirlo. Se tratan de simples aseveraciones del demandado que carecen de un respaldo diferente a su propio dicho, cuando lo cierto es que aceptó la deuda y el monto de la misma, sin que hubiera puesto de presente los alegados incumplimientos. Frente a los argumentos de la cosa juzgada, la Sala remite a lo expuesto al resolver esa excepción. Por último, vale reiterar que el acta de compromiso suscrita por Ángel Abraham Janne no produce efectos vinculantes frente al demandado, en tanto no fue quien se comprometió dentro de las operaciones de trueque, como ya quedó explicado.

Respecto de los argumentos de defensa de la aseguradora debe señalarse que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, de aceptarse que es aplicable al presente asunto, no impone la declaratoria de caducidad como presupuesto para demandar el incumplimiento, antes por el contrario le permite a la entidad estatal que de encontrarse configurados los supuestos para caducar el contrato, se pueda abstener de declararla, siempre y cuando adopte las medidas correctivas del caso; además, la cuantificación del incumplimiento quedó demostrada cómo se verá en el acápite subsiguiente.

4.2.3. *La cuantificación de los perjuicios.* De lo hasta aquí analizado se puede concluir que el señor Cure Cure incumplió las consabidas operaciones de trueque, así como el monto de ese incumplimiento, al menos en lo reconocido en unas de las actas de compromiso, en particular, la suscrita por él, en la suma de $139.881.787. Esa suma se actualizará desde mayo de 1997, cuando se reconoció deber esa cifra, hasta la fecha de la presente providencia, así:

$139.881.787 x 132.70 (IPC final, oct. 2016) = $444.393.419.oo.

 41.77 (IPC inicial, may. 1997)

El valor que debe pagar el señor Cure Cure al IDEMA es la suma de $444.393.419.oo, sin perjuicio de lo que deba descontarse de las pólizas.

En esa dirección, respecto de la responsabilidad de Seguros del Estado S.A., está probado el incumplimiento, su monto y que este ocurrió durante el período de cobertura de las pólizas (para el efecto, es suficiente con remitir al cuadro insertado en el numeral 4.1.2 de esta providencia). Además, esos documentos amparaban el retiro del arroz por parte del contratista, a título anticipo (lo cual significaba que se podía retirar el arroz sin contra entrega por parte del contratista, tan sólo con la garantía), así como el incumplimiento, lo que deja entrever que se cubrió toda la operación y no simplemente el retiro del producto, como lo sostuvo la aseguradora.

En otras palabras, el anticipo del que aquí se trata no es una entrega de dinero como comúnmente ocurre, sino la entrega del producto por anticipado al contratista. En ese orden, como lo que aquí se reclama es la no entrega del arroz que se obligó el contratista, así como el valor del arroz entregado por el IDEMA, a título de anticipo, que no tuvo su contraprestación, que es en últimas el objeto de la operación, debe concluirse que es posible extender las coberturas de anticipo y cumplimiento a la operación de trueque en su integridad.

Ahora, el hecho de que el acta de compromiso del 27 de mayo de 1997, suscrita por el señor Cure Cure, incorpore como incumplidas de forma genérica las operaciones de trueque (i) 0215637 (anexo DT-76765), (ii) 0215638 (anexo DT-76766), (iii) 0215645 (anexo 76773), (iv) 0215646 (anexo DT-76774), (v) 0215651 (anexo DT-76779) y (vi) 0215652 (anexo DT-76780), es decir, sin especificar el porcentaje de incumplimiento para cada una de ellas, y que sólo estén aseguradas las operaciones (i), (iii) y (v) referidas, no impide la condena en contra de la asegurada, en tanto es claro que el hecho constitutivo del siniestro ocurrió dentro del correspondiente amparo.

Además, tampoco es necesario que para la aseguradora debiera intervenir en ese reconocimiento, en tanto son las partes las que definen el alcance de sus obligaciones. De lo contrario, supondría, por ejemplo, que en todo el trámite de liquidación del contrato fuera necesaria la citación de la aseguradora, lo cual no ocurre así, teniendo en cuenta que no es parte dentro del contrato, sino que simplemente lo asegura. Igualmente, es este el escenario natural donde se discuten todas esas particularidades y se define el alcance obligacional de la partes y de la garante, esto último para este caso en particular.

Ahora, para determinar el monto que le corresponde asumir a cada póliza, la Sala dividirá el valor total de lo reconocido como adeudado, $139.881.787, por las seis operaciones incumplidas, lo cual arroja la suma de $23.313.631, por cada operación, sin que ese monto desborde el valor asegurado, claro está, sumado el amparo de cumplimiento y anticipo. En consecuencia, como las operaciones de trueque garantizadas solo fueron tres de las seis incumplidas, el valor por el cual debe responder la aseguradora será la suma de $69.940.893, la que a su vez se actualizará desde mayo de 1997, cuando se reconoció deberla, hasta la fecha de la presente providencia, así:

$69.940.893 x 132.70 (IPC final, oct. 2016) = $222.196.708.oo.

 41.77 (IPC inicial, may. 1997)

La suma que deberá pagar Seguros del Estado al IDEMA serán $222.196.708. Esta última, deberá descontarse de lo que debe pagar el señor Cure Cure.

En resumen, el incumplimiento por las operaciones de trueque (i) 0215637 (anexo DT-76765), (ii) 0215638 (anexo DT-76766), (iii) 0215645 (anexo 76773), (iv) 0215646 (anexo DT-76774), (v) 0215651 (anexo DT-76779) y (vi) 0215652 (anexo DT-76780) equivale a la suma de $444.393.419. De esa suma, el señor Cure Cure pagará la cantidad de $222.196.711.oo. La aseguradora pagará el saldo restante $222.196.708. Esas condenas se harán a favor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su condición de sucesor procesal del IDEMA.

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

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

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 23 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en los términos expuestos en esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, en los términos de esta sentencia

**TERCERO: DECLARAR** el incumplimiento por parte del señor Rafael Cure Curte de las operaciones de trueque suscritas con el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, contenidas en los siguientes documentos (i) 0215637 (anexo DT-76765), (ii) 0215638 (anexo DT-76766), (iii) 0215645 (anexo 76773), (iv) 0215646 (anexo DT-76774), (v) 0215651 (anexo DT-76779) y (vi) 0215652 (anexo DT-76780), en los términos de esta sentencia.

**CUARTO: CONDENAR** al señor Rafael Cure Cure a pagar a la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su calidad de sucesor procesal del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, la suma de doscientos veintidós millones ciento noventa y seis mil setecientos once pesos ($222.196.711), moneda corriente.

**QUINTO: DECLARAR** la ocurrencia del siniestro amparado por las pólizas CU-1038140, CU-1038143 y 9539931 expedidas por Seguros del Estado S.A., en los términos de esta sentencia.

**SEXTO: CONDENAR** a Seguros del Estado S.A. a pagar a la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su calidad de sucesor procesal del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, la suma de doscientos veintidós millones ciento noventa y seis mil setecientos ocho pesos $222.196.708), moneda corriente.

**SÉPTIMO:** Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 115 *ejusdem*.

**OCTAVO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**NOVENO: SIN COSTAS**, toda vez que no están probadas.

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

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrado Magistrado

1. La demanda se presentó originalmente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que la remitió al Tribunal Administrativo de Bolívar, en tanto fue en su jurisdicción territorial que se ejecutó el contrato en estudio (fls. 15 y 16, c. ppal). El 20 de agosto de 1998, el último Tribunal en mención admitió la demanda (fls. 64 y 65, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. El recurso se interpuso el 9 de diciembre de 2008 (fl. 160, c. ppal, 2ª instancia). [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 1 del Decreto 2136 de 1992, por medio del cual se reestructuró el IDEMA, dispuso que *“continuará organizado como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculado al Ministerio de Agricultura y tendrá como sede la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C.”*.   [↑](#footnote-ref-3)
4. En efecto, la Sección ha sostenido: *“Por manera que si la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la Nación es una entidad pública”.* En: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, exp. 19.526, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia T-511 del 30 de junio de 2011, exp. T-2958222, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 36.537, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. La pretensión mayor de la demanda es por $313.551.000, que corresponde al valor del arroz que no fue entregado por el señor Cure Cure, lo que pone en evidencia la vocación de doble instancia del presente asunto.

 [↑](#footnote-ref-7)
8. El documento tiene recibido a mano alzada en el texto de quien se identifica como Jorge Tamara, quien es la misma persona a la que va dirigida la comunicación (fl. 75, c. ppal). [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de marzo de 2007, exp. 29.102, M.P. Alier Hernández Enríquez. En esa ocasión, se analizaron otras operaciones de trueque similares a las aquí demandadas, suscritas con otro contratista, para concluir sobre unas actas suscritas en las mismas condiciones, lo siguiente: “*No obstante, el hecho de no haberse realizado este trámite* [se refiere al trámite de conciliación] *tiene varios efectos: i) uno de ellos, la falta de obligatoriedad del acuerdo logrado administrativamente, lo que explica por qué, en lugar de adelantar un proceso ejecutivo, se tuvo que tramitar éste de conocimiento; ii) el otro, que lo acordado es prueba suficiente de la existencia de la obligación del señor John David Isaac Cure de pagar al IDEMA el arroz blanco grado 2. Por tanto, el hecho de no haber celebrado la audiencia de conciliación pudo restarle efectos jurídicos, de carácter ejecutorio, a lo acordado; pero no probatorios, en este proceso, a la manifestación clara y espontánea de voluntad de las partes del negocio”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de marzo de 2007, exp. 29.102, M.P. Alier Hernández Enríquez. En esa oportunidad, se analizaron otras operaciones de trueque similares a las aquí demandadas, suscritas con otro contratista, para concluir: *“Acorde con lo anterior, y ratificando lo expresado por el a quo, la disposición aplicable al caso concreto resulta ser el artículo 55 de la ley 80 de 1993, es decir, la norma que estuvo vigente tanto al momento de la celebración de las operaciones de trueque -15 de septiembre de 1995- como al momento de la presentación de la demanda -23 de enero de 1998-. Por tanto, el término de caducidad de la acción era de 20 años, más aún cuando para la época en que se presentó la demanda no había entrado en vigencia la ley 446 de 1998”*. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de febrero de 2009, exp. 24.609, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En ese oportunidad, precisó: *“En este orden de ideas, así como la declaratoria de caducidad administrativa, constitutiva del siniestro está sujeta a la normatividad que regula la vía gubernativa de los actos administrativos por disposición de la ley y por razón del interés jurídico asegurado, también la forma de reclamar en juicio los derechos derivados de estos contratos se sujeta a las normas procesales que se han establecido para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dada la naturaleza especial que rige esta clase de contratos y la competencia de la misma para conocer de las acciones derivadas de aquellos tal como lo reiteró la Sala en providencia del pasado 30 de enero, mediante la cual se analizaron las características especiales de los contratos de seguro que sirven para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, algunas de las que se han mencionado ya en esta providencia, reflexiones que sirvieron para confirmar que los conflictos derivados de esos vínculos contractuales deben conocerse por esta Jurisdicción. // Siendo ello así, resulta necesario concluir que los términos de caducidad de las acciones judicial* (sic) *que se apliquen a los contratos de seguro cuyo conocimiento corresponde a esta Jurisdicción serán los previstos en las normas procesales que rigen dichos procedimientos”.*  [↑](#footnote-ref-11)
12. El citado decreto fue publicado en el Diario Oficial 43380 del 7 de Septiembre de 1998. [↑](#footnote-ref-12)
13. Esta norma prescribía (fue m[odificada por el artículo 74 de la Ley 446 de 1998](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992#1)): *“Cuando los representantes de las entidades públicas no concurran a la Audiencia de Conciliación, se abstengan durante ella de presentar propuestas de solución, se nieguen a discutir las formuladas o asuman actitud de rechazo a las posibilidades de acuerdo legítimo, conductas todas que calificará el Fiscal, su actitud constituirá falta disciplinaria de mala conducta y será apreciada en el proceso judicial, si hay lugar al mismo, como indicio grave en contra de la entidad que representan. // Si quien no compareciere, o compareciendo asumiere conductas como las señaladas en el inciso anterior, es el particular, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión enumerados por la entidad pública, y la actitud mencionada se tendrá además como indicio grave en contra del particular”*. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. El documento tiene recibido a mano alzada en el texto de quien se identifica como Jorge Tamara, quien es la misma persona a la que va dirigida la comunicación (fl. 75, c. ppal). [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo 1 del Decreto 2136 de 1992, por medio del cual se reestructuró el IDEMA, dispuso que *“continuará organizado como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculado al Ministerio de Agricultura y tendrá como sede la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C.”*.   [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional, sentencia C-632 del 15 de agosto de 2012, exp. D-8897, M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cita original: Conforme al artículo 6 del Decreto 1050 de 1968 este tipo de entidades eran *“organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica (...) b) Autonomía administrativa (...) y c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial”*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita original: El artículo 8 del Decreto 1050 de 1968 disponía que tal clase de sociedades eran “*organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Cita original: Es importante señalar que en los niveles departamental y municipal también se preveía la existencia de empresas industriales y comerciales del estado así como sociedades de economía mixta. Ello se constata en algunas de las disposiciones contenidas en el Decreto 1222 de 1986 y en el Decreto 1333 del mismo año.   [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de marzo de 2007, exp. 29.102, M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-21)