

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Aplicación – Criterio orgánico

En cuanto al régimen jurídico del negocio es preciso destacar que, aunque el específico tipo contractual pactado, el procedimiento de selección del usuario – operador y algunas particularidades de la ejecución de este tipo de negocio quedaron reguladas de manera expresa en el Decreto 2480 de 13 de diciembre de 1993 (artículos 4 al 10), dichas normas especiales no desdichan de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública al presente caso.

Téngase en cuenta que, en los términos del artículo 1 de la Ley 80 de 1993, esta rige los contratos de las entidades estatales, entre las cuales el artículo 2 ibidem enlista a la Nación; de este modo, por razón en aplicación del criterio orgánico que adoptó la ley que se cita para identificar su ámbito de aplicación y en atención a la naturaleza de la entidad contratante, el Estatuto General de Contratación Pública es aplicable al negocio, sin perjuicio de las normas especiales contenidas en el Decreto Reglamentario antes referido, así como de las estipulaciones expresas acordadas entre las partes, las cuales se aplican de forma preferente siempre que no contraríen las normas imperativas que regulan la contratación de las entidades del Estado.

[...] En ese contexto, sin perjuicio de las reglas especiales y específicas reglamentarias aplicables a la selección del usuario operador de zonas francas, los contratos suscritos por la Nación en vigencia de la Ley 80 de 1993 para tal efecto se rigen por las normas de dicho estatuto, toda vez que dichas normas reglamentarias distan de contener un régimen especial e integral de contratación, no existe norma expresa que excluya esta tipología contractual específica de la regulación general aplicable a las entidades del Estado ni la Ley 80 de 1993 podía ser objeto de derogación o reforma por normas de inferior jerarquía como lo son los decretos reglamentarios antes referidos, se reitera, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar las disposiciones especiales en ellas contenidas en tanto no sean incompatibles con el Estatuto General de Contratación Pública.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL -Debido proceso – Imposición sanciones – Derecho de contradicción

El artículo 29 de la Constitución garantiza que el debido proceso es aplicable a todas las actuaciones administrativas, por lo cual, aunque para la época de expedición de estas resoluciones no existía el procedimiento preestablecido para efecto de la declaración de incumplimiento del contrato dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la imposición de sanciones como las derivadas del incumplimiento contractual no pueden imponerse de plano porque sí estaba previsto en el ordenamiento un procedimiento general aplicable a todos aquellos asuntos no regulados expresamente por normas especiales.

Las normas de la Parte Primera del derogado Decreto-ley 01 de 1984 (vigente en la época de los hechos), son aplicables a todo procedimiento administrativo

no regulado por normas especiales, según se advierte en forma inequívoca en la redacción del artículo 1 del CCA [...]

En ese contexto, aún en ausencia de regulación especial, toda actuación administrativa iniciada de oficio, aún en material contractual, debe decidirse mediante decisión motivada, previa oportunidad del interesado para pronunciarse sobre los hechos que la originan y habiendo otorgado la oportunidad para solicitar pruebas y/o controvertir las que se aducen en su contra, so pena de transgredir el derecho de contradicción y defensa del afectado.

El derecho de contradicción hace parte del núcleo de la garantía fundamental del debido proceso, por lo cual, el derecho de la decisión previa de la administración está limitado por la necesidad de dar a conocer al interesado las razones por las cuales se adelanta un procedimiento administrativo, *"por sumario que este sea"* en su contra, con la finalidad de que pueda defenderse antes de ser resuelta una situación jurídica concreta que cree, modifique o extinga sus derechos.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Derecho de contradicción

Por su parte, el Consejo de Estado también ha sostenido la necesidad de garantizar el debido proceso mediante la posibilidad del ejercicio del derecho de contradicción y defensa en los procedimientos contractuales, lo cual se traduce en la inadmisibilidad de imposición de sanciones de plano; además, que la ausencia de un procedimiento especial para imponer sanciones contractuales se debe llenar con las normas generales de procedimiento previstas en el CCA y, ahora, en el CPACA [...]

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Competencia para declarar el incumplimiento

En efecto, la Ley 80 de 1993 no otorgó competencia a las entidades públicas para declarar el incumplimiento contractual y, por el contrario, la eliminó, toda vez que, derogó en su integridad el Decreto-ley 222 de 1983 que facultaba a las entidades para hacerlo; el caso objeto de estudio se analiza entonces de cara a las disposiciones legales vigentes para la época de celebración del contrato (13 de agosto de 2004) que son las llamadas a regir la relación contractual, lo cual pone en evidencia la no aplicación de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 al presente asunto.

En esa perspectiva, como ya lo ha precisado esta Sala en recientes pronunciamientos, a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993 y hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007, desapareció del ordenamiento jurídico la competencia para que la administración declarara mediante acto administrativo el incumplimiento de los contratos estatales.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Liquidación unilateral – Oportunidad

A juicio de la Sala, la administración sí tenía competencia para liquidar el contrato por fuera de los plazos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, pues, según la reiterada jurisprudencia de la Sala, dicha facultad unilateral puede ejercerse siempre que no haya operado la caducidad para acudir a la jurisdicción en procura de las pretensiones derivadas del contrato; en este caso, la terminación unilateral que se anula quedó en firme el 28 de febrero de 2003, por lo cual, a partir de ese momento se contabilizaban los respectivos plazos de cuatro (4) y dos (2) meses para la liquidación y, vencidos estos, el término para accionar, el cual vencía, en consecuencia, el 3 de septiembre de 2005, por ende, no operó la falta de competencia temporal para liquidar el contrato (ni la caducidad del medio de control porque, liquidado el contrato en dicho término, las pretensiones podían formularse dentro de los dos (2) años siguientes a la liquidación y, en todo caso, el acto ficto podía demandarse en cualquier tiempo).

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Concepto – No tasación de perjuicios de oficio

La liquidación del contrato corresponde a un cruce de cuentas de la ejecución del contrato con el fin de determinar quién debe a quién, por qué y cuánto, no obstante, la posibilidad de ejercer dicho corte de cuentas no faculta a la administración para tasar el valor de los perjuicios que considera haber sufrido pues no existe regla alguna en el ordenamiento jurídico aplicable que habilite dicha competencia ni fue conferida por la contraparte del contrato; en efecto, si la entidad demandada consideraba que el incumplimiento contractual del contratista le irrogó perjuicios debió acudir en procura de su fijación por parte del juez del contrato a través del medio de control de controversias contractuales, pero, carecía de competencia para tasarlos unilateralmente y, menos aún, sin audiencia de los afectados; por lo tanto, la liquidación unilateral del contrato es nula.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente:	47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158)
Acumulados:	47001-23-31-002-2004-00331-00 47001-23-31-002-2005-01387-00 47001-23-31-002-2004-00225-00 47001-23-31-002-2005-00706-00
Actores:	SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE SANTA MARTA EN LIQUIDACIÓN SOFRASA SA Y COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS SA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO¹
Medio de control:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto:	NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Síntesis del caso: la controversia se originó en relación con la ejecución de un contrato de arrendamiento y operación de las instalaciones de la zona franca de Santa Marta a la sociedad Sofrasa SA en cuyo desarrollo la entidad contratante declaró el incumplimiento del contratista porque no ejecutó cabalmente el plan de inversión ofertado, lo terminó y liquidó unilateralmente; se acumularon los siguientes cinco procesos en los cuales la contratista arrendataria Sofrasa SA pretende (i) la declaración de nulidad del acto administrativo por medio del cual el ministerio demandado declaró el incumplimiento parcial del contrato de arrendamiento de terrenos e instalaciones para la operación de la zona franca del Distrito de Santa Marta e hizo efectiva la cláusula penal, la declaración de incumplimiento del contrato por parte del ministerio demandado y el restablecimiento del equilibrio económico; (ii) la nulidad de los actos que declararon su incumplimiento definitivo, terminaron unilateralmente el contrato e hicieron efectiva la cláusula penal por un valor superior al inicialmente y, (iii) la nulidad de la liquidación unilateral del contrato y la liquidación judicial del negocio; por su parte, Agrícola de Seguros SA en calidad de aseguradora del contrato pretende (iv) la nulidad de la declaración de incumplimiento del contrato y cancelación del permiso de funcionamiento de la sociedad contratista y, (v) la nulidad del acta de liquidación unilateral del mismo contrato y que se liquide judicialmente el negocio; los cinco asuntos fueron acumulados en primera instancia y se negaron las pretensiones de todos ellos mediante la sentencia objeto del recurso. Se resuelven los recursos de apelación del contratista y de la aseguradora en contra de la decisión de primera instancia.

¹ Se precisa que durante el proceso se hizo referencia a las distintas denominaciones que ha tenido la referida cartera en los correspondientes momentos en los cuales realizó las actuaciones objeto de control.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las sociedades demandantes en contra de la sentencia de 2 de noviembre de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de las cinco (5) demandas acumuladas.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

1) Mediante escrito presentado el 23 de julio de 1999 (fl. 46 cdno. 1), la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios (Sofrasa SA) promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de la Nación – Ministerio de Comercio Exterior (expediente número 47001-23-31-000-1999-00778-01, fls. 14 – 14 cdno 1) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“1.1. PRETENSIONES PRINCIPALES

1.1.1 Se declare la nulidad de la resolución número 1004 del 26 de octubre de 1998, proferida por la Ministra de Comercio Exterior, mediante la cual se declara el incumplimiento parcial de la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE SANTA MARTA S.A – SOFRASA S.A. con respecto a las obligaciones contraídas en el contrato de arrendamiento celebrado el 4 de agosto de 1994, y se hacen efectivas a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula décima séptima del contrato de arrendamiento, por una suma equivalente al 10% de la suma que el Ministerio erradamente estimó como valor inicial del mismo, es decir CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$493.082.200), y la póliza de cumplimiento número 0210196794 expedida por la Compañía La Previsora S.A.

1.1.2 Se declare nulidad (sic) de la resolución número 0027 del 13 de enero de 1999, proferida por la Ministra de Comercio Exterior, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución determinada en pretensión anterior, se modifica el monto de la cláusula penal que se hace efectiva y se confirma en todas las demás partes la providencia recurrida.

1.1.3 Se declare que la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR incumplió el contrato estatal de arrendamiento celebrado con SOFRASA S.A., el día 4 de agosto de 1994 al no acceder a adaptar, ajustar y recalcular el plan de inversiones, tal como fue acordado en dicho contrato.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
 Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
 Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

1.1.4 Se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR a indemnizar los perjuicios ocasionados y los que se ocasionen a la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE SANTA MARTA S.A. – SOFRASA S.A. con los actos administrativos cuya nulidad se demanda y con el incumplimiento del contrato de que trata la pretensión anterior en su aspectos de daño emergente y lucro cesante, tanto los materiales como los sufridos en el ‘good will’ o buen nombre empresarial de mi poderdante.

Los perjuicios serán los que se demuestren en el proceso o se determinen de acuerdo con lo señalado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, y sus valores serán actualizados y devengarán intereses conforme a lo establecido en los artículos 178 y 177 del mismo código.

1.1.5 Se declare, como consecuencia del incumplimiento de la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR de que trata la pretensión 1.1.3, el rompimiento del equilibrio económico del contrato y se disponga su restablecimiento mediante la modificación del plan de inversión inicial, en los términos señalados por SOFRASA S.A. en sus propuestas del 12 de noviembre de 1997 con sus ajustes, 30 de junio y 30 de septiembre de 1998, que acogieron las condiciones establecidas por el Ministerio para efectuar el replanteamiento de dicho plan, y con las cuales se mantiene el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.

1.1.6 Se condene en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR.

1.1.7 Se declare la nulidad del oficio de 18 de mayo de 1999 suscrito por la Secretaria General del Ministerio de Comercio Exterior, mediante el cual se solicita a Sofrasa SA reponer el valor de la garantía de cumplimiento expedida por la Previsora S.A.

1.1.8 Se declare la nulidad del oficio de 27 de octubre de 1999, suscrito por el director para el desarrollo del intercambio del Ministerio de Comercio Exterior, mediante el cual se solicita a SOFRASA S.A. la ampliación de las pólizas constituidas por esta empresa.

1.1.9 Se declare la nulidad del oficio de 18 de enero del 2000, suscrito por la Subdirectora de Instrumentos de Promoción y Apoyo al Comercio Exterior, del Ministerio de Comercio Exterior.

1.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1.2.1 Se reduzca el monto de la multa impuesta en las resoluciones impugnadas de la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VENTE PESOS (\$295.849.320) a la suma de CIENTO NUEVE MILLONES QUINIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$109.509.563).

1.2.2 Se condene en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR.” (fls. 14 – 14 cdno 1 – mayúsculas fijas del original).

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

2) El 1 de abril de 2004 (fl. 18 cdno. 1), la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA - En Liquidación presentó demanda dirigida a obtener lo siguiente (expediente 47001-23-31-003-2004-00331-00, fls. 4 – 5 y 142 – 143 cdno. 1):

“PRETENSIONES PRINCIPALES

Primera. Se declare que la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo incumplió, por causas imputables a ella, el contrato estatal de arrendamiento celebrado con la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA – Sofrasa SA en agosto de 1994.

Segunda: Se declare terminado, por incumplimiento imputable a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el contrato estatal de arrendamiento celebrado con Sofrasa SA en agosto de 1994.

Tercera: Como consecuencia, se condene a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a pagar a la Sociedad Operadora zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA en Liquidación Sofrasa SA en liquidación, los perjuicios ocasionados a esta en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, tanto los materiales como los sufridos en el ‘good will’ o buen nombre empresarial de mi poderdante.

Cuarta. Se declare la nulidad de la Resolución 1147 del 5 de agosto de 2002, proferida por el MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR, mediante la cual se declaró terminado unilateralmente el contrato estatal de arrendamiento celebrado con Sofrasa SA en agosto de 1994 y se tomaron otras determinaciones.

Quinta. Se declare la nulidad de la resolución número 296 de 28 de febrero de 2003, proferida por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, mediante la cual se confirmó en su integridad la resolución 1147 de 5 de agosto de 2002.

Sexta. Se liquide el contrato (...) y se incluyan en dicha liquidación los factores y sumas que se determinan en los capítulos de esta demanda denominados ‘liquidación del contrato y perjuicios’.

Séptima. Se disponga la actualización monetaria de las sumas que resulten a favor de Sofrasa SA (...).

Octava. Se condene en costas a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo” (fls. 4 – 5 y 142 – 143 cdno. 1 – mayúsculas sostenidas originales).

3) El 21 de abril de 2005 Sofrasa SA demandó la nulidad de la liquidación unilateral del contrato (expediente 47001-23-31-000-2005-00706-00), en los siguientes términos:

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
 Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
 Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

“Primera. Se declare la nulidad de la resolución número 1413 de 7 de julio de 2004 (...) mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato estatal de arrendamiento celebrado entre la Nación Ministerio de Comercio Exterior y la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA ‘Sofrasa SA’ en agosto de 1994.

Segunda. Se declare la nulidad de la resolución 2148 de 1 de octubre de 2004 (...) mediante la cual se adicionó la resolución 1413 de que trata la pretensión anterior.

Tercera. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual se entiende negado, por no haber sido resuelto dentro de los términos legales, el recurso de reposición interpuesto oportunamente por Sofrasa el día 21 de septiembre de 2004 contra la Resolución 1413 (...).

Cuarta. Se declare la liquidación del contrato (...).

Quinta. Las otras declaraciones y condenas a las que haya lugar relacionadas con las anteriores.

Sexta. Se condene en costas a la Nación Ministerio de Comercio, Industria y Turismo”.

4) El 8 de agosto de 2003 (fl. 12 cdno. 1), la Compañía Agrícola de Seguros SA presentó demanda en contra de la Nación – Ministerio de Industria y Comercio con las siguientes súplicas (expediente 47-001-23-31-001-2004-00225-00, fls. 3 – 4 cdno. 1):

“1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 0296 y 0297 del 28 de febrero de 2003, expedidas por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, por las cuales se resolvieron los recursos de reposición interpuestos confirmando la decisión adoptada en la Resolución no. 1147 del 5 de agosto de 2002, proferida por la misma entidad.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución 1147 del 5 de agosto de 2002, expedida por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO por la cual se ‘declararon unos incumplimientos y se canceló el permiso de funcionamiento a la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA Sofrasa SA’ y se adoptan otras determinaciones.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho de mi representada se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO a título de restablecimiento del derecho a pagar a la Compañía Agrícola de Seguros SA, los perjuicios que resulten probados en el proceso.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

4. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO a cancelar las costas y agencias en derecho en que hubo de incurrir la compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS SA.

5. Que para efectos de la ejecutoria de la sentencia se apliquen los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.” (fls. 3 – 4 cdno. 1 - mayúsculas fijas del original).

5) El 2 de noviembre de 2005 (fl. 1 cdno ppal), la Compañía Agrícola de Seguros SA presentó demanda en contra de la Nación – Ministerio de Industria y Comercio con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (expediente 47001-23-31-002-2005-01387-00, fls. 2-3 cdno. 1 acumulado):

“PRETENSIONES

PRIMERA. Se declare la nulidad de la Resolución Administrativa no. 1413 del 7 de julio de 2004, por medio de la cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento estatal para la operación de la zona franca industrial de bienes y servicios de la ciudad de Santa Marta, suscrito el 4 de agosto de 1994 entre la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS SANTA MARTA S.A. SOFRASA SA hoy en liquidación y el MINISTERIO DE EXTERIOR.

SEGUNDA. Se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 2148 de 1 de octubre de 2004, mediante la cual se adicionó la Resolución Administrativa No. 1413 del 7 de julio de 2004.

TERCERA. Se declare la nulidad del acto presunto por el que se entiende negado el recurso de reposición interpuesto en forma oportuna por la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS, contra la Resolución Administrativa No. 2148 de 1 de octubre de 2004.

CUARTA. Se liquide por el juez del contrato, el contrato de arrendamiento estatal (...).

QUINTA. Que como consecuencia de las anteriores, se declare que la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. no está obligada a pagar cantidad alguna de dinero con cargo a la póliza No. 1999181439 reemplazada por la No. 2001182314, que expidió para garantizar el contrato de arrendamiento de terrenos e instalaciones de la zona franca de Santa Marta, celebrado entre el MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR y la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS SANTA MARTA SA SOFRASA SA, hoy en liquidación.

SEXTA. Se condene en costas a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

SÉPTIMA. Se condene al demandado conforme a los artículos 177 y 178 del C.C.A.” (fls. 2-3 cdno. 1 acumulado – mayúsculas fijas originales).

2. Fundamento fáctico

Las demandas se sustentaron, en síntesis, en lo siguiente:

1) En el año 1994, el Ministerio de Comercio Exterior adelantó una convocatoria pública con el fin de escoger el operador de la zona franca de Santa Marta para los quince (15) años siguientes a la adjudicación, quien debía garantizar la utilización del área física que sería entregada en calidad de arrendamiento y, adicionalmente, desarrollar la zona mediante la realización de inversiones físicas en el inmueble y desempeñar un papel activo en el comercio exterior del país, para lo cual la propuesta debería acompañarse de un plan de desarrollo que debía incluir (i) plan de inversión y financiero, (ii) plan de operación, (iii) plan de mercadeo y, (iv) plan de protección ambiental.

2) En la propuesta de Sofrasa SA se precisó que el esquema propuesto sería “*de carácter flexible y adaptable de acuerdo a las condiciones y demandas del entorno y mercado*” (fl. 17 demanda, c. 1), que el plan de inversiones se ajustaría una vez conocido el número potencial de usuarios y se adecuaría paulatinamente el terreno a las necesidades según la ocupación obtenida.

3) El 4 de agosto de 1994, el Ministerio de Comercio Exterior y Sofrasa SA suscribieron el contrato de arrendamiento de terreno e instalaciones para la operación de la *Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta*; el valor del arrendamiento se acordó en la suma de \$121.677.292 anuales y el valor total del contrato correspondía a la multiplicación de dicha cifra por el número de anualidades del contrato.

4) En julio de 1996, la entidad contratante visitó la zona franca y determinó que existían obras a cargo del contratista que no se habían ejecutado por lo cual reconoció la necesidad de evaluar las reales necesidad de inversión para estudiar los ajustes necesarios del contrato objeto de la litis.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

5) La entidad contratante no realizó dicho análisis, sin embargo, Sofrasa SA contrató a la sociedad *Stanford Research Institute International* para elaborar un plan estratégico de la zona franca de Santa Marta y, con sustento en los resultados obtenidos, el 12 de noviembre de 1997 presentó al Ministerio de Comercio Exterior una propuesta de reestructuración del plan de inversión inicial el cual no fue aprobado; inicialmente la referida contratante indicó que era necesario ajustarlo con criterios que permitieran replantear el negocio en términos equitativos para las partes; luego, frente a la propuesta ajustada, la entidad pública exigió incluir valores concretos y desagregar los rubros, montos y tiempos de la inversión ofrecida.

6) El 30 de septiembre de 1996, Sofrasa SA presentó una nueva propuesta de ajuste del plan de inversión con los requerimientos del ministerio que para ese momento había aceptado la necesidad de modificarlo, sin embargo, el ministerio contratante no se pronunció en relación con este último proyecto y, por el contrario, expidió la Resolución número 1004 de 26 de octubre de 1998 por medio de la cual declaró el incumplimiento parcial del contratista y ordenó hacer efectiva la garantía del contrato; la contratista interpuso recurso de reposición en contra del mencionado acto el cual fue resuelto por Resolución 0027 de 13 de enero de 1999 en la cual se confirmó la declaración de incumplimiento y se fijó el valor de la cláusula penal en el 6% del valor del contrato.

7) El 5 de agosto de 2002, el entonces denominado Ministerio de Comercio Exterior expidió la Resolución número 1147 por la cual declaró el incumplimiento total de contrato, dispuso su terminación e hizo efectiva, nuevamente, la cláusula penal pecuniaria, esta vez por la suma de \$1.825.159.392; el contratista interpuso recurso de reposición y fue decidido por Resolución número 296 de 28 de febrero de 2003 que confirmó la decisión inicial.

8) El 10 de junio de 2003, el contratista entregó el inmueble y las demás instalaciones de la zona franca de Santa Marta a la contratante quien, a su vez, recibió las inversiones realizadas de cuyo valor dejó de amortizarse la suma de \$939.386.426, suma que se le adeuda al contratista; también sufrió perjuicios por la privación de la posibilidad de ejecutar el contrato y por el pago de mayores

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

valores por concepto de arrendamiento sin respetar la reciprocidad entre derechos y obligaciones de las partes.

9) Las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados imposibilitaron la continuidad de la ejecución del contrato e hicieron imposible continuar con el objeto social de la sociedad demandante la cual fue liquidada.

10) El 2 de agosto de 2002, el Ministerio de Comercio Exterior profirió la Resolución número 1147 de 5 de agosto de 2002, por medio de la cual declaró totalmente incumplido el contrato, dispuso su terminación, ordenó liquidarlo e hizo efectivo el valor de la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza número 1999181439 expedida por la compañía Agrícola de Seguros.

11) La contratista y la aseguradora presentaron recursos de reposición en contra de la Resolución número 1147 y esta fue confirmada mediante las Resoluciones 0296 y 0297 de 28 de febrero de 2003.

12) El 7 de julio de 2004, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo liquidó unilateralmente el contrato e impuso sumas a cargo del contratista por la suma de \$5.611.610.422 cálculo en el cual incluyó el valor del arrendamiento impagado, los intereses, el valor de las mejas no realizadas por el contratista, la cláusula penal pecuniaria y el lucro cesante sufrido por la entidad, al tiempo que ordenó notificar a la compañía aseguradora; los recursos de reposición interpuestos por la aseguradora y la contratista no fueron resueltos.

3. Cargos

3.1 Cargos formulados por Sofrasa SA en contra de la declaración de incumplimiento parcial del contrato e imposición de la cláusula penal pecuniaria

1) *Violación del debido proceso.* La declaración de incumplimiento contractual no estuvo antecedida de un procedimiento administrativo con respeto del derecho de audiencia y defensa del contratista; por el contrario, la decisión fue de plano y se sustentó en el informe de una funcionaria relativo a la falta de desarrollo del plan

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

de inversión el cual solo conoció con posterioridad a la imposición de la sanción, en abierta transgresión del artículo 29 Superior.

2) *Violación del principio de buena fe.* El acto demandado fue proferido mientras se discutía entre los extremos del contrato la modificación del plan de inversiones presentado con el fin de ajustarlo a las realidades económicas, posibilidad que estaba prevista desde la estructuración del pliego de condiciones y fue tomada en cuenta en el ofrecimiento formulado por la sociedad actora.

3) *Existencia de razones que justifican legal y contractualmente la no realización de obras previstas en el plan de inversión.* El modelo de inversión propuesto por la sociedad contratante para ser desarrollado en la zona franca de Santa Marta era flexible y debía ajustarse a las necesidades de los usuarios y al progresivo avance en la ocupación de las instalaciones arrendadas, lo cual reconoció la contratante en el informe de 24 de julio de 1996 en el cual advirtió la necesidad de realizar un diagnóstico indicativo de las reales necesidades de inversión en el inmueble; por ende, la no realización de las obras no devino de la negativa del contratista a ejecutarlas sino de la necesidad de condiciones que permitieran su ejecución, por lo siguiente:

a) No fue posible ejecutar la pavimentación de 13,000 m² de patios porque los terrenos donde debía ejecutarse esta labor estaban arrendados los usuarios comerciales Suministros Generales Ltda e Internacional de Servicios de Containers de Santa Marta Ltda por un término de diez (10) años; en el contrato suscrito entre las partes del proceso se acordó que se respetarían los contratos en ejecución, limitante jurídica que impedía ejecutar materialmente las obras.

b) La conexión a línea férrea no se realizó porque ya existía un ramal que conectaba con la línea principal y, en esas condiciones, *“no tenía sentido malgastar unos dineros en una obra cuyo propósito se había satisfecho”* (fl. 34 cdno. 1).

c) El estudio de factibilidad de una terminal de carga internacional no se adelantó porque la actividad comercial en zona franca solo fue permitida a partir de la

expedición del Decreto 2233 de 7 de diciembre de 1996, por lo cual, por no ser posible la actividad no era razonable contratar el estudio del terminal de carga.

d) La construcción de 6.500 m² de bodega inició en el año 1996 para lo cual la arrendataria contrató a la sociedad Emcasa Ltda, el cual fue terminado por incumplimiento de esta última, además, no existía suficiente demanda de usuarios lo cual *“impidió finalizar esta obra y las adiciones que dependían de lo contratado con EMCASA LTDA”* (fl. 34 cdno. 1).

e) Las obras de acueducto y alcantarillado solo podían iniciar cuando la empresa de acueducto y alcantarillado de Santa Marta conectara directamente la zona franca con la red de la ciudad; una vez se obtuvo la conexión se iniciaron las obras cuyo valor fue inferior al estimado en el plan de inversión.

4) *Falta de norma legal o contractual que autorice al Ministerio de Comercio Exterior para proferir los actos acusados.* En vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 las entidades contratantes estaban facultadas para hacer efectiva la cláusula penal del contrato, pero, tal disposición fue derogada por la Ley 80 de 1993, por lo cual no existe habilitación legal para que la entidad demandada hubiera proferido la decisión unilateral demandada.

5) *Obligación legal de restablecer la ecuación contractual mediante la modificación, en el caso presente, del plan de inversiones inicialmente pactado.* La Ley 80 de 1993 prevé el derecho de los contratistas a que se mantenga la equivalencia entre derechos y obligaciones derivados del contrato, al tiempo que la entidad contratante verificó la necesidad de modificar el plan de inversión, a lo cual tenía derecho el arrendatario para equilibrar financieramente el acuerdo.

6) *El valor del contrato no es el que toma como base el Ministerio de Comercio Exterior para imponer la sanción.* Las partes pactaron que el valor total del contrato correspondía a la multiplicación del canon anual fijado por el número de años (15) de plazo acordado, para un total de \$1.825.159.392; por el contrario, la entidad estimó, sin fundamento alguno, el valor del contrato en \$4.930.822.000 y calculó un 6% correspondiente a la cláusula penal.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

3.2 Cargos esgrimidos por Sofrasa SA en contra de la declaración de incumplimiento del contrato, cancelación de licencia de operación e imposición de la cláusula penal

1) *Violación de la ley.* El contratista demandó la nulidad de las resoluciones por las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato (expediente 47001-23-31-000-1999-00778-01) y en el curso de dicho trámite el Tribunal Administrativo del Magdalena decretó la medida cautelar de suspensión provisional de dichos actos mediante providencia debidamente ejecutoriada; pese a ello, el ministerio demandado sustentó las nuevas decisiones demandadas en el contenido material de los actos suspendidos, con lo cual transgredió el artículo 238 Superior y los artículos 152 y 158 del CCA que prohíben reproducir un acto anulado o suspendido.

2) *Inexistencia de incumplimiento en lo relativo a las inversiones del período 1997 – 1998 y, por tanto, violación del artículo 1602 del Código Civil e incumplimiento del contrato por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al declarar injustificadamente la terminación de este último.* Para el período 1997 – 1998 Sofrasa SA cumplió con las inversiones del plan ofertado, por lo cual no podía declararse su incumplimiento.

3) *Falsa motivación.* Los supuestos de incumplimiento a los cuales se refieren los cargos 1 y 2 antes referidos son inexistentes y, por ende, los actos demandados están viciados de falsa motivación.

4) *Graves incumplimientos de la contratante.* El ministerio contratante desconoció que el contrato se sustentó en un plan de inversiones flexible y adaptable y aceptó la necesidad de modificarlo la cual estaba sustentada en un estudio técnico, pese a lo cual profirió las decisiones demandadas sin tener en cuenta que el contrato carecía de equilibrio entre derechos y obligaciones del contratista.

5) *Falta de competencia.* En los contratos de arrendamiento no se pactan cláusulas excepcionales por expresa prohibición de la Ley 80 de 1993; además, no existe competencia legalmente asignada para que la entidad pública haga

efectiva unilateralmente la cláusula penal pecuniaria ni en el contrato podía otorgarse tal facultad.

6) *Cobro indebido de la cláusula penal.* La entidad contratante no podía alterar unilateralmente el valor de la cláusula penal ya impuesta en las Resoluciones 1004 y aquella que la confirmó.

7) *Desviación de poder y violación de la igualdad.* El ministerio demandado incurrió en desviación de poder por no renegociar el plan de inversiones pese a existir fundadas razones para ello y le dio a Sofrasa SA un trato discriminatorio frente a otros operadores de zonas francas.

3.3 Cargos de la compañía Agrícola de Seguros SA en contra de la declaración de incumplimiento definitivo del contrato, terminación unilateral, cancelación de la licencia de operación e imposición de la cláusula penal pecuniaria

1) *Violación de los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA.* La compañía aseguradora no fue citada al procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento, no tuvo la oportunidad de ejercer su defensa ni pudo controvertir las pruebas practicadas.

2) *Violación del artículo 158 del CCA.* La administración reprodujo el contenido material de los actos suspendidos por la jurisdicción.

3) *Violación del artículo 1075 del Código de Comercio.* El ministerio no puso en conocimiento de la aseguradora la ocurrencia del siniestro pese a que conoció el incumplimiento del contratista y lo declaró.

4) *Falsa motivación por imputar la excesiva onerosidad del contrato al contratista.* El ministerio se abstuvo de estudiar las solicitudes del contratista para revisar el valor del arrendamiento pese a que el contrato nunca fue financieramente viable y, por el contrario, fue modificado unilateralmente por la entidad contratante en detrimento del contratista y de la equivalente entre derechos y obligaciones.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

5) *Violación del principio de buena fe.* La entidad contratante hizo inviable el contrato y pretende cargar las consecuencias al contratista.

6) *Violación del principio de igualdad.* El ministerio demandado modificó la situación de otros operadores que estaban en idéntica situación y se negó a revisar las condiciones contractuales pactadas con Sofrasa SA.

7) *Violación del debido proceso.* La entidad contratante no notificó a la compañía aseguradora de las solicitudes de restablecimiento económico formuladas por el contratista.

8) *Falsa motivación.* La administración intentó sustentar la violación del debido proceso en la supuesta autotutela declarativa, pero dicha potestad no implica la inexistencia de las garantías constitucionales de los involucrados en la correspondiente actuación.

3.4 Cargos invocados por Sofrasa SA en contra de la liquidación unilateral del contrato

1) *Falta de competencia temporal.* La contratante no tenía competencia temporal para liquidar el contrato, porque lo hizo por fuera del término legal previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

2) *Falta de competencia por razón de la materia.* La entidad contratante no era competente para determinar el valor de la indemnización de perjuicios a cargo del contratista.

3) *Violación de la ley.* Las cláusulas excepcionales no son aplicables a los contratos de arrendamiento.

4) *Cobro ilegal de la cláusula penal.* El valor de la cláusula penal pecuniaria fue fijado por la administración en la Resolución número 11476 de 2002, por lo cual no podía incluir una suma distinta al momento de liquidar el contrato.

3.5 Cargos propuestos por Agrícola de Seguros SA en contra de la liquidación unilateral del contrato

1) *Falta de competencia de la administración.* La liquidación se adoptó por fuera de los cuatro (4) meses previstos en la ley para el ejercicio de dicha facultad que se debían contabilizar a partir de la terminación del contrato dispuesta mediante acto administrativo de 5 de agosto de 2002.

2) *Incumplimientos no amparados por la póliza constituida a cargo de la compañía Agrícola de Seguros.* Las obligaciones a cargo de la aseguradora son únicamente las que fueron objeto de amparo expresos en el contrato por hechos ocurridos durante la vigencia de los amparos desde el 31 de agosto de 1999, por lo tanto, debe limitarse su responsabilidad en esos términos; puntualmente, la póliza de cumplimiento expedida por esa sociedad no cobijó las inversiones que debieron realizarse cuando el contrato estuvo asegurado por otra compañía (La Previsora).

3) *Inexigibilidad de la cláusula penal pecuniaria en la resolución administrativa que liquidó unilateralmente el contrato, por haberse hecho exigible en la resolución administrativa No. 1147 del 5 de agosto de 2002, por la que se ordena la terminación unilateral del contrato.* La administración definió el valor de la cláusula penal en la Resolución 1147 de 2002, la cual fue confirmada por las resoluciones números 296 y 297 de 2003; en consecuencia, la administración no podía cobrar otra cláusula penal al momento de liquidar el contrato.

4) *Indebida motivación de la resolución que liquida unilateralmente el contrato, elaborada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.* Una vez en firme la terminación unilateral del contrato cesaron las obligaciones a cargo de las partes y, por ende, no había fundamento para cobrar el valor de los arrendamientos causados con posterioridad; además, la entidad contratante no tenía competencia para determinar perjuicios adicionales porque estos estaban determinados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria y la determinación de dichos perjuicios corresponde al juez y no a la administración; además, la administración hizo efectivos todos los amparos de la póliza expedida por la aseguradora sin atender a los riesgos efectivamente amparados y no fueron tenido en cuenta los

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

saldos en favor de Sofrasa SA correspondientes al saldo no amortizado de las inversiones efectivamente realizadas por el contratista.

4. Contestación de las demandas

4.1 Oposición a las demandas formuladas por el contratista

En la oportunidad legal, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se opuso a las pretensiones de las demandas del contratista (fl. 89 y ss cdno. 1 y 125 – 131 cdno. 1), con sustento en lo siguiente:

1) El contratista incumplió la obligación de desarrollar con sus propios recursos las áreas arrendadas en los términos del plan de inversiones presentado por este, con lo cual dio lugar a la expedición de los actos demandados.

2) La ejecución del contrato culminó el 10 de junio de 2003, por lo cual la demanda podía presentarse oportunamente hasta el 9 de junio de 2005, pero fue radicada el 2 de noviembre de 2005 y, por consiguiente, debe declararse la excepción de caducidad de la acción.

3) Existe pleito pendiente por razón de la demanda promovida por Agrícola de Seguros SA en contra del ministerio contratante y, por la misma razón, se desconoció el debido proceso por haberse promovido una nueva demanda por similares hechos pese a que la aseguradora coadyuvó las pretensiones de la demanda presentada por el contratista.

4) El contratista estaba obligado a desarrollar un plan de inversiones en el inmueble arrendado según quedó estipulado en los pliegos de condiciones y en el contrato.

4.2 Oposición a las demandas promovidas por la aseguradora del contrato

Por su parte, la contratante se opuso a las pretensiones de la demanda de Agrícola de Seguros SA (fls. 89 – 95 cdno. 1 y 158 y ss cdno. 1) por lo siguiente:

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

1) El contratista reconoce que incumplió el plan de inversiones y desarrollo de la zona arrendada, lo cual hacía parte integral del objeto del contrato y de la finalidad que buscó la administración con su celebración consistente en el desarrollo de la zona franca, con unos costos estimados por el contratista en una suma correspondiente a \$3.398.556.048 consistentes en inversiones que el contratista debió desarrollar entre los años 1994 y 1998.

2) Las justificaciones del contratista para no cumplir el plan de inversiones no son atendibles, porque (i) la obligación de pavimentar no recaía sobre zonas arrendadas a terceros ni quedó expresamente mencionado el sector exacto en el cual debían realizarse estas obras, por lo tanto el contratista podía disponer de cualquiera de las áreas libres para el efecto; en el plan presentado por el contratista se indicó que esta actividad se realizaría sobre áreas cubiertas por vegetación y desechos de construcción; (ii) el contratista visitó el terreno durante el proceso de selección y debía enterarse de su estado, conocía la existencia de una línea férrea por lo cual no puede excusarse en ese hecho para incumplir la inversión a la cual se obligó; (iii) el estudio de factibilidad de una terminal internacional de carga debía adelantarse en el año 1995, por lo cual ese incumplimiento no puede justificarse en una normatividad expedida en el año 1996 y, (iv) el contratista no puede trasladar su responsabilidad en la construcción de las bodegas a su subcontratista ni el incumplimiento de este es causa válida para desconocer el negocio suscrito con el ministerio contratante.

3) Agrícola de Seguros SA está llamada a indemnizar al ministerio por ser la aseguradora del cumplimiento contractual.

4) El contrato terminó el 10 de junio de 2003, por consiguiente, operó la caducidad de la acción.

5) Existe pleito pendiente por razón de las demandas promovidas por el contratista de las cuales la aseguradora es coadyuvante.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

5. Trámite procesal relevante

Por auto de 10 de noviembre de 1999 proferido en el expediente 1999-00778, el Tribunal Administrativo del Magdalena suspendió provisionalmente, a petición de la parte actora, los efectos de las Resoluciones 1004 de 26 de octubre de 1998 y 0027 de 13 de enero de 1999 (fls. 228 cdno. 1), por considerar razonablemente fundado el cargo por violación del debido proceso por el hecho de haber sido proferidas de plano.

6. La sentencia apelada

El 2 de noviembre de 2022, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las súplicas de todas las demandas con sustento en las razones que a continuación se resumen²:

1) La administración no desconoció el debido proceso del contratista, por el contrario, está probado que mediante oficio de 16 de abril de 1996 le indicó los hechos constitutivos de incumplimiento y el día 22 de esos mismos mes y año el contratista se pronunció en relación con estos, luego solicitó la reformulación del plan de inversiones y la discutió con la contratante quien, finalmente, no la aceptó por no ajustarse al valor de las inversiones que el contratista se obligó a realizar ni quedar claros los montos y tiempos de las modificaciones propuestas; de lo expuesto se concluye que el contratista fue requerido en múltiples oportunidades por el incumplimiento sistemático de sus obligaciones por lo cual no fue sorprendido con la decisión de la administración sobre ese específico asunto; punto sobre el cual se invoca la sentencia de 24 de septiembre de 1998 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 14.821.

2) No hay prueba de alguna actuación de mala fe atribuible a la entidad contratante; no se aportó al proceso el supuesto informe de 24 de julio de 1996 en el cual, supuestamente, la contratante reconoce las necesidades de

² Se precisa que el tribunal resolvió separadamente los cargos de cada demanda, sin embargo, la Sala agrupa los argumentos de decisión para efectos de la resolución conjunta de los recursos de apelación.

modificación del plan de inversión; aún de ser cierta la existencia del documento, ello ni implicaría la aceptación del plan de inversiones propuesto por el contratista, por el contrario, está probado que la entidad no aceptó la modificación por lo cual persistía la obligación de cumplir el plan inicial de inversiones.

3) No hubo justificación válida para que el contratista se sustrajera del cumplimiento del plan de inversión ofrecido el cual la parte contratante no aceptó variar, debido a que (i) el contratista nunca informó sobre la supuesta imposibilidad de pavimentar unas áreas por la existencia de contratos de arrendamiento que eran conocidos por este desde la firma del contrato, (ii) tampoco planteó al ministerio la imposibilidad de realizar la conexión con la línea férrea, (iii) la obligación de realizar el estudio de factibilidad de una terminal internacional de carga fue expresamente pactada y su cumplimiento no puede estar sometido a la voluntad de la parte obligada y, (iv) los posibles inconvenientes con el subcontratista no relevaban a la arrendataria de cumplir con la construcción de las edificaciones y obras ofrecida.

4) Para la época de la expedición de las resoluciones demandadas la jurisprudencia del Consejo de Estado avalaba la competencia de las entidades para declarar el incumplimiento del contrato e imponer multas al contratista; sin bien no existe una línea uniforme en la jurisprudencia sobre dicha facultad, debe aplicarse *“la pauta jurisprudencial vigente en el momento de adopción de las decisiones sancionatorias”* (fl. 34 sentencia de primera instancia).

5) No se probó el desequilibrio económico del contrato ni las supuestas situaciones que pudieron generar mayor onerosidad al contratista durante la ejecución; por el contrario, lo acreditado es el incumplimiento del contratista quien no ejecutó el plan de inversiones ofrecido.

6) La parte demandante no precisó cuál es el supuesto yerro en el cálculo de la cláusula penal impuesta; la determinación del canon de arrendamiento pactado no se contrae a multiplicar el canon del primer año por el término de duración del contrato, pues, en la cláusula de precio se acordó en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y este era variable en razón del desarrollo de las

inversiones a cargo del arrendatario. El demandante no precisó cuál era el valor de la TRM del dólar para la época del contrato ni las áreas exactas para poder estimar un precio determinado del contrato; *“como no existe certeza en torno a tales tópicos mal podría considerarse per se que los valores dinerarios consagrados en las respectivas decisiones administrativas sancionatorias no se ajustaban a los términos previstos en el contrato de arrendamiento sub examine, no habiendo por ello lugar a declarar probado el cargo”* (fl. 36 sentencia de primera instancia).

7) La jurisprudencia del Consejo de Estado³ permite interpretar que la administración contratante conserva competencia para liquidar el contrato aún dentro del término de caducidad del medio de control, por lo cual los términos que para el efecto señala la ley no son perentorios y, en todo caso, aquellos aplicables son los regulados según la legislación vigente en el momento de la expedición del acto correspondiente.

8) La administración tenía amplia competencia para determinar el monto de los perjuicios que el incumplimiento de su contratista le irrogó y la competencia de la jurisdicción se restringe a establecer si los actos proferidos en ejercicio de las facultades unilaterales conferidas por la ley a las entidades estatales son legales o no.

9) La cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato es una estimación anticipada de los perjuicios y la entidad contratante no estaba obligada a acudir al juez del contrato para hacerla exigible; también acordaron las partes que la contratante estaba facultada para resolver unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento del contratista.

10) El régimen especial que gobierna la operación de las zonas francas en el país impide aplicar al contrato de arrendamiento objeto del debate las normas generales de la Ley 80 de 1993 sobre la materia, por el contrario, este obliga a incluir cláusulas exorbitantes; puntualmente, el Decreto 2480 de 1993 dispone que

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de mayo de 2022, expediente 55.868, MP José Roberto Sáchica Méndez.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

en los contratos de arrendamiento de espacios donde operen las zonas francas puede declararse la caducidad.

11) No operó la caducidad de la acción toda vez que el contrato fue liquidado unilateralmente mediante resolución notificada el 21 de octubre de 2004, por lo cual las demandas podían ser presentadas hasta el 22 de octubre de 2006 y, por ende, todas fueron oportunas.

12) La intervención como coadyuvante de Agrícola de Seguros SA en los procesos judiciales iniciados por el contratista con ocasión del mismo contrato no permite tener por configurada la excepción de pleito pendiente, por ausencia del presupuesto de identidad de partes; en la coadyuvancia, la intervención está subordinada a la posición procesal de la parte correspondiente y, por consiguiente, el coadyuvante tiene la condición de tercero; tampoco existe impedimento procesal ni de competencia para conocer de las demandas presentadas por la aseguradora por el hecho de haber demandado también el contratista.

13) La entidad contratante tenía competencia para liquidar el contrato dentro del término de caducidad de la acción, por lo cual el cargo de falta de competencia *ratione temporis* no prospera.

14) Agrícola de Seguros SA afianzó el contrato objeto de la litis, el pago de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, el cumplimiento del contrato y las consecuencias derivadas de este, sin exclusión del daño emergente o del lucro cesante, de modo que debe asumir la indemnización hasta el monto del valor asegurado.

15) La cláusula penal pecuniaria pactada podía ser exigida unilateralmente por la entidad contratante y, de ser insuficiente para cubrir los perjuicios, la entidad contratante estaba facultada para estimar y fijar el valor en exceso de estos; *“el reclamante no allegó los elementos probatorios pertinentes a fin de poder establecer que, en efecto, el ente ministerial le estaba cobrando en exceso y/o*

doblemente la sanción pecuniaria” (fl. 124 sentencia de primera instancia, cdno. ppal).

16) Si bien el contrato fue terminado mediante la Resolución número 1147 de 5 de agosto de 2002, esta no quedó en firme en esa misma fecha porque fue objeto del recurso de reposición, de modo que el valor del arrendamiento siguió causándose a cargo del arrendatario hasta el 10 de junio de 2003 cuando fue devuelto el inmueble.

17) No se aportaron las pruebas que acrediten el saldo en favor del contratista por el valor de inversiones no amortizadas que se reclaman por valor de \$939.386.426, asunto estrictamente técnico y financiero que debió ser objeto de prueba.

18) La conducta procesal de las partes no permite imponer condena en costas.

7. Los recursos de apelación

En forma oportuna las demandantes apelaron la sentencia de primera instancia (fls. 128 – 155 y 176 – 196 cdno. ppal) con sustento en lo siguiente:

7.1 Sofrasa SA

La contratante insistió en la totalidad de las pretensiones de las demandas con sustento en lo siguiente:

1) El ministerio contratante hizo inviable el contrato desde el momento de su suscripción porque varió el precio del canon de arrendamiento y lo fijó unilateralmente en una suma distinta a la ofrecida por Sofrasa SA; pese a ello, la sociedad suscribió el contrato; con los actos demandados se pretende hacer responsable a la arrendataria por haber aceptado dicho precio.

2) La contratante reconoció durante la ejecución del contrato la necesidad de realizar un ajuste al plan de inversiones, el contratista explicó las razones por las

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

cuales era necesario modificarlo y que hacían inviable la ejecución de algunas inversiones ofrecidas, contrató a una firma especializada para tal efecto y discutió las modificaciones con el arrendador; sin embargo, este la sorprendió con la expedición de los actos administrativos demandados y los expidió con transgresión del debido proceso ya que no le dio la oportunidad de defenderse y, también, con desconocimiento del principio de buena fe por el hecho de haber obrado sin tener en cuenta las tratativas con las cuales las partes discutían la modificación del plan de inversiones, aspecto sobre el cual adujo lo siguiente:

“Sin duda, para Sofrasa S.A. constituyó una sorpresa el hecho de que, a pesar de no haber sido advertida jamás por el Ministerio, mediante requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas o avisos, etc., de los factores que supuestamente constituían su incumplimiento al contrato y también a pesar de que los únicos requerimientos que recibió por parte del Ministerio fueron los relativos a las condiciones del reajuste que el mismo Ministerio había expresamente considerado necesario y en consecuencia aceptado realizar, condiciones que Sofrasa S.A. cumplió al pie de la letra, el Ministerio, intempestivamente haya tomado la decisión de declarar el incumplimiento parcial del contrato, sustrayéndose así, de una parte, de su obligación de tomar una decisión definitiva sobre el replanteamiento del plan de inversiones y, de otra parte, de su obligación de agotar previamente las etapas propias del procedimiento administrativo sancionatorio.” (fls. 242 cdno ppal).

3) La Ley 80 de 1993 no previó la posibilidad de que las entidades públicas declaren unilateralmente el incumplimiento del contrato e impongan de la misma manera la cláusula penal pecuniaria, esta se calculó en forma errada por no tenerse en cuenta el valor real del arrendamiento con base en el cual debía calcularse.

4) El ministerio contratante desconoció el carácter flexible del plan de inversiones que imponía adaptarlo a la realidad de la ejecución.

5) La modificación del régimen jurídico de las zonas francas impactó el contrato, su ejecución y las posibilidades de adelantar las inversiones previstas, lo cual permitió que se modificaran los contratos de los operadores de zonas francas en Cartagena, Cali y Barranquilla, sin embargo, no se le brindó similar trato a la sociedad demandante.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

6) La competencia de la administración para liquidar el contrato es temporal y solo puede ejercerse dentro de los términos previstos en la ley; no obstante, el ministerio demandado profirió el acto de liquidación por fuera de estos y, por ende, sin facultades para ello; tampoco tenía competencia para determinar el monto de los supuestos perjuicios que solo podían ser fijados por el juez del contrato.

7) En la liquidación del contrato se impuso un valor de cláusula penal diferente y superior al declarado en la resolución 1147 de 2002 proferida por la entidad contratante.

8) Deben concederse, a título de indemnización en favor de Sofrasa SA, los perjuicios generados por el trámite del presente proceso, lo dejado de percibir por la expedición de los actos demandados, la afectación del buen nombre comercial (*good will*), los valores pagados de más por concepto de arrendamiento, las sumas derivadas de la imposibilidad de ejecutar totalmente el contrato por haber sido terminado injustamente y el valor de las inversiones realizadas por el contratista que no fueron amortizadas.

9) Debe tenerse en cuenta el dictamen pericial practicado en el curso del proceso, prueba que fue ignorada por el tribunal y permite concluir que fue la contratante quien incumplió el contrato.

7.2 Agrícola de Seguros SA

Por su parte, la compañía Agrícola de Seguros SA apeló con fundamento en el siguiente razonamiento:

1) El dictamen pericial practicado en el curso del proceso acredita que el valor del contrato era equivalente \$1.827.000.000 y no la suma que tuvo en cuenta la entidad contratante para estimar el valor de la cláusula penal pecuniaria, prueba que fue ignorada por el tribunal de primera instancia, pese a que no fue controvertida oportunamente.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

- 2) La sentencia apelada desconoció la flagrante violación del debido proceso atribuible a la entidad contratante e ignoró que el contratista nunca pudo conocer el informe de interventoría con sustento en el cual se adelantó el procedimiento de declaración de incumplimiento contractual, en contravía de lo preceptuado en el artículo 35 del CCA.
- 3) El tribunal no tuvo en cuenta la ocurrencia del hecho de un tercero, subcontratista del arrendatario, quien incumplió la ejecución de las construcciones en el inmueble, tampoco valoró la ausencia de usuarios de la zona franca que impactó la economía del contratista ni la presencia de otros arrendatarios que impedía ejecutar las inversiones.
- 4) En la sentencia apelada no se valoraron los graves desequilibrios del contrato que impidieron ejecutarlo y que fueron generados por la indebida planeación del contrato por parte de la entidad contratante quien, además, no sustentó el valor del arrendamiento en estudios financieros o técnicos.
- 5) Los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA imponían el deber de citar a la aseguradora al procedimiento previo para la efectividad de la garantía.
- 6) La administración reprodujo los actos administrativos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo suspendió en el curso del presente proceso.
- 7) El contrato podía liquidarse únicamente en la oportunidad prevista en la ley y en esta no podía la contratante imponer unilateralmente una indemnización de perjuicios a cargo del contratista; la liquidación del contrato se restringe a un cruce de cuentas entre las partes y no constituye habilitación a la contratante para imponer sanciones al contratista.
- 8) Se desconoció el valor de las inversiones realizadas por el contratista que no fueron amortizadas.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

9) El tribunal desconoció los límites y extensión del riesgo amparado porque le impuso el pago de siniestros ocurridos por fuera de la vigencia del amparo y excedió el monto de este.

10) En la Resolución número 1413 de 2004 el ministerio exigió a la aseguradora el valor de la cláusula penal y, luego, al momento de liquidar el contrato, impuso una doble sanción por imponerla de nuevo y por un monto superior.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) naturaleza y alcance del contrato objeto de la litis, (iii) ilegalidad de la declaración de incumplimiento del contrato y efectividad de las garantías, (iv) ilegalidad de la liquidación unilateral del contrato contenida en la Resolución número 1413 de 7 de julio de 2004 y en el acto ficto que la confirmó, (v) pretensiones económicas del contratista, (vi) liquidación judicial del contrato y, (vii) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) La contratista (Sofrasa SA) y la aseguradora (Agrícola de Seguros SA) del contrato de “arrendamiento” de la zona franca de Santa Marta suscrito en el año 1994 -en el cual se pactaron obligaciones de operación e inversión a cargo del arrendatario-, discuten la legalidad de unos actos administrativos proferidos por el ministerio contratante en virtud de los cuales (i) declaró parcialmente incumplido el contrato e hizo efectiva la cláusula penal, (ii) declaró el incumplimiento definitivo del contrato, dispuso su terminación, canceló la licencia de operación del arrendatario y, (iii) liquidó unilateralmente el contrato; el contratista también pretende que se declare el incumplimiento de su contraparte, que se le indemnicen los perjuicios, que se declare la ocurrencia del desequilibrio económico del contrato, que se disponga su restablecimiento y que se liquide judicialmente el negocio, controversia que se suscitó a través de cinco (5) procesos distintos que

fueron acumulados en el trámite de la primera instancia y decididos conjuntamente en la sentencia de primera instancia.

2) La pretendida ilegalidad las declaraciones de incumplimiento y efectividad de la garantía se estructuró sobre la base de la supuesta (i) transgresión del debido proceso, porque se declaró el incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la garantía sin garantía del derecho de audiencia y contradicción; (ii) violación del principio de buena fe, toda vez que la administración sorprendió al contratista con la referida decisión cuando se negociaba la modificación del plan de inversiones; (iii) el contratista estuvo en imposibilidad de cumplir el plan de inversiones por factores exógenos; (iv) la contratante no restableció el equilibrio económico contractual alterado; (v) la tasación del valor de la cláusula penal desatendió lo acordado por las partes; (vi) se revivió el contenido de actos administrativos suspendidos por la jurisdicción en el curso del presente proceso; (vii) violación de la igualdad por haber otorgado un trato diferencial a otros contratistas de zonas francas y, (viii) cumplimiento contractual del contratista.

3) Por otra parte, las demandantes controvierten la legalidad de la liquidación unilateral del contrato con sustento en (i) la falta de competencia temporal del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por haber adoptado esa determinación por fuera del plazo previsto en el contrato y en la ley, (ii) la ausencia de competencia de la administración para fijar el valor de los perjuicios al momento de liquidar el negocio, (iii) la imposibilidad de aplicar potestades excepcionales en los contratos de arrendamiento, (iv) cobro excesivo de la cláusula penal pecuniaria por imponerse en suma distinta a la que se hizo efectiva en el acto de declaración de incumplimiento contractual, (v) carencia de amparo de sumas exigidas a la aseguradora e, (vi) indebida inclusión del valor de arrendamientos no causados.

4) El tribunal de primera instancia desestimó los cargos por no encontrar demostradas las razones de ilegalidad y las demandantes apelaron toda la sentencia.

5) La Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, anulará los actos administrativos demandados por estar probados los cargos de violación del debido

proceso, falta de competencia por razón de la materia, cobro excesivo de la cláusula penal e inclusión indebida de sumas en la liquidación; como consecuencia de ello se pronunciará sobre el restablecimiento del derecho que corresponda; por otra parte, negará las pretensiones de desequilibrio e incumplimiento contractual formuladas por el contratista y liquidará judicialmente el contrato.

6) Adicionalmente, se precisa que en el expediente número 47001-23-31-000-1999-00778-01 se pretendió, adicionalmente, la nulidad de unos oficios relacionados con el trámite de presentación y aprobación de las garantías del contrato (pretensiones 1.1.7, 1.1.8 y 1.1.9) sobre las cuales no hubo pronunciamiento en primera instancia; respecto de estos la Sala se inhibirá de ejercer control por tratarse de actos de trámite en los cuales no se adoptó ninguna decisión tendiente a modificar, crear o extinguir derechos u obligaciones de los extremos de la relación contractual ni tampoco se formularon cargos concretos de ilegalidad en su contra; de igual manera, se desestiman los cargos de apelación que no fueron formulados en las demandas respecto del debido proceso por tratarse de aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso y en acatamiento del deber de congruencia externa del fallo, el cual debe estar en consonancia con lo expresamente pretendido y sustentado en las demandas.

2. Naturaleza y alcance del contrato objeto de la litis

1) En el año 1994, el entonces Ministerio de Comercio Exterior adelantó una convocatoria con el fin de escoger el usuario – operador de la zona franca industrial de bienes y servicios de Santa Marta y suscribir con este un contrato de arrendamiento regulado para la época en el Decreto 2480 de 1993 (fl. 3 y ss caja 5 cuaderno 29, cd fl. 287 cdno. 1 exp. 2005-0138), tendiente a lograr la completa utilización del área dispuesta para el efecto (347.043 m²); los interesados debían presentar al ministerio, previa visita y verificación del área y características del bien inmueble, un plan de desarrollo de la zona que incluía (i) plan de inversiones, (ii) plan financiero, (iii) plan de operación, (iv) plan de mercadeo y, (v) plan de protección ambiental; específicamente la propuesta debía incluir la “*descripción, monto y programación de las inversiones en infraestructura, indicando fuentes de*

financiación de cada inversión y la capacidad o mecanismo de la sociedad de proveer los fondos, junto con la respectiva explicación de la necesidad de la inversión” (fl. 13 ibidem). En la convocatoria se indicó que al contrato se aplicarían “las cláusulas propias de los contratos estatales, tales como caducidad, penal pecuniaria, multas, causales de terminación, etc. igualmente, aquellas propias del contrato de arrendamiento en materia civil o comercial, que sean pertinentes a juicio del Ministerio de Comercio Exterior” (fl. 17 ibidem).

2) Sofrasa SA presentó una propuesta para la operación de la zona franca en la cual se señalaron los siguientes aspectos relevantes:

“El modelo de desarrollo se plantea sobre la base de un esquema de carácter flexible y adaptable de acuerdo a las condiciones y demandas del entorno y mercado. A continuación se hace una síntesis de las características, obras y acciones que determinan las inversiones:

En el área comercial se establecen dos posibles escenarios así:

El primer escenario comprende:

- rehabilitación de edificaciones y redes de servicio.*
- integración del sector norte de la zona franca que comprende gestionar una solución de continuidad en el área de la zona franca con aquellos lotes que no pertenecen, demolición del cerramiento parcial y hacer cerramiento total.*

El segundo escenario comprende:

- Integrar nueva área mediante solicitud de ampliación.*
- Demolición, en el área a adquirir, de las edificaciones existentes.*
- Pavimentación de patios.*

Este segundo escenario se plantea como muy importante para el desarrollo de la zona franca, el puerto, la ciudad y el país, dado que facilitaría el poseer el primer patio férreo de contenedores a nivel nacional. Sin embargo debe cubrir aspectos de definición de terreno y solicitud de ampliación de la zona franca, lo cual hace que requiera de una mayor plazo para su realización.

En el área industrial el plan comprende:

- Dotar a la zona franca de infraestructura básica en un área aproximada de 100.000 metros cuadrados.*
- Cerramiento de la zona industrial que comprende 3.040 metros lineales.*
- Corredor vial externo, se espera gestionar las mejoras en el acceso ante las instituciones del gobierno.*

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

*-Invertir en estudios de factibilidad y promoción a nivel institucional para la construcción de un terminal férreo de contenedores.
-Construcción de 6.500 metros cuadrados de bodega tipo cuyas áreas por módulo abarcarán 600 metros cuadrados.
-Construcción de la vía principal interna con 16.940 metros cuadrados.
-Construcción del edificio de administración con 800 metros cuadrados.”
(fls. 29 – 30 carpeta 5, archivo 29).*

Según lo afirmado en la propuesta, la referida inversión sería de \$3.398.500.000 millones de pesos en el escenario 1, de \$4.272.800.000 millones de pesos en el escenario 2, para un total de \$160.901.000.000 al finalizar los quince (15) años de plazo del contrato, inversiones que propuso costear con recursos de capital, generación interna de fondos, financiación y búsqueda de inversionistas.

Sofrasa SA propuso un valor del arrendamiento por metro cuadrado sin desarrollar por la suma de USD⁴ 0,01 por cada metro cuadrado sin desarrollar y USD 0.20 por metro cuadrado desarrollado.

3) El 4 de agosto de 1994 se suscribió el contrato con la denominación de “*arrendamiento de terreno e instalaciones para la operación de la Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de la ciudad de Santa Marta*”, con un plazo de ejecución de quince (15) años, con el siguiente objeto:

“PRIMERA. OBJETO. El MINISTERIO concede al USUARIO – OPERADOR, a título de arrendamiento, el uso y goce de los terrenos, construcciones, instalaciones, obras de infraestructura y demás bienes inmuebles que venían siendo operados en forma transitoria por Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX Fideicomiso Zona Franca de Santa Marta – Fiducoldex (...). SEGUNDA. ALCANCE DEL OBJETO: El USUARIO – OPERADOR, sobre las áreas objeto de arrendamiento, ejecutará específicamente las siguientes actividades:

a. Promover, dirigir, administrar y operar la zona franca arrendada.

b. Desarrollar con sus propios recursos o con financiaciones debidamente legalizadas, la infraestructura y construcciones de la zona franca, de acuerdo con el Plan de Desarrollo descrito en la propuesta presentada para ser seleccionado como USUARIO – OPERADOR de la Zona Franca, la cual hace parte integrante del presente contrato.

c. Autorizar el ingreso de los usuarios desarrolladores, de las industrias, bienes y servicios y celebrar con ellos los respectivos contratos a que

⁴ Dólares de los Estados Unidos de América.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
 Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
 Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

haya lugar a excepción de cualquier acto o contrato que disponga de algún derecho real sobre los inmuebles dados en arrendamiento.” (fls. 58-59 cdno. 1 exp. 2004-00331).

- 4) El precio se acordó en una suma de dinero por metro cuadrado arrendado según el desarrollo de cada área del inmueble.

“CUARTA. CONTRAPRESTACIÓN O CANON DE ARRENDAMIENTO. El USUARIO – OPERADOR se obliga a pagar al MINISTERIO a título de contraprestación o canon de arrendamiento, las siguientes sumas: a) la suma de CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS \$.40.600.000 por los primeros cuatro meses a partir de la fecha de vigencia del presente contrato, la cual se deberá pagar en dos contados anticipados bimestrales, dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada bimestre.

b) A partir del primero de enero de 1995, la contraprestación o canon de arrendamiento será la suma de veinte centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD 0,20) mensual por cada metro cuadrado arrendable de los terrenos e instalaciones, liquidado a la tasa representativa del mercado de la fecha de pago, el cual se deberá pagar por trimestre anticipado, dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada trimestre. Se entienden por terreno arrendado las áreas que aparecen en el cuadro 1-13 valor de arriendo según desarrollo de la propuesta presentada por los interesados el 29 de julio de 1994, denominados área productiva desarrollada.

c) A partir del primero de enero de 1995, adicional a las sumas fijadas en el literal b), se cancelará como contraprestación o canon de arrendamiento la suma de un centavo de dólar de los Estados Unidos de América (USD 0,01) mensual por metro cuadrado del área sin desarrollar (...).

A partir del primero de enero de 1999, la contraprestación fijada en este literal será de dos centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD 0,02) mensual por cada metro cuadrado, liquidada y pagada en la forma señalada en el literal b) de este artículo.” (fl. 60 cdno. 1 exp. 2004-00331).

- 5) Las partes estipularon que procedía la terminación anticipada del contrato por solicitud del arrendatario aceptada por el ministerio, la liquidación en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y pactaron lo siguiente en relación con la terminación del contrato y la cláusula penal pecuniaria:

“DÉCIMA QUINTA. INCUMPLIMIENTO. El incumplimiento o violación de cualquiera de las obligaciones contraídas en este contrato por parte del USUARIO – OPERADOR dará derecho al Ministerio para resolver el contrato y exigir la entrega inmediata de los inmuebles sin necesidad de desahucio ni de los requerimientos previstos en la ley. El USUARIO

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
 Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
 Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

– OPERADOR renuncia a oponerse a la cesión del arriendo mediante la caución establecida en el artículo 2035 del Código Civil. La presente cláusula se aplica sin perjuicio de las restituciones mutuas a que haya lugar. (...) DÉCIMA SÉPTIMA. CLÁUSULA PENAL. El incumplimiento por parte del USUARIO – OPERADOR de cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato lo constituirá en deudor del Ministerio por una suma igual al diez por ciento (10%) del valor inicial total del contrato, a título de pena, sin menoscabo del cobro de la renta y de los perjuicios que pudieren ocasionarse como consecuencia del incumplimiento.” (fl. 62 cdno. 1 exp. 2004-00331).

6) Las partes previeron que al décimo año de ejecución realizarían una revisión de las inversiones realizadas por el contratista “con el objeto de determinar los saldos de recuperación de la inversión que a esa fecha puedan existir y establecer, si fuere del caso, un mecanismo de amortización de dichos saldos, con el fin de al finalizar el último año de ejecución del contrato, no exista excedente alguno, por este concepto, en favor del USUARIO – OPERADOR (fl. 62 cdno. 1exp. 2004-00331).

7) En cuanto al régimen jurídico del negocio es preciso destacar que, aunque el específico tipo contractual pactado, el procedimiento de selección del usuario – operador y algunas particularidades de la ejecución de este tipo de negocio quedaron reguladas de manera expresa en el Decreto 2480 de 13 de diciembre de 1993 (artículos 4 al 10), dichas normas especiales no desdichan de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública al presente caso.

8) Téngase en cuenta que, en los términos del artículo 1 de la Ley 80 de 1993, esta rige los contratos de las entidades estatales, entre las cuales el artículo 2 ibidem enlista a la Nación; de este modo, por razón en aplicación del criterio orgánico que adoptó la ley que se cita para identificar su ámbito de aplicación y en atención a la naturaleza de la entidad contratante, el Estatuto General de Contratación Pública es aplicable al negocio, sin perjuicio de las normas especiales contenidas en el Decreto Reglamentario antes referido, así como de las estipulaciones expresas acordadas entre las partes, las cuales se aplican de forma preferente siempre que no contraríen las normas imperativas que regulan la contratación de las entidades del Estado.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

9) La Ley 7 de 1991, “*por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones*”, se habilitó al Gobierno Nacional para regular la existencia y funcionamiento de zonas francas industriales, comerciales y de servicios y se difirió a los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional la regulación de su funcionamiento, pero, los contratos necesarios para su implementación y desarrollo no se sujetaron a un régimen jurídico de contratación especial, distinto al que regía para la época la contratación de las entidades del Estado.

10) En ejercicio de la potestad reglamentaria en materia de comercio exterior prevista en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución y en el artículo 6 de la Ley 7 de 1991 antes referido, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2131 de 1991, en el cual se identifican los tipos de usuarios de las zonas francas y se determina el procedimiento para tramitar la solicitud de los usuarios operadores interesados en obtener autorización para el ejercicio de dicha actividad.

11) A través del Decreto 2480 de 1993, ya en vigencia de la Ley 80 de 1993, el Gobierno Nacional reglamentó unos específicos y determinados aspectos aplicables a la selección del usuario operador de las zonas francas y, específicamente, se refirió a la posibilidad de suscribir con estos contratos de arrendamiento con obligaciones de inversión y desarrollo de la zona; específicamente, este decreto regula aspectos relacionados con (i) los requisitos de la solicitud que el interesado en ser usuario operador debía acreditar, (ii) la realización de una convocatoria pública reglada por el propio ministerio y (iii) el plazo dentro del cual debía seleccionarse al contratista y, (iv) el contenido mínimo de la resolución de selección del operador. Por otra parte, determinó algunos aspectos puntuales de la ejecución de estos contratos tales como (i) la imposibilidad de iniciar su ejecución antes de liquidar los contratos con operadores anteriores, (ii) la remisión a normas aplicables al permiso de funcionamiento que el usuario operador debía obtener, (iii) la prohibición para el usuario operador de

disponer de los bienes arrendados, (iv) la restricción de la construcción de obras nuevas y la ampliación de las existentes de acuerdo al plan de inversión acordado, (v) la posibilidad de modificar de mutuo acuerdo el plan de inversión y, (vi) la obligatoriedad del usuario operador de respetar los contratos en ejecución dentro del área arrendada.

12) Como se aprecia a simple vista, el legislador no previó un régimen especial de contratación para efecto de la selección de los usuarios operadores de las zonas francas ni excluyó los contratos necesarios para su operación de las normas de contratación pública vigentes para la época; en la primera reglamentación de las zonas francas se optó por limitar la intervención estatal a la autorización de la actividad y, en la segunda, se hizo mención expresa a la posibilidad de suscribir contratos de arrendamiento previa selección del usuario operador mediante una convocatoria.

13) En ese contexto, sin perjuicio de las reglas especiales y específicas reglamentarias aplicables a la selección del usuario operador de zonas francas, los contratos suscritos por la Nación en vigencia de la Ley 80 de 1993 para tal efecto se rigen por las normas de dicho estatuto, toda vez que dichas normas reglamentarias distan de contener un régimen especial e integral de contratación, no existe norma expresa que excluya esta tipología contractual específica de la regulación general aplicable a las entidades del Estado ni la Ley 80 de 1993 podía ser objeto de derogación o reforma por normas de inferior jerarquía como lo son los decretos reglamentarios antes referidos, se reitera, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar las disposiciones especiales en ellas contenidas en tanto no sean incompatibles con el Estatuto General de Contratación Pública.

14) Sobre este específico aspecto la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación conceptuó que este tipo de contratos están sujetos al Estatuto General de Contratación Pública⁵, a propósito de la posibilidad de aplicar la

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 23 de abril de 2019, exp. 2385, MP Óscar Darío Amaya Navas.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

restricción del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de prorrogarlos, interpretación que ha sido pacífica y reiterada por parte de la referida Sala⁶.

15) En esas condiciones, el contrato objeto de la presente controversia se rige por el Estatuto General de Contratación Pública.

16) Preciado lo anterior en relación con el régimen jurídico del contrato, se pronunciará la Sala en relación con los específicos cargos de apelación presentados.

3. Ilegalidad de la declaración de incumplimiento del contrato y efectividad de las garantías

3.1 Resoluciones 1004 de 26 de octubre de 1998 y 027 de 13 de enero de 1999

1) La Resolución número 1004 de 1998 se sustentó en el informe de 19 de octubre de 1998 presentado por la interventoría del contrato, la cual reveló el incumplimiento contractual del contratista por la inejecución del plan de inversiones presentado, decisión que se motivó de la siguiente manera:

“Que la Doctora MARÍA CRISTINA SPARZA, interventor (...) presentó el 19 de octubre de 1998 el informe de evaluación de los resultados de las inversiones realizadas por el usuario operador.

Que como resultado final de la evaluación antes mencionada, se determinó que el Usuario – Operador de la zona franca (...) Sofrasa SA incumplió algunas de las obligaciones contenidas en las Resoluciones No. 1327 del 4 de agosto de 1994 y en el contrato de arrendamiento (...) de acuerdo con la siguiente información: ejecución del plan de inversiones de 1994 a 1997 se proyectó una inversión de \$3.271.916.047 y se realizó una inversión por \$1.315.940.736; habiendo un porcentaje de cumplimiento de 40% y de incumplimiento del 60%.

Que de conformidad con el informe transcrito está demostrado que (...) Sofrasa SA no desarrolló la totalidad de las inversiones a que se comprometió según el plan de desarrollo, por ella misma presentado al momento de solicitar que se le designara usuario – operador.

Que en este orden de ideas, se ha comprobado que la sociedad citada ha incumplido parcialmente las obligaciones establecidas en las

⁶ Cfr. Ibidem, conceptos de 26 de abril de 2021, exp. 2.448 y 21 de septiembre de 2022, exp. 2.478, del mismo ponente.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

Resoluciones No. 1327 del 4 de agosto de 1994 y señaladas en el quinto considerando de la parte motiva, así como las cláusulas segunda y décima del contrato de arrendamiento, indicadas en los considerandos siete y ocho idem.

Que en la cláusula séptima del mismo contrato de arrendamiento, se pactó como cláusula penal, una suma igual al 10% del valor inicial del contrato, exigible en el evento en que el usuario – operador incumpla cualquiera de las obligaciones contractuales, a título de pena, sin menoscabo del cobro de la renta y de los perjuicios que pudieren ocasionarse como consecuencia del incumplimiento.

Que para garantizar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, el contratista constituyó la póliza de seguro de cumplimiento no. 0210196794 expedida por la compañía LA PREVISORA SA con vigencia hasta el 31 de agosto de 1999, la cual garantiza, entre otros, el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato incluyendo las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria.” (fls. 1 – 2 cdno. 2 exp. 1999-00778).

2) El 13 de enero de 1999, el ministerio contratante resolvió el recurso de reposición presentado por Sofrasa SA y confirmó la referida decisión (fls. 3 – 4 cdno. 2 exp. 1999-00778) por considerar que, si bien el plan de inversiones podía ser objeto de modificaciones, estas debían adoptarse mediante una modificación del contrato la cual nunca se suscribió y, por el contrario, la entidad no aceptó la propuesta presentada por el contratista toda vez que incluía dejar de ejecutar el 48% de la inversión inicial ofrecida, al tiempo que los hechos que supuestamente imposibilitaron el cumplimiento no fueron sobrevinientes sino que existían al momento de presentación de la oferta.

3) La Sala revocará la sentencia de primera instancia que denegó la pretendida declaración de nulidad de las mencionadas Resoluciones números 1004 de 26 de octubre de 1998 y 027 de 13 de enero de 1999 porque fueron adoptadas con violación del debido proceso de Sofrasa SA, por el hecho de no haberse garantizado el derecho de contradicción y defensa del contratista.

4) El artículo 29 de la Constitución garantiza que el debido proceso es aplicable a todas las actuaciones administrativas, por lo cual, aunque para la época de expedición de estas resoluciones no existía el procedimiento preestablecido para efecto de la declaración de incumplimiento del contrato dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la imposición de sanciones como las derivadas del

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

incumplimiento contractual no pueden imponerse de plano porque sí estaba previsto en el ordenamiento un procedimiento general aplicable a todos aquellos asuntos no regulados expresamente por normas especiales.

a) Las normas de la Parte Primera del derogado Decreto-ley 01 de 1984 (vigente en la época de los hechos), son aplicables a todo procedimiento administrativo no regulado por normas especiales, según se advierte en forma inequívoca en la redacción del artículo 1 del CCA que dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unas y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de ‘autoridades’.

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

(...).”.

b) Según esa preceptiva legal es perfectamente clara e inequívoca, por mandato legal expreso, la aplicación de la Primera Parte del CCA a todos los organismos, entidades y autoridades para el adelantamiento de las actuaciones administrativas, cualquiera sea la Rama del Poder Público u órgano autónomo de poder al que pertenezcan⁷ e independientemente del nivel de la administración pública de la que son parte (nacional, departamental o municipal) y del sector que conforman (central o descentralizado), lo mismo que a los particulares cuando ejerzan funciones administrativas.

c) En otros términos, las normas, principios y reglas previstos en dicho cuerpo normativo tienen por contenido y alcance *regular el ejercicio de la “función*

⁷ Como por ejemplo la Organización Electoral, el Banco de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales (departamentales y municipales).

administrativa” y por tanto la expedición de los actos administrativos y los mecanismos e instrumentos para su control en sede de la propia administración (autocontrol), huelga decir, constituyen un auténtico *estatuto de procedimiento administrativo*⁸, es decir, son el marco normativo básico de regulación de las *actuaciones de naturaleza administrativa*, vale decir del *ejercicio de la función administrativa*, cualquiera que el origen de ellas e indistintamente de la Rama y órgano de poder a la que pertenezca la autoridad encargada de desarrollar o adelantar una actuación administrativa en ejercicio de esa específica función estatal, lo mismo por particulares investidos igualmente de esa función por autorización de la Constitución o de la ley; por expresa disposición legal, estas disposiciones se aplican en forma *general* a toda actuación administrativa y de manera *supletoria*, esto es, siempre y cuando no existan normas o estatutos que establezcan procedimientos especiales para determinadas materias o asuntos o aún cuando exista procedimiento especial, en aquellos precisos aspectos no regulados en este.

d) Aunque en este preciso caso no resulta aplicable el CPACA, norma que no había sido expedida cuando se produjeron las decisiones demandadas, el artículo 2 de este nuevo código también mantuvo el mencionado ámbito de aplicación de la parte primera que rige de manera general y supletiva los procedimientos sancionatorios, así como su decisión y control de legalidad en sede administrativa (antes vía gubernativa) a través de los recursos ordinarios procedentes y del mecanismo de revocatoria directa.

e) Ahora, en los términos del artículo 4 del CCA, aspecto que también se mantuvo en la regulación legal vigente, los procedimientos administrativos inician (i) por el ejercicio del derecho fundamental de petición en interés general, (ii) por el ejercicio del mismo derecho en interés particular, (iii) en cumplimiento de un deber legal, o (iv) de oficio. En este último evento, que corresponde a las actuaciones contractuales que la entidad contratante inició oficiosamente, fue regulado en el

⁸ Muy a diferencia de lo que acontece con las normas, principios y reglas contenidos en la Parte Segunda del del Código (artículos 103 a 309) que tienen por objeto regular el ejercicio de la “*función jurisdiccional*” y que por tanto estas sí, mas no las de la Parte Primera, constituyen un verdadero *Código Contencioso Administrativo*.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

artículo 28 del CCA, el cual, a su vez, remite a los artículos 34 y 35 *ibídem*, que disponen:

“Artículo 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite. (...).” (destaca la Sala).

f) En ese contexto, aún en ausencia de regulación especial, toda actuación administrativa iniciada de oficio, aún en material contractual, debe decidirse mediante decisión motivada, previa oportunidad del interesado para pronunciarse sobre los hechos que la originan y habiendo otorgado la oportunidad para solicitar pruebas y/o controvertir las que se aducen en su contra, so pena de transgredir el derecho de contradicción y defensa del afectado.

5) El derecho de contradicción hace parte del núcleo de la garantía fundamental del debido proceso, por lo cual, el derecho de la decisión previa de la administración está limitado por la necesidad de dar a conocer al interesado las razones por las cuales se adelanta un procedimiento administrativo, *“por sumario que este sea”*⁹ en su contra, con la finalidad de que pueda defenderse antes de ser resuelta una situación jurídica concreta que cree, modifique o extinga sus derechos.

6) La jurisprudencia de las altas cortes ha desarrollado la tesis según la cual la imposición de sanciones de plano afecta el debido proceso:

a) La Corte Constitucional ha sido pacífica en entender que el artículo 29 Superior proscribe la imposición de sanciones de plano aun cuando la ley no prevea un procedimiento específico para garantizar el derecho de contradicción y defensa; en sentencia C-005 de 1998, en la cual declaró inexecutable una norma tributaria

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-359 de 1997, MP Jorge Arango Mejía.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

que permitía sancionar al contribuyente a quien fuera negada la corrección de una declaración tributaria en el mismo acto de rechazo de la solicitud, decisión en la cual también se precisó que la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración no garantiza el debido proceso porque este debe ser previo a la decisión de fondo, en palabras de la Corte:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara al señalar que la aplicación de plano de una sanción, vulnera el debido proceso, pues no otorga al gobernado la posibilidad de controvertir, antes de la sanción, las razones que le asisten para no ser objeto de ella. Un acto sancionatorio, desprovisto de un proceso previo, es un acto arbitrario, contrario al Estado de derecho, previsto en la Constitución.

(...).

En cuanto a la interpretación que la ciudadana interviniente de la DIAN ofrece en el sentido de que el afectado puede controvertir la decisión de la administración interponiendo el recurso respectivo, en el caso tributario, el de reconsideración, la Corte también ha señalado que el hecho de que exista esta posibilidad no obsta para eludir el proceso previo a la imposición de la sanción.

(...).

*En conclusión, en lo que respecta al debido proceso (artículo. 29 de la C.P.), **la imposición de una sanción debe ser resultado de un proceso, por breve que éste sea. Aún en el caso de que la norma, en concreto, no lo prevea.***” (se destaca).

b) Por su parte, el Consejo de Estado también ha sostenido la necesidad de garantizar el debido proceso mediante la posibilidad del ejercicio del derecho de contradicción y defensa en los procedimientos contractuales, lo cual se traduce en la inadmisibilidad de imposición de sanciones de plano; además, que la ausencia de un procedimiento especial para imponer sanciones contractuales se debe llenar con las normas generales de procedimiento previstas en el CCA y, ahora, en el CPACA, frente a lo cual ha expresado lo siguiente¹⁰:

“4. En un Estado que se precie de ser democrático las decisiones de la autoridad administrativa no pueden ser tomadas de plano y sin la participación previa de aquellos ciudadanos que pueden resultar afectados en sus situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas. Por contera, la expedición de todo acto administrativo particular requiere del agotamiento de un procedimiento administrativo previo, entendido éste como el iter que debe recorrer la Administración

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, exp. 0.738, MP Enrique Gil Botero.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

para asegurar que sus decisiones sean justas y válidas. Se trata de una de las manifestaciones más importantes del debido proceso y del derecho que tienen todos los administrados a participar activamente en la asunción de aquellas determinaciones que puedan llegar a afectarlos. La concreción de estas garantías se materializa a través de los derechos de contradicción y defensa, de forma tal que se convierte en imperativo constitucional el escuchar a aquellas personas que pueden verse favorecidas o desfavorecidas con un pronunciamiento de la autoridad administrativa. Si esto es así en actuaciones en las que se debaten aspectos relacionados con la solicitud de autorizaciones, permisos o en general se depreca el reconocimiento de posiciones activas, con mayor razón en aquellos casos en los que se pretende imponer un castigo.

(...).

A su vez, la jurisprudencia de la Corporación¹¹ indicó que los vacíos del procedimiento para la imposición de una sanción se debían llenar acudiendo al procedimiento administrativo general consagrado por el legislador (...).

7) En este particular asunto, el contratista no tuvo la oportunidad de presentar pruebas y la administración edificó sus decisiones sobre una única prueba que nunca permitió controvertir, con lo cual afectó el debido proceso de su contratista.

8) Por el contrario, el ministerio contratante reconoció que no adelantó un procedimiento previo para la declaración de incumplimiento y, por el contrario, en oficio de 22 de junio de 1999 sostuvo que no le permitió conocer el informe de la interventoría porque *“la única pieza procesal de obligatoria comunicación y notificación es el acto definitivo, en este caso la Resolución número 1004 de fecha 26 de octubre de 1998”* (fl. 57 cdno. 1 exp. 1999-00778).

9) Con todo, la entidad contratante aseveró que el contratista conoció de los hechos que motivaron la declaración de incumplimiento porque se adelantaban tratativas con el contratista para modificar el plan de inversión en virtud de las cuales conoció que estaba en situación de incumplimiento contractual; por su parte, el contratista alega que, precisamente por estarse discutiendo la eventual modificación del contrato la entidad contratante desconoció el principio de buena fe por no tener en cuenta dichas negociaciones.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero de 2010. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 36054

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

Sobre este punto la Sala verifica que se aportaron las pruebas que dan cuenta de comunicaciones entre las partes tendientes a la modificación del plan de inversiones del contrato (fl. 90 y ss cdno. 1 exp. 1999-00778) las cuales no equivalen a un procedimiento de declaración de incumplimiento del contrato; por el contrario, estas iniciaron por petición del contratista y no estuvieron encaminadas a discutir si hubo o no incumplimiento sino a pactar bilateralmente una modificación contractual que nunca ocurrió.

10) Contrario a lo que estimó el tribunal de primera instancia, para la Sala el referido oficio de 16 de abril de 1996 (fls. 188 – 190 cdno. ppal. exp. 1999-00778) no contiene una formulación de cargos de incumplimiento contractual ni dio inicio a un procedimiento en el cual el contratista pudiera ejercer su derecho de contradicción; el mencionado documento fue suscrito por el director de la Dirección Técnica para el Desarrollo del Intercambio del Ministerio de Comercio Exterior y en este se indicó, en lo pertinente, lo siguiente:

“De acuerdo a la información enviada por usted sobre las operaciones de la Zona Franca de Santa Marta, esta Dirección ha elaborado un informe, que anexamos, sobre la situación actual de la Zona.

Del estudio y evaluación del mencionado informe se concluye lo siguiente:

(...).

Compromisos de inversión

Para el segundo semestre de 1994, se adquirieron compromisos de inversión en infraestructura por valor de \$148.560.000, y por concepto de mantenimiento de \$73.100.000, para un total semestral de \$221.660.000, de los cuales se efectuaron inversiones por un total de \$43.176.767 equivalentes a un 19% de cumplimiento. Sin embargo, realizaron inversiones no programadas por \$13.865.828, con lo cual se logra una inversión total de \$57.042.595.

De lo anterior se concluye que no se efectuaron durante el semestre inversiones por valor de \$179.663.217, lo que representa un incumplimiento del 81% de lo programado.

(...).

Notamos con preocupación los incumplimientos descritos, por lo que esperamos que esta situación sea subsanada de inmediato. Este tipo de actuaciones representan claramente un incumplimiento de lo

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

*estipulado en el contrato y la legislación que reglamenta las Zonas
Franca del país.” (fls. 189 – 190 cdno. ppal. exp. 1999-00778).*

11) Como se aprecia, el mencionado oficio no corresponde a un pliego de cargos ni a la apertura o inicio de una actuación administrativa para discutir el incumplimiento del contratista y la imposición de la cláusula penal sino a una solicitud para ajustar la ejecución del contrato a lo convenido; además, la decisión de declarar posteriormente el incumplimiento del contrato se sustenta en un documento obtenido en octubre de 1998 y declara el incumplimiento del plan de inversiones hasta el año 1997, mientras que el oficio en comento se limitó a supuestos incumplimiento de inversiones del año 1994, por lo cual no puede inferirse que con dicha comunicación se garantizó el debido proceso del contratista.

12) Por otra parte, en oficios posteriores se discutió por las partes una posible modificación del plan de inversiones pero, tampoco constituyen una actuación tendiente a garantizar el debido proceso para la declaración de incumplimiento contractual. En oficio de 10 de junio de 1998 el ministerio expresó, de manera inequívoca, que no aceptaba la propuesta de modificación del contrato porque implicaba dejar de ejecutar el 48% de la inversión ofrecida (fl. 99 cdno. 1 exp. 1999-00778), aunque sí reconoció la necesidad de modificar el plan de inversiones insistió en la necesidad de que se iguale la propuesta inicial del contratista, escrito redactado en los siguientes términos:

“Si bien es cierto que existe la necesidad de replantear las inversiones de la zona franca, es indispensable el ajuste por parte de ustedes del plan de inversiones, con una inversión que por lo menos iguale la aprobada, teniendo en cuenta obras que desarrollen la zona franca, bajo conceptos y criterio que permitan un replanteamiento equitativo para las partes”. (fl. 100 cdno. 1 exp. 1999-00778).

13) En respuesta, el 30 de junio de 1998, el contratista presentó una propuesta de replanteamiento de las inversiones (fl. 101 cdno. 1 exp. 1999-00778) y la entidad pidió desagregar los distintos rubros de la inversión (fl. 103 ibidem); el contratista presentó una nueva propuesta el 30 de septiembre de 1998 (fls. 104 y ss ibidem); de ello se infiere que la discusión de la eventual modificación del contrato no había concluido, pese a lo cual la administración demandada sorprendió al contratista

con la declaración de incumplimiento sin permitirle la oportunidad para defenderse y controvertir los argumentos y pruebas.

14) En ese contexto, dichos oficios tampoco constituyen una actuación administrativa encaminada a proferir los actos administrativos demandados por lo cual la Sala anulará las Resoluciones 1004 de 26 de octubre de 1998 y 027 de 13 de enero de 1999, por violación del derecho constitucional fundamental del debido proceso y, particularmente, de los derechos de defensa y contradicción.

15) Sofrasa SA no promovió pretensiones de restablecimiento del derecho consecuenciales a la nulidad; pero, sí pidió la declaración de incumplimiento del contrato por parte de la contratante, el restablecimiento del equilibrio contractual y la consecuencial indemnización de perjuicios, súplicas que serán resueltas en capítulo aparte.

3.2 Nulidad de las resoluciones 1147 del 5 de agosto de 2002 y 296 de 28 de febrero de 2003

1) El 5 de agosto de 2002 (fl. 17 cdno. 1 exp. 2004-00331), el Ministerio de Comercio Exterior mediante la Resolución 1147 de 2002 declaró el incumplimiento del contrato por parte de Sofrasa SA, le canceló el permiso de operación, terminó el contrato y dispuso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato en suma equivalente a \$493.082.200 y la póliza de seguro expedida por Agrícola de Seguros por ese valor, decisión que confirmó con la Resolución 0296 de 28 de febrero de 2003. La citada decisión se sustentó en el incumplimiento del plan de inversiones presentado por el contratista en un 53%.

2) La Sala declarará la nulidad de las referidas decisiones porque fueron proferidas sin competencia, debido a que la administración no podía disponer, unilateralmente, la declaración de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal pecuniaria ni terminar el contrato unilateralmente por incumplimiento; de igual manera, prospera el cargo de violación del debido proceso promovido por la aseguradora porque se le impusieron obligaciones sin haber sido vinculada al procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento contractual.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

3) En efecto, la Ley 80 de 1993 no otorgó competencia a las entidades públicas para declarar el incumplimiento contractual y, por el contrario, la eliminó, toda vez que, derogó en su integridad el Decreto-ley 222 de 1983 que facultaba a las entidades para hacerlo; el caso objeto de estudio se analiza entonces de cara a las disposiciones legales vigentes para la época de celebración del contrato (13 de agosto de 2004) que son las llamadas a regir la relación contractual, lo cual pone en evidencia la no aplicación de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 al presente asunto.

4) En esa perspectiva, como ya lo ha precisado esta Sala en recientes pronunciamientos¹², a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993 y hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007, desapareció del ordenamiento jurídico la competencia para que la administración declarara mediante acto administrativo el incumplimiento de los contratos estatales.

5) Aunque la jurisprudencia no ha sido pacífica respecto de esta interpretación y ha sostenido en algunas decisiones que el artículo 68 del CCA facultaba a las entidades para expedir ese acto administrativo, también se ha precisado que aquella no es una norma de competencia ni habilita a la administración para expedir actos para los cuales el ordenamiento jurídico no la faculta¹³:

“EL CONSEJO DE ESTADO ENCUENTRA razonables los argumentos del recurso de apelación.

EN CUANTO A LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO *toda vez que la ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración para declarar el incumplimiento del contratista; sólo erige este hecho como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato condicionado a que ‘afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización’ (art. 18). Por ello se encuentran infringidos abiertamente los artículos 6 y 121 constitucionales relativos, respectivamente, a que ‘Los particulares sólo*

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 7 de octubre de 2019, exp. 45.020, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2022, exp. 62.348, MP. Alberto Montaña Plata, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 13 de julio de 2022, exp. 57.173 MP Fredy Ibarra Martínez y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 16 de agosto de 2022, exp. 61.666 MP Fredy Ibarra Martínez.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 25.765, MP María Elena Giraldo.

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
 Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
 Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

*son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y a que ‘Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley’.*⁶

*Por lo tanto no se comparten los argumentos del Tribunal, alusivos, de un lado, a que sería necesario hacer un estudio jurídico y probatorio para determinar si el acto acusado quebranta esas disposiciones, toda vez que el contenido de la ley 80 de 1993 revela la inexistencia de competencia para declarar el incumplimiento y que el incumplimiento del contratista es sólo uno de los supuestos de hecho para declarar la caducidad del contrato, siempre y cuando tal incumplimiento sea cualificado en la forma prevista en el artículo 18 ibídem. De otro lado, tampoco se participa del criterio según el cual el artículo 4 de la ley 80 (num 2) autoriza la declaratoria del incumplimiento cuando establece como deber y derecho de las entidades públicas el adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar. Y no se participa de ello porque no puede asimilarse ese deber a una competencia para declarar el incumplimiento, toda vez que la misma disposición precisa que las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias están condicionadas a las que **hubiere lugar**, según la misma ley 80, que pueden o ser las consecuenciales a los actos administrativos dictados con base en competencia expresa administrativa, las que se obtengan con base en declaración judicial o en mecanismos alternativos de solución de conflictos.”* (negrilla, subrayado y mayúsculas fijas del original).

6) De acuerdo con lo expuesto, la Sala reitera su criterio de decisión jurisdiccional en el sentido de indicar que entre la expedición de la Ley 80 de 1993 y la vigencia de la Ley 1150 de 2007 la administración no tenía competencia para declarar el incumplimiento de los contratos y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por lo cual debía acudir al juez para tal efecto; nótese que al pactarla tampoco se atribuyó en forma expresa e inequívoca la posibilidad de que una de las partes la hiciera efectiva en forma unilateral.

7) Por ende, aunque no hay prueba de la desviación de poder y violación de la igualdad alegadas -en la medida en que no se aportó ningún medio de convicción que permita estimar que las decisiones atacadas estuvieron dirigidas a obtener finalidades distintas a las del buen servicio o que el trato frente al contratista fue discriminatorio en relación con otros operadores de zonas francas-, no se acreditó el incumplimiento por parte de la contratante, quien, se limitó a hacer exigible el plan de inversiones acordado, el cual nunca se modificó por acuerdo bilateral ni el eventual desequilibrio del contrato (el cual tampoco se probó) exime a la

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

contratista de cumplir con lo pactado, la declaración de incumplimiento del contrato es nula por falta de competencia y así se declarará.

8) Adicionalmente se tiene, en cuanto a la demanda de Agrícola de Seguros SA en contra de dichos actos, que la demandada no negó el hecho de haber decidido sin vincular a dicha compañía al trámite, razón suficiente para que prospere el respectivo cargo de nulidad invocado por esta.

9) Resta precisar que los contratos para la operación de las denominadas “zonas francas” tenían una regulación especial para la época que permitía pactar la caducidad y otras condiciones tendientes a exigir el cumplimiento del usuario - operador¹⁴, por lo cual no es dable concluir que la prohibición de pactar cláusulas excepcionales en el arrendamiento de inmuebles contenida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 resulte aplicable a este particular asunto, cosa distinta es la falta de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento contractual la cual no estaba prevista en la ley ni contractualmente se confirió facultad para disponer sobre este aspecto en forma unilateral.

9) Por lo expuesto, aunque no se probó que con este acto se hubieran reproducido las Resoluciones 1004 de 1998 y 0027 de 1999, por cuanto la mención a estas fue puramente descriptiva en el sentido de indicar que se profirieron dichos actos, se declararán integralmente nulas las Resoluciones números 1147 del 5 de agosto de 2002 y 296 de 28 de febrero de 2003, toda vez que la totalidad de las decisiones allí adoptadas en razón de la prosperidad de los cargos de falta de competencia y violación del debido proceso.

10) Sofrasa SA no pretendió ningún restablecimiento del derecho producto de la nulidad y Agrícola de Seguros SA pidió que por ese concepto se le reparen los perjuicios ocasionados, sin embargo, no los acreditó.

¹⁴ Decreto 2480 de 1993. “Artículo 13. El contrato de arrendamiento a que se refiere el artículo anterior se condicionará, so pena de declaratoria de caducidad al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario como usuario-operador de la zona, sin perjuicio de las demás condiciones que se estipulen en el contrato o de aquellas previstas en la ley.”.

4. Ilegalidad de la liquidación unilateral del contrato contenida en la Resolución número 1413 de 7 de julio de 2004 y en el acto ficto que la confirmó

1) El 7 de julio de 2004, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo liquidó unilateralmente el contrato objeto de la controversia a través de la Resolución número 1413 (fls. 22 – 33 cdno. 1 exp. 2005-01387); para tal efecto, determinó que el cruce de cuentas entre las partes era el siguiente:

Arrendamiento dejado de percibir desde octubre 1 de 2001 a junio 10 de 2013	\$1.125.021.661
Intereses de mora al 10 de junio de 2003	\$128.341.295
Daño emergente equivalente al valor de las construcciones y mejoras no realizadas	\$2.346.127.595
Cláusula penal pecuniaria	\$1.497.687.874
Lucro cesante	\$514.431.997
TOTAL	\$5.611.610.422

2) La referida liquidación fue adicionada por la Resolución 2148 de 1 de octubre de 2004 en la cual se ordenó surtir la notificación (fl. 34 cdno. 1 exp. 2005-01387); Sofrasa SA presentó recurso de reposición en contra de la liquidación (fls. 34 y ss ibidem) el cual afirma que no fue decidido, hecho que la demandada reconoció como cierto por considerar que perdió competencia producto de la presentación de la demanda tendiente a obtener la liquidación judicial el contrato.

3) A juicio de la Sala, la administración sí tenía competencia para liquidar el contrato por fuera de los plazos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, pues, según la reiterada jurisprudencia de la Sala¹⁵, dicha facultad unilateral puede ejercerse siempre que no haya operado la caducidad para acudir a la jurisdicción en procura de las pretensiones derivadas del contrato; en este caso, la terminación unilateral que se anula quedó en firme el 28 de febrero de 2003, por lo cual, a partir de ese momento se contabilizaban los respectivos plazos de cuatro (4) y dos (2) meses para la liquidación y, vencidos estos, el término para accionar, el cual vencía, en consecuencia, el 3 de septiembre de 2005, por ende, no operó la falta de competencia temporal para liquidar el contrato (ni la caducidad del medio de control porque, liquidado el contrato en dicho término, las

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 2022, exp. 60.828, MP Martín Bermúdez Muñoz.

pretensiones podían formularse dentro de los dos (2) años siguientes a la liquidación y, en todo caso, el acto ficto podía demandarse en cualquier tiempo).

4) Sin embargo, el acto de liquidación es nulo porque (i) incluye el valor de la cláusula penal anulada, (ii) impone una indemnización de perjuicios que solo podía ser fijada por el juez (daño emergente y lucro cesante), y (iii) hace exigibles amparos no otorgados por Agrícola de Seguros SA, lo cual impone disponer la liquidación judicial correspondiente.

5) En efecto, la cláusula penal pecuniaria, en los términos pactados no excluye, en el caso particular que se decide, la posibilidad de cobrar otros perjuicios que se encuentren demostrados; sin embargo, el valor de la cláusula penal no puede incluirse en la liquidación del contrato como necesaria consecuencia de la nulidad de los actos administrativos que la hicieron efectiva; la competencia para determinar su aplicación y monto correspondía al juez del contrato, sin embargo, en este caso la contratante no demandó su fijación por el juez.

6) La liquidación del contrato corresponde a un cruce de cuentas de la ejecución del contrato con el fin de determinar quién debe a quién, por qué y cuánto, no obstante, la posibilidad de ejercer dicho corte de cuentas no faculta a la administración para tasar el valor de los perjuicios que considera haber sufrido pues no existe regla alguna en el ordenamiento jurídico aplicable que habilite dicha competencia ni fue conferida por la contraparte del contrato; en efecto, si la entidad demandada consideraba que el incumplimiento contractual del contratista le irrogó perjuicios debió acudir en procura de su fijación por parte del juez del contrato a través del medio de control de controversias contractuales, pero, carecía de competencia para tasarlos unilateralmente y, menos aún, sin audiencia de los afectados¹⁶; por lo tanto, la liquidación unilateral del contrato es nula.

6) Ciertamente, no podía el ministerio contratante, so pretexto de liquidar el contrato, fijar sumas como daño emergente y lucro cesante en su favor, derivadas del supuesto incumplimiento de su contraparte, esto es, carecía de competencia

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 18 de noviembre de 2021, exp. 51.508, MP Fredy Ibarra Martínez.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

para tasar la indemnización a cargo de su contratista; la inclusión de la cláusula penal por un valor que nunca fue reconocido en su favor tampoco era viable, en atención al régimen jurídico sustancial que gobierna este particular asunto (anterior a la expedición de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011).

7) Además, en la liquidación del contrato se ordenó notificar a Agrícola de Seguros SA sin precisar cuáles conceptos le serían eventualmente exigibles a la aseguradora del contrato y con inclusión de sumas en exceso de los amparos otorgados lo cual también impone la prosperidad de los cargos de nulidad formulados por esta.

8) En consecuencia, el cruce de cuentas adoptado por la administración con inclusión de los referidos conceptos es nulo y así se declarará; por consiguiente, el contrato será liquidado judicialmente en la presente sentencia tal como lo suplicó Sofrasa SA.

9) A título de restablecimiento del derecho, Agrícola de Seguros SA pretende que se declare que no está obligada a pagar ninguna suma por concepto impuesto en la liquidación judicial, a lo cual se accede, toda vez que se anulan los actos que le impusieron el pago de la cláusula penal pecuniaria; el ministerio no formuló pretensiones que puedan serle reconocidas en la presente sentencia y el amparo de cumplimiento otorgado no se extiende a las sumas que el contratista dejó de pagarle en ejecución del contrato, según consta en el numeral 1.3 de las condiciones de la póliza:

“1.3 AMPARO DE CUMPLIMIENTO. EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO COMPRENDE EL PAGO DE LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAGA EFECTIVA. EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA SERÁ CONSIDERADO COMO PARCIAL PERO DEFINITIVO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A LA ENTIDAD CONTRATANTE.” (fl. 229 cdno. 1 exp. 1999-00778).

5. Pretensiones económicas del contratista

Con antelación a liquidar el contrato procede definir los reclamos económicos de Sofrasa SA con el fin de determinar si existen sumas en su favor que deban ser incluidas en esta por los conceptos pretendidos.

1) En las pretensiones 1.1.3) del expediente 1998-00778 y primera del expediente 2004-00331 Sofrasa SA solicitó la declaración de incumplimiento contractual por parte del ministerio contratante por el hecho de no haber aceptado la modificación del plan de inversiones, sobre la premisa de considerar que este fue aceptado como flexible desde la concepción y suscripción del contrato; consecuentemente, pretende que se declare que hubo desequilibrio financiero del contrato por el hecho de no haberse aceptado la modificación del valor del contrato, pese a la dificultad económica que afrontaron para la época las zonas francas del país.

2) La Sala deniega estas pretensiones porque no hay evidencia de que la entidad demandada se hubiera apartado de las previsiones del contrato; la estipulación del plan de inversiones, como herramienta flexible y sujeta a eventuales cambios, no permite concluir que el externo contratante estaba obligado a aceptarlos siempre que fueran propuestos por el contratista o que este pudiera adoptarlos en forma unilateral; las pruebas aportadas revelan que si bien se surtió una negociación para tratar de modificar dicho plan, nunca hubo acuerdo, el cual, de existir, debió plasmarse en un documento modificadorio del contrato lo cual no ocurrió, tal como las partes lo reconocen, situación que aconteció porque, según la contratante, la modificación ofertada era ampliamente inferior al compromiso adquirido por el contratista y, por lo tanto, inaceptable para esta.

3) En ese contexto, lo probado es que Sofrasa SA ofreció un plan de inversiones que acepta no haber cumplido y que era obligatorio para las partes mientras estas no adoptaran bilateralmente las modificaciones correspondientes.

4) Sofrasa SA pretendió acreditar la supuesta imposibilidad de cumplir por hechos exógenos a través de un dictamen pericial (fls. 429 – 462 cdno. dictamen exp. 1999-00778) en el cual se identifican (i) los contratos de arrendamiento de zonas

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

de la zona franca a terceros, (ii) las obras de acueducto realizadas por Sofrasa SA, (iii) la existencia de un ramal del ferrocarril en las instalaciones arrendadas y, (iv) si existen zonas improductivas en el área arrendada.

5) El perito dictaminó: (i) que en el área de la zona franca estaban vigentes los siguientes contratos de arrendamiento:

Contrato 006 de 1992	10.000 m2 encerrados para almacenamiento de bienes comerciales a 20 años.
Contrato 011 de 1992	7.300 m2 lote para almacenamiento de mercancías con un plazo de 10 años
Contrato 008 de 1988	1.108 m2 área descubierta y construcción autorizada para almacenamiento de mercancías a 15 años.
Contrato 009 de 1988	400 m2 lote y construcción para realizar actividades industriales a 30 años.
Contrato 002 de 1992	Lote de 200 m2 actividad industrial de confección a 15 años.
Contrato 006 de 1992	Lote de 10.000 m2 para bodegaje a 20 años.
Contrato 009 de 1992	Lote descubierta (no se indica el área sino los linderos) para actividades industriales de fabricación de repuestos y reconstrucción de equipos, a 8 años.
Contrato 011 de 1992	Lote descubierta a 10 años para almacenamiento de mercancías

6) La existencia de estos contratos fue prevista en el pliego de condiciones que sirvió de sustento a la contratación; en el numeral 2.5.5 del pliego (fl. 6 cdno. 29) se determinó que el área total a arrendar sería de 347.043 m², de los cuales 25.974 m² de área productiva estaban arrendados y 277.288 m² sin arrendar, por lo cual esta circunstancia no constituyó un hecho nuevo imputable a la arrendadora ni tampoco era desconocida para los oferentes.

De igual manera, en el pliego se exigió que las ofertas debían incluir los siguientes aspectos:

“4.2 BASES PARA LA ELABORACIÓN DE LA PROPUESTA

4.2.2 Compromiso de recibir, mediante cesión del Ministerio de Comercio Exterior y continuar con la ejecución de la totalidad de los contratos suscritos vigentes a la fecha de la firma del acta de liquidación del establecimiento público zona Franca Industrial y Comercial de Santa Marta. En aquellos contratos en los cuales se haya pactado la reversión de los inmuebles construidos por el usuario en favor del establecimiento público y cuyo valor se viene amortizando con una tarifa diferencial de

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

*arrendamiento, continuarán en las mismas condiciones y la reversión
operará en favor de la Nación – Ministerio de Comercio Exterior (fl. 9
cdno. 29).*

En ese contexto, lo probado es que Sofrasa SA conoció de la existencia de dichos contratos al momento de confeccionar su ofrecimiento, se comprometió a aceptar la cesión de la posición contractual y a mantener su ejecución, por manera que no puede, válidamente, alegar la imposibilidad de cumplir su plan de inversiones con sustento en ese hecho; en todo caso, el contratista no alegó ni probó incumplimiento del ministerio contratante de la obligación de ceder dichos contratos ni se discutió este aspecto durante el proceso.

7) El hecho de haber realizado Sofrasa SA obras de acueducto y alcantarillado que fueron evidenciadas por los peritos no la relevaba de cumplir con el plan de inversión ofrecido y solo hacía parte de un componente de servicios públicos al cual se obligó el contratista.

8) La existencia de un ramal del ferrocarril en las instalaciones arrendadas tampoco fue un hecho nuevo ni desconocido para los oferentes, quienes debían visitar las instalaciones antes de ofertar¹⁷; además, el compromiso de Sofrasa SA sobre este aspecto no fue específicamente construir una línea interna sino *“el desarrollo progresivo de un parque industrial que de ser factible se interconectará con un ramal de la línea férrea que lo conducirá a la red principal y a su turno facilitará su acceso directo al puerto”* (fl. 44 cdno. 29 oferta de Sofrasa SA).

En el dictamen pericial se indicó que *“dicha estructura muestra la presencia abrasiva de una enredadera vegetal, lo que demuestra la falta de uso de este sistema de transporte en mucho tiempo. Como consecuencia de las políticas de manejo del sistema ferroviario en Colombia encontramos en estado de abandono toda la infraestructura instalada (...) por estas razones se detecta que aún cuando*

¹⁷ Según el pliego de condiciones: *“14. VISITA. Es absolutamente indispensable que el interesado o un representante autorizado, haga una visita a las instalaciones de la Zona Franca Industrial y Comercial de Santa Marta, para que se entere de todos los detalles inherentes al desarrollo del contrato. (...) El hecho de que los interesados no se familiaricen con los detalles y condiciones de la zona Franca industrial y comercial de Santa Marta no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones”*. (fl. 18 cdno. 29).

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

existe la infraestructura del sistema ferroviario, este no presta servicio en la actualidad” (fl. 10 cdno. dictamen exp. 1999-00778).

En esas condiciones, el dictamen no acredita cumplimiento de lo ofertado ni la ocurrencia de algún hecho imputable a la contratante que lo hubiera impedido.

9) La existencia de zonas sin desarrollo también era conocida por Sofrasa SA desde la presentación de la oferta lo cual se evidencia con el análisis de la oferta:

“INFRAESTRUCTURA BÁSICA

Se llevará a cabo un importante plan de rehabilitación de las construcciones existentes. Se urbanizará dotando de servicios del área industrial para su habilitación temprana. Para ello se recuperarán y se harán descapotes en franjas de terreno nuevas para iniciar la adecuación de nuevos patios. En los dos años de esta etapa de corto plazo se espera dejar acondicionado un área aproximada de 100.000 m2 aprox.

(...).

ZONA FRANCA INDUSTRIAL

“La Zona Franca Industrial de Santa Marta, cuanta con un área potencial para el desarrollo de 260.000 m2 aprox. en un terreno donde no se ha realizado ningún tipo de obra civil. (fl. 44 cdno 29 – mayúsculas fijas del original).

10) En síntesis, no hay prueba de que el incumplimiento de Sofrasa SA hubiera estado determinado por conductas atribuibles al ministerio contratante; por el contrario, se acreditó que dicha sociedad conocía las condiciones del inmueble y los contratos que se desarrollaban en este, pese a lo cual adquirió -a sabiendas de las específicas condiciones del terreno- obligaciones que no cumplió, sin que haya prueba de hechos imprevistos, exógenos o imputables a la contratante.

11) El precio acordado por las partes tampoco puede tenerse como elemento generador de desequilibrio de la ecuación financiera del contrato porque este fue pactado desde el inicio, aceptado por las partes y no varió durante la ejecución.

12) Por su parte, el entonces Ministerio de Comercio Exterior presentó las cifra de ingresos de la Zona Franca durante los últimos ejercicios con el fin de permitir los

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

cálculos y proyecciones por parte de los interesados; la demandante no desvirtuó la veracidad de la información presentada, por lo cual, la inexactitud en los cálculos realizados para la oferta o la imposibilidad de obtener los réditos esperados no es fuente de desequilibrio económico porque no estuvo determinada, se insiste, por hechos exógenos ni por alguna variación de las condiciones introducida por la contraparte (ius variandi).

13) La parte actora pretendió demostrar a través de un dictamen pericial rendido por una economista que su situación económica se vio impactada por dificultades financieras derivadas por la desaceleración de la economía y la recesión económica que disminuyeron la demanda de servicios de las zonas francas; el perito señaló frente a este punto:

“1. La recesión económica generalizada, enfrentada a partir de 1998, con una reducción aguda de sus clientes más importantes. La demanda de utilización de bodegas en el año 1998 era de un 48%, lo que indicaba que la empresa Sofrasa S.A. está generando pérdida.

2. En los años 1996 y 1997 la demanda de utilización de bodega se mantenía en porcentajes que oscilaban entre el 70 y 80% de ocupación”
fl. 3 c. dictamen exp. 1999-00778).

14) Para la Sala, estas conclusiones genéricas no están soportadas porque no hay evidencia de un hecho imprevisible y externo a la demandante que hubiera alterado las condiciones existentes en la época de celebración del contrato; téngase en cuenta, además, que el objeto del contrato excedía el simple arrendamiento de un inmueble e imponía al contratista actividades de promoción del comercio exterior e impulso de la zona franca a través de inversiones que se obligó a realizar y no realizó.

15) Por consiguiente, las afirmaciones generales del dictamen no acreditan que hubo una causa externa que alteró la ecuación del contrato, la supuesta recesión invocada no es un hecho notorio para todos los sectores de la economía y, en todo caso, la promoción de la ocupación de la zona franca era una obligación del arrendatario quien no probó haber ejecutado aquello que le correspondía para promoverla; igualmente téngase en cuenta que el eventual desbalance económico del contratista no lo releva del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y,

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

por ende, no hay certeza sobre las causas del fracaso económico del proyecto; lo cierto es que la prueba del hecho externo imprevisible le correspondía a la parte actora, quien no cumplió con dicha carga, razón que impide la prosperidad de los reclamos económicos por desequilibrio.

16) Tampoco hay lugar a ordenar el pago de suma alguna en favor del contratista producto de la nulidad de la terminación unilateral del contrato debido a que para el momento en que fue adoptada tal determinación el contratista estaba en situación de incumplimiento.

17) De conformidad con lo expuesto, las pretensiones económicas de la parte demandante sustentadas en el incumplimiento del contrato y en su supuesto desequilibrio financiero deben ser desestimadas.

6. Liquidación judicial del contrato

La Sala liquidará el contrato según lo pretendido porque existen bases probatorias para hacerlo, de conformidad con lo siguiente:

1) En respuesta al oficio librado por el tribunal de primera instancia durante la etapa probatoria, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reconoció -de acuerdo con lo que manifestó está reflejado en los informes de interventoría- que el contratista pagó el arrendamiento desde el inicio del contrato (1994) hasta el mes de septiembre del año 2001 (fl. 346 cdno. 10 exp. 1999-00778); también reconoció que Sofrasa SA reintegró las instalaciones arrendadas el 10 de junio de 2003¹⁸; a su vez, certificó que el valor pendiente por arrendamientos entre octubre de 2001 y 10 de junio de 2003 equivale a \$944.429.586,36 (fl. 349 cdno. 10 exp. 1999-00778). La entidad contratante no reclamó el reconocimiento de intereses sobre estas sumas por lo cual se incluirá en la liquidación únicamente su valor actualizado conforme al IPC.

¹⁸ Entre las partes se suscribió en la referida fecha un acta de entrega del inmueble en la cual consta ese hecho (fl. 69 cdno. 1 exp. 199-00778).

Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales

2) Sofrasa SA reclama el reconocimiento de inversiones “*no amortizadas*”; para tal efecto, se tiene que, en la oferta presentada, adicional al valor del arrendamiento, la mencionada sociedad se obligó a adelantar a su costa un específico plan de inversiones en el inmueble (fl. 39 cdno. 29), con la siguiente precisión:

“1.2 OBRAS DEL PLAN DE INVERSIONES

Estos costos han sido estimados con base en el valor calculado para las obras de construcción proyectadas para el tiempo de adjudicación pretendido con la propuesta, y aquellas de expansión y modernización que según el presente estudio deben desarrollarse durante el período de arrendamiento” (fl. 39 cdno. 29 – mayúsculas sostenidas del original).

3) En relación con las fechas de inversión, la propuesta de Sofrasa SA refiere a dos períodos para un total de cinco (5) años para realizar la totalidad de la inversión, en los siguientes términos:

“1.3.2 FECHAS DE INVERSIÓN

La inversión se realiza en dos fases: la primera comprende el período 1994-1996 y la segunda corresponde al período 1997 – 1998.” (fl. 46 cdno. 2).

4) De conformidad con lo expuesto, Sofrasa SA no probó la existencia de valores invertidos no amortizados; lo demostrado es que el contrato se ejecutó durante nueve (9) años de los quince (15) pactados, durante los cuales el contratista siempre estuvo en mora de cumplir el plan de inversión; al final de la ejecución ya debía estar ejecutado el 100% de la inversión y no lo estaba.

5) El pliego de condiciones base del contrato, la propuesta y el contrato no refieren específicamente la forma de amortizar las inversiones y no se acreditó que existan algunas pendientes de amortizar, carga que le correspondía al demandante.

6) En ese marco fáctico y probatorio, el contrato se liquida con saldos en contra de Sofrasa SA y en favor del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por el valor de los cánones de arrendamiento impagados hasta la época de devolución efectiva del inmueble (\$944.429.586,36), sumas que se indexan con base en el

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

IPC con el fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo, desde la devolución efectiva del inmueble (junio de 2003) hasta la época del presente fallo.

$$VA = VH * \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$VA = \$944.429.586,36 * \frac{148,68 \text{ (marzo de 2025)}}{52,33 \text{ (junio de 2003)}}$$

$$VA = \$2.683.313.413$$

7. Costas

No hay lugar a condena en costas de esta instancia toda vez que no se advierte conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida en el proceso que justifique imponerlas; lo anterior en los términos del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 aplicable al presente proceso; por la misma razón se confirma la sentencia apelada en tanto no las impuso.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, 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 :

1º) Revócase la sentencia de 2 de noviembre de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena; en su lugar, se dispone:

PRIMERO. Inhíbese de emitir pronunciamiento en relación con los oficios de trámite relacionados con la aprobación de garantías demandados en las pretensiones 1.1.7 a 1.1.9 del expediente 1999-00778.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

SEGUNDO. Decláranse nulas las Resoluciones números 1004 de 26 de octubre de 1998 y 027 de 13 de enero de 1999 proferidas por el Ministerio de Comercio Exterior en virtud de las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato de arrendamiento e inversión suscrito entre la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA – Sofrasa SA y el Ministerio de Comercio Exterior, para la operación de la zona franca de Santa Marta el 4 de agosto de 1994 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

TERCERO. Decláranse nulas las Resoluciones números 1147 del 5 de agosto de 2002 y 296 de 28 de febrero de 2003 por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de arrendamiento e inversión suscrito entre la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA – Sofrasa SA y el Ministerio de Comercio Exterior para la operación de la zona franca de Santa Marta el 4 de agosto de 1994 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria.

CUARTO. Declárase nula la Resolución número 1413 de 7 de julio de 2004 por la cual se liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento e inversión suscrito entre la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA – Sofrasa SA y el Ministerio de Comercio Exterior para la operación de la zona franca de Santa Marta el 4 de agosto de 1994 y el acto ficto negativo producto del silencio en relación con el recurso de reposición promovido por Sofrasa SA.

QUINTO. Niéganse las demás pretensiones de las demandas, incluidas las pretensiones económicas de incumplimiento contractual, desequilibrio económico y reconocimiento de inversiones no amortizadas formuladas por la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA Sofrasa SA.

*Expedientes: 47001-23-31-000-1999-00778-01 (70.158) y acumulados
Demandantes: Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa
Marta – en Liquidación y Agrícola de Seguros SA
Controversias contractuales*

SEXTO. Liquídase judicialmente el contrato de arrendamiento e inversión suscrito entre la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Santa Marta SA – Sofrasa SA y el Ministerio de Comercio Exterior para la operación de la zona franca de Santa Marta el 4 de agosto de 1994, con saldo en favor del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y a cargo de Sofrasa SA En Liquidación o de quien hubiere asumido sus pasivos contingentes, en el equivalente a DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS (\$2.683.313.413), incluida la actualización hasta la fecha de la sentencia.

SÉPTIMO. Declárase que Agrícola de Seguros SA no está obligada a pagar ninguna suma con ocasión de los actos demandados ni en virtud de la presente sentencia.

OCTAVO. Abstiénese de imponer condena en costas.

2º) Abstiénese de imponer condena en costas en segunda instancia.

3º) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

<i>(firmado electrónicamente)</i> FREDY IBARRA MARTÍNEZ Magistrado Ponente	Aclara el voto <i>(firmado electrónicamente)</i> ALBERTO MONTAÑA PLATA Magistrado Presidente de Subsección
--	--

La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.