



Compartido por:



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Expediente: 250002336000-2016-00672-01 (63740)
Demandante: CNR III Ltd. Sucursal Colombia
Demandados: Agencia Nacional de Minería
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *REVISIÓN DEL CONTRATO – ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO - La revisión del negocio jurídico por la sobreviniente excesiva onerosidad de una o varias de las prestaciones futuras a cargo de alguna de las partes, debe tener origen en circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles; en esa medida, su ámbito de aplicación excluye las situaciones que, en consideración al caso concreto, de forma objetiva y razonable pueden anticiparse, así como aquellas que se hayan exhibido como probables. / EXCESIVA ONEROSIDAD - Debe ser externa y ajena a quien la alega, por lo que excluye aquellos sucesos que están en la órbita del riesgo que éste ha asumido, así como los originados o derivados de su negligencia o imprudencia, por haberse expuesto o contribuido a su ocurrencia, o por no haber adoptado las medidas necesarias para mitigarlo o prevenirlo.*

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

La parte actora solicita la revisión de un contrato minero en virtud de aporte, con fundamento en situaciones imprevistas que han hecho excesivamente onerosa su ejecución en los términos del artículo 868 del Código de Comercio.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 29 de noviembre de 2018¹, en la que el Tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda.

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada el 18 de marzo de 2016² por la sociedad CNR III Ltd. Sucursal Colombia (el contratista, la parte actora o el

¹ Cuaderno principal, folios 349 a 422.

² Cuaderno 1, folios 1A a 48.

demandante) en contra de la Agencia Nacional de Minería (en adelante la ANM o la entidad demandada), donde solicitó revisar el contrato de aporte 147-97, específicamente la cláusula 17.1. relativa a la Contraprestación por Ingresos Brutos.

La demanda y sus fundamentos

3. Como principales hechos y argumentos que sirvieron de sustento para la acción, la demandante explicó que:

(i) El 10 de febrero de 1997 se celebró el contrato de aporte de gran minería 147-97 (en adelante el contrato o el negocio jurídico) con la Autoridad Minera entonces competente (ECOCARBÓN) sobre la mina El Hatillo, cuyo objeto consiste en la realización por parte del contratista de un proyecto carbonífero de Gran Minería, con destino primordial al suministro de la Carboeléctrica del Cesar (Termocesar) y a los mercados de exportación, con una duración de treinta (30) años.

(ii) El consumo anual del carbón de Termocesar fue definido en 800.000 toneladas. En tal virtud, para garantizar el suministro de la carboeléctrica, en la cláusula 17.1 se pactó una contraprestación económica a cargo del contratista denominada "*Compensación por Ingresos Brutos*" o CIB, la cual solo se causaría para el carbón de exportación. El propósito de esa contraprestación fue desestimular la exportación del carbón proveniente del proyecto, de tal forma que el destino primordial del carbón producido fuera para Termocesar.

(iii) En 2003 culminó el periodo de exploración minera previsto en el contrato, y el año siguiente el contratista presentó el informe de resultados de la etapa de exploración técnica, incluyendo el Programa de Trabajos e Inversiones (PTI), siendo aprobado el 21 de julio de 2004. Posteriormente, se presentaron circunstancias imprevistas que han afectado la ejecución contractual, haciendo excesivamente onerosa el pago del CIB para el demandante. Específicamente, la parte actora identificó las siguientes:

a) No materialización de suministro de carbón a Termocesar: Explicó que la cláusula primera del contrato establece como objeto: "*...la realización por parte de EL CONTRATISTA de un proyecto de Gran Minería, con destino primordial al suministro de la Carboeléctrica del Cesar, Termocesar...*", proyecto para el cual se preveía el suministro de 800.000 toneladas anuales; no obstante, la carboeléctrica nunca se construyó, por lo que la sociedad demandante ha visto truncada su expectativa de destinar la producción de carbón al mercado local de carbón, excluido del pago del CIB, y en tal sentido, las proyecciones económicas del contrato se vieron afectadas alterando su viabilidad financiera pues el contratista quedó obligado a destinar la producción de carbón al mercado internacional y con ello a pagar por toda la producción de carbón esa compensación.

b) Decisiones gubernamentales que agravaron la ejecución del contrato, las cuales dividió en:

- *Eliminación de los incentivos para las Zonas de Fronteras:* La Ley 191 de 1995, estableció una serie de incentivos tributarios para las compañías y grandes consumidores constituidos en las Zonas de Frontera, posteriormente modificada por la Ley 681 de 2001. Particularmente, establecía la exención para los grandes consumidores de combustibles líquidos “*del impuesto global, IVA y arancel.*” (Art. 1º. Ley 681 de 2001); no obstante, el artículo 9º de la Ley 1430 de 2010 derogó el incentivo anterior, lo cual implicó un aumento material del costo de los combustibles.
 - *Declaración de área fuente de la zona minera del Cesar:* Mediante Resolución 386 del 7 de marzo de 2007 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, declaró la zona minera del Cesar como área fuente de emisiones, con lo que se limitó la producción de los proyectos de carbón y a la vez se intensificaron las medidas de manejo ambiental. Por efecto de esta declaración, con la Resolución 970 de 2010 se ordenó el reasentamiento de tres poblaciones en la zona minera del Cesar (Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón), cuyos costos debieron asumir las empresas que explotan proyectos mineros en esa zona, entre ellos, la parte actora.
 - *Impuesto sobre los Explosivos:* El artículo 48 de la Ley 1438 de 2011 creó el impuesto social a las municiones y explosivos, un impuesto *ad valorem* a una tasa del 20%. Esta tasa añadió una carga adicional al costo de producción del carbón haciendo más oneroso el componente de voladura de estéril y carbón.
 - *Reformas tributarias:* Entre la firma del contrato y la presentación de la demanda, se han identificado un total de nueve reformas tributarias, las cuales también han aumentado de forma desproporcionada los costos de producción.
- c) Evolución negativa de las variables económicas: Con fundamento en los cambios del IPC³, el IPP⁴, el crecimiento del salario mínimo y las variaciones del precio internacional del carbón, desde el momento en que se celebró el negocio jurídico.
- d) Requerimiento e imposibilidad de acceder a un puerto de cargue directo: La Ley 1450 de 2011 ordenó la implementación del sistema de cargue directo en los puertos exportadores de carbón a partir del 1 de enero de 2014, pero la empresa venía exportando su carbón a través del puerto de la Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A., el cual tenía implementado un sistema de cargue de carbón en fondeo mediante la utilización de barcazas, lo cual debió suspender el 31 de diciembre del año 2013; aunque la demandante conoció la decisión del gobierno en materia portuaria desde 2007, tuvo la razonable expectativa de acceder al puerto público Puerto Nuevo S.A., entidad que implementó un sistema de cargue directo antes de la fecha prevista como plazo máximo en la Ley 1450 de 2011, situación

³ Índice de Precios al Consumidor.

⁴ Índice de Precios del Productor.

que por razones ajenas a su voluntad no se han dado, por lo que el 1 de enero de 2014 se quedó sin acceso a un puerto de embarque, circunstancia que definitivamente hizo excesivamente gravosa la operación minera.

(iv) Con ocasión de las circunstancias imprevistas antes anotadas, la CIB establecida en la cláusula 17.1 del negocio jurídico se ha vuelto inequitativa haciendo inviable financieramente el proyecto por lo que procede su revisión en los términos del artículo 868 del Código de Comercio.

4. La parte actora solicitó declarar, que (i) la CIB pactada en la cláusula 17.1 se ha tornado inequitativa por la ocurrencia de situaciones graves e imprevistas acaecidas durante la ejecución del contrato, y subsidiariamente, que (ii) operó el desequilibrio económico del negocio jurídico. Como pretensiones consecuenciales ante la procedencia de la pretensión principal o su subsidiaria, solicitó que: (iii) se revise la cláusula 17.1 contentiva de la CIB y se establezca una contraprestación equitativa, en los términos de la ley que rige el contrato, actualizando sus precios; y (iv) se ordene a la entidad demandada reintegrar a la parte actora las sumas pagadas por concepto de CIB, debidamente actualizada y con intereses de mora.

Contestación de la demanda

5. La ANM⁵ se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que: (i) el contrato minero objeto de discusión es aleatorio, y, por tanto, no resulta aplicable lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio, como tampoco el restablecimiento de una inexistente ecuación contractual; (ii) es la parte actora quien conoce el negocio y puede y debe observar conductas para solventar las condiciones sobrevinientes negativas en la ejecución del negocio jurídico, de manera que las circunstancias descritas en el caso concreto no son imprevistas ni irresistibles, sino propias de los riesgos asumidos por el contratista, sin que sea viable trasladar la consecuencia de su acaecimiento al Estado; y, (iii) el procedimiento del artículo 868 del Código de Comercio versa sobre prestaciones de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, por lo que el reintegro de las sumas pagadas por concepto de CIB es abiertamente improcedente.

Alegatos en primera instancia

6. Surtida la etapa probatoria⁶, la sociedad demandante⁷ y la ANM⁸ insistieron en sus posiciones, enfatizando en el carácter -o no- imprevisible de las

⁵ Cuaderno 1, folios 114 a 140.

⁶ Como consta en el acta de audiencia inicial, se decretaron las documentales aportadas por las partes (incluyendo copias del contrato y sus modificaciones, correspondencia cruzada, listado de los precios internacionales del carbón, correspondencia de CNR III relativa al acceso a un puerto de cargue directo, conceptos técnicos de la ANM y resoluciones de suspensión de actividades mineras), las testimoniales solicitadas y el dictamen pericial aportado por la demandante, así como el dictamen pericial aportado la parte demandada. Adicionalmente, se ordenó oficiar a la ANM para que certificara los precios internacionales del carbón entre 1990 y 2015. Cuaderno 1, folios 191 a 193.

⁷ Cuaderno 1, folios 248 a 357.

⁸ Cuaderno 1, folios 358 a 392.

circunstancias descritas en la demanda, así como en las conclusiones de los dictámenes periciales allegados. El Ministerio Público guardó silencio⁹.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

7. El Tribunal *a quo*¹⁰ negó las pretensiones de la demanda y para estos efectos, indicó lo siguiente:

(i) Aunque en el contrato los riesgos en la exploración y explotación del yacimiento carbonífero se trasladaron al contratista, especialmente frente a aspectos relacionados con las fluctuaciones de los precios en el mercado internacional, ésta circunstancia no enmarca al negocio jurídico en uno de carácter aleatorio, pues de conformidad con el artículo 85 del Decreto 2655 de 1988, las contraprestaciones económicas pactadas a favor de la entidad en los contratos como el celebrado, deben responder a una “*retribución equitativa*”, de manera que se trata de un contrato conmutativo en los términos del artículo 1498 del Código Civil.

(ii) El estudio de la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, no se enmarca dentro de la teoría del equilibrio económico del contrato desarrollada a partir de las normas del Estatuto General de Contratación Pública, sino que corresponde a una de las excepciones al principio *pacta sunt servanda*, en la que se aplica el principio *rebus sic stantibus* bajo el derecho privado. Como el antiguo Código de Minas, normatividad que regula el negocio jurídico objeto de análisis, no prevé el principio del equilibrio financiero aplicable a los negocios jurídicos regidos íntegramente por el Estatuto General de Contratación, resulta improcedente el estudio de la pretensión subsidiaria de la demanda, mediante la cual se solicitó declarar el desequilibrio económico del contrato.

(iii) La no construcción de Termocesar no fue un hecho imprevisible para el contratista que conlleve la revisión del contrato, al no estar probado que ello le hubiera hecho más gravosa la ejecución contractual, toda vez que:

a) La construcción de Termocesar quedó estipulada como un hecho futuro e incierto, en tanto no se concretó una fecha para la realización de la obra y estaba sujeta al cumplimiento de una política económica, contenida en el Plan de Expansión de Referencia Generación-Transmisión 1996-2010 del Gobierno de la época, de modo que el contratista sólo contaba con una expectativa frente a la venta de 800.000 toneladas por año a Termocesar, exentas del pago de la compensación por ingresos brutos.

b) El contratista conoció la realidad de la no construcción de Termocesar desde el año 2010, cuando feneció el plan de desarrollo del gobierno de ese entonces, y, aun así, persistió en la ejecución del negocio jurídico.

⁹ Cuaderno 1, folios 248 a 393.

¹⁰ Cuaderno principal, folios 349 a 422.

c) No es cierto que la CIB haya tenido por propósito desestimular la exportación del carbón proveniente del proyecto, como tampoco que el negocio tuviera por objeto abastecer únicamente a Termocesar o al mercado interno; por el contrario, aun cuando el contrato dispuso darle prelación a la demanda de carbón proyectada para Termocesar y a la propia demanda interna, o a los requerimientos de la generación de energía, la parte motiva del negocio jurídico fue precisa en establecer que debía propender por mantener el necesario equilibrio entre la demanda interna, externa y los niveles de producción del carbón. Además, en el PTI de la vigencia 2010 presentado por el contratista, específicamente en cuanto a la destinación del carbón, se indicó que la producción estaba encaminada a abastecer los mercados internacionales en su mayor porcentaje y en menor proporción al mercado nacional para plantas de producción de cemento, distribuyendo 2.980.000 toneladas a producir entre diferentes clientes en destinos como Chile, Canadá, Europa, República Dominicana, Brasil, Holanda y Colombia.

d) En el PTI 2014, se indicó que el 97% del carbón total nacional se envió a mercados internacionales, mientras que el porcentaje restante atendió la demanda nacional, esto es, cementeras, metalúrgicas y compañías termoeléctricas, por lo que tampoco es cierto que la no construcción de Termocesar hubiese conllevado la imposibilidad de destinar la producción de carbón al mercado local o interno, y que, por tanto, toda la producción del mineral tuviese que enfocarse al mercado internacional.

e) Como se proyectó una producción de 3 millones de toneladas anuales en la mina de El Hatillo, y luego 15 millones de toneladas en la mina de Las Cuevas, entonces el contratista tiene un margen amplio para planificar en qué mercado le es más rentable vender esta producción, si en el local, exento del pago de la compensación por ingresos brutos, o en el mercado internacional de carbón, gravado con esta contraprestación, y frente al cual, el contratista asumió el riesgo previsible de sobrellevar las fluctuaciones en los precios del mercado internacional.

(iv) La eliminación de los incentivos para las zonas de fronteras, la declaración de área fuente de la zona minera del Cesar, el impuesto sobre los explosivos y las reformas tributarias, tampoco corresponden a situaciones que puedan considerarse como imprevistas y que permitan proceder con la revisión del negocio jurídico, toda vez que:

a) Estas situaciones no tienen una relación directa o nexo causal con la fórmula de la CIB, cuya revisión y consecuente modificación invocó la sociedad demandante, en tanto esta contraprestación atiende a las variables de precio FOB¹¹ de referencia en puerto colombiano y a la cantidad de toneladas de carbón exportadas por trimestres vencidos.

¹¹ Corresponde al precio de venta de los bienes puestos en un medio de transporte marítimo, sin incluir el valor de seguro y fletes.

b) Bajo la cláusula décima sexta, el demandante asumió a su cargo la totalidad de los riesgos derivados del pago de los tributos con ocasión de la explotación, así como los eventuales cambios legislativos.

c) Los actos que impusieron las cargas y eliminaron los beneficios indicados fueron expedidos por otras autoridades distintas a la ANM y el contratista tendría que haberlos demandado si consideraba que le habían causado un perjuicio.

(v) Respecto al hecho concreto, según el cual, la parte actora realizó las gestiones para acceder a un puerto de cargue directo, pero por razones ajenas a su voluntad no tuvo acceso, y el 1 de enero de 2014 se quedó sin puerto de exportación, lo que le generó graves perjuicios, indicó que no es posible declarar esta situación como grave e imprevista, como tampoco revisar la CIB acordada por esa causa, dado que:

a) El procedimiento para que el demandante pudiera acceder al puerto de cargue de Puerto Nuevo S.A. conllevaba el cumplimiento de una serie de requisitos, los cuales conforme a las pruebas no fueron oportunamente satisfechos por la parte actora, de manera que la situación aducida fue generada por su propia conducta.

b) Durante el tiempo que la demandante no tuvo acceso al puerto, la ANM accedió a las solicitudes de suspensión de las labores mineras extractivas del contrato en los términos solicitados por el contratista, por lo que avalar la pretensión de la parte actora de declarar que la falta de acceso al puerto tornaron inequitativa la CIB, sería un contrasentido, en la medida en que precisamente dentro de éste periodo no se llevaron a cabo exportaciones, por lo que el demandante no pagó esa contraprestación.

(vi) La denominada evolución negativa de las variables económicas, con ocasión de los cambios del IPC, el IPP, el crecimiento del salario mínimo y las variaciones del precio internacional del carbón, obedecen a eventos previsibles de cada anualidad derivados de los cambios de la oferta y la demanda, así como a un riesgo aceptado por el contratista con ocasión de la explotación y comercialización del carbón, pues se sitúa en la esfera de su gestión, experticia y conocimiento, siendo quien está en mejor condición de anticiparlo, manejarlo y absorberlo, por lo que debía observar conductas diligentes para solventar las condiciones sobrevinientes negativas del mercado variable.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

8. La anterior decisión fue apelada por la sociedad demandante¹², quien insistió en que las circunstancias descritas en la demanda fueron imprevistas y suscitaban que el cumplimiento de las obligaciones a su cargo resultara excesivamente oneroso, particularmente el pago del CIB en la forma acordada inicialmente. Respecto de cada una de ellas indicó:

¹² Cuaderno principal, folios 430 a 457.

(i) Sobre la no construcción de Termocesar, que:

a) Si bien el contratista persistió en la ejecución del contrato después del año 2010, buscando hacer contrapeso a los graves efectos de no poder vender las 800.000 toneladas que producía y que estaban previstas para la termoeléctrica, ello no desvirtúa que la inexistencia de la obra fue un hecho sobreviniente a la celebración del contrato y ajeno a la responsabilidad del demandante.

b) En la demanda se explicó que conforme a la cláusula primera del contrato, el carbón sería destinado *primordialmente* a la termoeléctrica, no *únicamente* como indicó el Tribunal, lo cual no resta relevancia a la no construcción de esa obra, pues el carbón producido iría primero a Termocesar sin CIB, y el remanente sería destinado a otros compradores locales o extranjeros, pero de manera secundaria.

c) Aunque es cierto que la obra no estaba plenamente confirmada cuando se firmó el contrato, también lo es que éste se celebró para asegurar que esa producción de carbón estaría disponible para alimentar la termoeléctrica que se pretendía construir, y todo el diseño del contrato estuvo orientado a garantizarlo.

d) El contratista no puede escoger dónde quiere vender el carbón; si puede, lo vende en el mercado interno porque le es más rentable según el contrato (no se causa la CIB, y tiene menores costos por venta y transporte), de lo contrario, debe hacerlo en el mercado internacional asumiendo las cargas adicionales en costos y el pago de la CIB; suponer que el contratista podía “*escoger libremente*” el mercado, pero que prefirió el mercado externo con el que recibía menores ingresos -como hizo el fallo impugnado- es desconocer la realidad y fundarse en especulaciones carentes de sustento probatorio, que se apartan de toda lógica económica y empresarial.

(ii) Respecto de no haber tenido acceso a un puerto de cargue directo, señaló:

a) Aunque la infraestructura para la ejecución del contrato estaba a su cargo, al celebrarlo no preveía la necesidad de construir un puerto para realizar ventas locales de carbón. Luego, cuando se empezó a desvanecer la oportunidad de las ventas locales a Termocesar, el contratista aún tenía la opción de utilizar los sistemas portuarios entonces existentes, consistentes en cargue indirecto a través de barcasas hasta que el Gobierno Nacional decidió prohibir esa opción, configurando un hecho propio de la teoría de la imprevisión.

b) El solo hecho de que la autoridad minera aceptara la suspensión de las actividades del contrato con fundamento en la falta de acceso al puerto, determina que era un hecho ajeno a la responsabilidad del contratista, así como imprevisible e irresistible.

c) No es procedente la conclusión del Tribunal según la cual, como no hubo producción durante el período de suspensión, motivada por la falta de acceso a un puerto, y no se pagó la CIB, entonces no se afectó gravemente al contratista, pues sus utilidades dependen de ejecutar el contrato y vender el carbón producido,

mientras que no hacerlo por falta de puerto, a pesar de las inversiones que había realizado en el área y los compromisos que tenía para la venta de carbón en el mercado externo, generó graves pérdidas.

(iii) Sobre las decisiones gubernamentales alegadas como hechos sobrevinientes expuso que no se trataba de configurar un incumplimiento contractual de la entidad contratante, sino un hecho sobreviniente, imprevisto y de gravosas consecuencias para la economía del negocio jurídico; explicó que el hecho sobreviniente no tiene que provenir de la entidad estatal contratante, sino que por el contrario, debe ser ajeno a las partes como en efecto ocurrió.

(iv) Respecto de la evolución negativa de las variables económicas afirmó que, aunque los precios del carbón y los costos de producción fluctúan en el mercado nacional e internacional, realidad conocida por cualquier empresario dedicado a la industria minera, y aun cuando ese riesgo éste lo asume cuando suscribe un contrato de explotación de carbón, en este caso, la afectación fue desmesurada, en consideración a que fue la sumatoria de las circunstancias imprevistas aducidas en la demanda, en su conjunto, las que hicieron excesivamente gravosa la ejecución del contrato; como la evolución de las variables que determinan la viabilidad financiera de la actividad minera, y esta ha sido gravemente desfavorable para el contratista, quien registra pérdidas acumuladas desde el año 2009, y a pesar de ello el Estado recibe una remuneración por un supuesto ingreso extraordinario, es forzoso reconocer que la CIB pactada no es equitativa.

Trámite y alegatos en segunda instancia

9. Mediante auto del 7 de febrero de 2020, se accedió al desistimiento presentado por la parte demandante frente a la pretensión tercera de la demanda, la cual tenía por objeto ordenar a la ANM reintegrar las sumas pagadas por concepto de CIB actualizadas y con intereses de mora.

10. En la oportunidad correspondiente para alegar de conclusión la parte actora¹³ y la ANM¹⁴ reiteraron sus posiciones. El Ministerio Público¹⁵ guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Precisión preliminar

11. El contrato de gran minería objeto de la controversia, celebrado el 10 de diciembre de 1997, corresponde a un contrato de los que trata el Decreto 2655 de 1988, anterior Código de Minas, normatividad vigente al momento de su suscripción

¹³ Cuaderno principal, folios 470 a 499.

¹⁴ Cuaderno principal, folios 500 a 508.

¹⁵ Cuaderno principal, folio 515.

y registro ante la autoridad minera, de conformidad con lo establecido en los artículos 351¹⁶ y 352¹⁷ de la Ley 685 de 2001¹⁸.

12. Por tanto y de conformidad con su régimen aplicable, bajo el contrato de aporte de gran minería 147-97, las contraprestaciones económicas en favor de la entidad descentralizada y a cargo del contratista deben reflejar una retribución equitativa al disfrute del derecho a aprovechar el recurso natural no renovable¹⁹; en esa medida, cuando sobrevengan circunstancias fortuitas constitutivas de fuerza mayor, o situaciones graves e imprevisibles de orden técnico o económico que hagan imposible o demasiado gravoso el cumplimiento de lo inicialmente acordado, podrá cualquiera de las partes pedir su revisión, bajo lo dispuesto por el artículo 868 del Código de Comercio²⁰.

13. Con fundamento en la característica anotada, la parte actora planteó como pretensión principal declarar que la contraprestación pactada en la cláusula 17.1, denominada “*Compensación por ingresos brutos*” o CIB, se ha tornado inequitativa por la ocurrencia de diversas situaciones graves e imprevistas acaecidas durante la ejecución del contrato, por lo que solicitó su revisión y ajuste de cara al cumplimiento de esa contraprestación hacía el futuro, al tratarse de un contrato conmutativo, de ejecución sucesiva y aún vigente, conforme a lo exigido por el artículo 868 del Código de Comercio²¹, características del negocio jurídico que resultaron probadas en primera instancia sin motivo de reproche en el recurso de alzada.

14. Respecto de la oportunidad para acudir a la jurisdicción para solicitar la revisión del negocio jurídico, debe indicarse que como éste continúa vigente²², de conformidad con el artículo 164 del CPACA (también previsto en el artículo 136 del CCA), debe darse aplicación a la regla general conforme a la cual, en las acciones relativas a contratos el plazo para demandar es de dos (2) años “*que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”, por ende y para el caso concreto, desde las circunstancias

¹⁶ “*Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas (...)*”

¹⁷ “*Los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados, serán cumplidas conforme a dichas leyes y a las cláusulas contractuales correspondientes, sin perjuicio de serles aplicables los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en este Código, con excepción de las referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas (...)*”

¹⁸ Actual Código de Minas.

¹⁹ Decreto 2655 de 1988, artículo 84.

²⁰ Ídem, artículo 59.

²¹ La regla del artículo 868 del Código de Comercio prevé que cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, alteren o agraven la prestación por cumplirse a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión, exceptuando en consecuencia su aplicación a los contratos aleatorios, los de ejecución instantánea y supone tanto la vigencia del contrato como la existencia de prestaciones de cumplimiento futuro, pues “*ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar*”. Al respecto puede verse Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

²² El contrato tiene vigencia hasta el año 2028 de conformidad con la cláusula CUARTA (30 años) y la fecha del registro minero (julio de 1998).

imprevistas y extraordinarias que sustentan la sobrevenida excesiva onerosidad aducida por la parte actora.

15. En este punto, dado que son varias y distintas situaciones sobrevinientes las invocadas por el demandante, la Sala advierte que de considerarse que cada una de ellas tuvo la entidad suficiente para hacer excesivamente gravoso el pago del CIB, previsión contractual que se solicita revisar, el término de caducidad debe computarse a partir del momento en que cada una de éstas acaeció y fue advertida por el contratista, escenario en el cual, la Sala estaría impedida para estudiar la mayoría de esas circunstancias sobrevinientes al haberse presentado la demanda de forma extemporánea²³.

16. Respecto de esto último, se observa que, aunque la demanda se presentó el 18 de marzo de 2016, las circunstancias descritas como sobrevinientes por el demandante, anteriores a la falta de acceso a un puerto de cargue directo (2014), superan ampliamente los dos (2) años de antigüedad contabilizados desde la radicación del libelo inicial, considerando lo siguiente: **(i)** la *eliminación de los incentivos para las Zonas de Fronteras* se materializó con la Ley 1430 de **2010**, vigente desde el 29 de diciembre de ese año; **(ii)** la *declaración de área fuente de la zona minera del Cesar* se efectuó mediante Resolución 386 del 7 de marzo de **2007**; **(iii)** la orden de reasentar tres poblaciones indígenas en la zona del contrato se profirió con la Resolución 970 del 20 de mayo de **2010**, modificada por la Resolución 1525 del 5 de agosto de la misma anualidad; **(iv)** el *impuesto sobre explosivos*, fue creado por la Ley 1438 del 19 de enero de **2011**; y **(v)** el contratista tuvo certeza de la no construcción de Termocesar, al menos, desde el año **2010**, cuando venció el Plan de Expansión de Referencia Generación-Transmisión 1996-2010²⁴ sin que ello se hiciera, el cual preveía su entrada en operación para el año 2000, esto es, una década antes, tal como estaba presupuestado también desde el documento CONPES 2800 del 23 de agosto de 1995²⁵.

17. En idéntico sentido, frente a las afectaciones aducidas con ocasión de las reformas tributarias expedidas desde la celebración del negocio jurídico, que: **(i)** el *Gravamen a los Movimientos Financieros – GMF*, fue creado por la Ley 488 del 24 de diciembre de **1998**; **(ii)** la *Sobretasa sobre el Impuesto de Renta* aducida fue dispuesta por la Ley 788 del 27 de diciembre de **2002**; **(iii)** las *modificaciones del Impuesto al Patrimonio* alegadas tuvieron origen en las leyes 863 de **2003**, 1111 de **2006** y 1370 de **2009**; y **(iv)** el *Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE)* fue creado por la Ley 1607 de **2012**.

²³ El fenómeno de la caducidad y su eventual configuración corresponde a un presupuesto del derecho de acción, invariable, irrenunciable, improrrogable e insubsanable, sujeto únicamente a la ocurrencia del hecho definido en la ley y el consecuente paso del tiempo, y que, por tanto, debe ser analizado por el juez al momento de dictar sentencia como verificación de un elemento esencial y preexistente para poder decidir el fondo del asunto. Al respecto puede verse: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente. 51.667, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁴ Visible a página 8 del documento.

²⁵ “*Proyecto Termocesar (300 MW): Se entregó el estudio de diagnóstico ambiental de alternativas y se han concluido los pliegos de licitación. La fecha de entrada de este proyecto está prevista para el primer trimestre del 2000 (...)*”

18. No obstante, del texto de la demanda, los alegatos y el recurso interpuesto, la Sala entiende que la parte actora afirma y fundamenta sus pretensiones en que es la sumatoria de todas las circunstancias aducidas como sobrevinientes -no individualmente consideradas- lo que conllevó a que resulte excesivamente oneroso cumplir con el CIB, siendo la última de ellas y detonante de tal circunstancia, la falta de acceso a un puerto de cargue directo.

19. Sobre el particular, la parte actora explicó que su pedimento se sustenta en diversos hechos imprevisibles que conllevan un excesivo incremento en los costos de operación de la mina, *“todo lo cual en su conjunto afectó de manera excesiva la ejecución contractual, por lo que proceden las pretensiones de la demanda”*²⁶; en esa medida explicó que el contrato resultó afectado, y el CIB pasó a ser inequitativo haciendo inviable financieramente el proyecto, con ocasión de *“la suma de varios hechos imprevisibles”*, especificando seguidamente, que *“el hecho que resultó determinante y definitivo fue la fecha en que entró a regir el sistema de cargue directo de carbón el 1 de enero de 2014”*²⁷.

20. Con fundamento en lo anterior, aunque son varias las circunstancias imprevistas y extraordinarias que sustentan la pretendida revisión del CIB, la oportunidad para presentar la demanda en el caso concreto debe contabilizarse desde aquella que el demandante afirma fue determinante y definitiva para hacer surgir la sobrevenida excesiva onerosidad aducida; esta premisa a su vez conlleva que, si al analizar esa circunstancia detonante, se descarta la estructuración de los elementos para la procedencia de la revisión de que trata el artículo 868 del Código de Comercio, y por ende, el surgimiento de la excesiva onerosidad, carecerá de objeto el estudio de las demás situaciones imprevistas aducidas, anteriores a ese hecho, para concluir forzosamente la improcedencia de las pretensiones.

21. Como el demandante afirma que la circunstancia concluyente de la excesiva onerosidad coincide con la fecha en que entró a regir el sistema de cargue directo de carbón²⁸, esto es, el 1 de enero de 2014, el término para presentar la demanda corría inicialmente hasta el 2 de enero de 2016; no obstante, la parte actora presentó solicitud conciliación prejudicial el 15 de diciembre de 2015, esto es, restando diecisiete (17) días para que se configurara la caducidad del medio de control, suspendiendo su cómputo hasta el 15 de marzo de 2016, momento en que se expidió el acta que declaró fallido el trámite conciliatorio; como la demanda se presentó tres (3) días después, -18 de marzo de 2016- fue oportuna.

22. En consecuencia y bajo el anterior razonamiento, la Sala estudiará si la falta de acceso de la parte actora a un puerto de carga, configuró el supuesto previsto en el artículo 868 del Código de Comercio para proceder con la revisión del negocio jurídico; en caso contrario, confirmará el fallo impugnado que negó las pretensiones de la demanda. No proceder en este sentido implicaría concebir un cambio en la

²⁶ Como se lee en la demanda, cuaderno 1, folio 30.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Sobre el particular, entre otros, en la demanda se insistió en que *“El hecho imprevisto que produjo la afectación más significativa de este proyecto consistió en que la empresa se quedó sin un puerto a través de cual exportar el carbón a partir del 1 de enero de 2014”*. Cuaderno 1, folio 8.

causa petendi de la demanda y de paso, transitar por el desconocimiento de las normas que gobiernan el ejercicio oportuno de los medios de control de la actividad contractual.

23. Finalmente, es preciso aclarar que: **(i)** el contrato en virtud de aporte se rige por las normas civiles, comerciales y los términos acordados bajo el acuerdo de voluntades, asunto que no es discutido por las partes; **(ii)** el Tribunal definió en primera instancia la improcedencia de estudiar la pretensión subsidiaria de la demanda, mediante la cual se solicitó declarar el desequilibrio económico, con fundamento en que el régimen del contrato no prevé el principio del equilibrio financiero aplicable a los negocios jurídicos regidos íntegramente por el Estatuto General de Contratación, no siendo éste el caso; y, **(iii)** la anterior decisión no fue objeto de cuestionamiento en el recurso de apelación; por tanto, la Sala mantendrá incólume lo definido por el *a quo* sobre el particular, al tratarse de un asunto con el que el apelante único estuvo de acuerdo.

Problema jurídico

24. Corresponde a la Sala establecer si la falta de acceso a un puerto de carga por parte del demandante, desde el 1 de enero de 2014, constituyó una circunstancia extraordinaria, imprevista y posterior a la celebración del contrato en virtud de aporte 147-97, que conjugada con las hipótesis antecedentes, alteró o agravó el futuro pago del CIB a favor de la entidad demandada, en grado tal que resulta excesivamente oneroso para el contratista cumplir con esa prestación.

Caso concreto

25. Afirma la parte actora que “*el hecho imprevisto que produjo la afectación más significativa de este proyecto consistió en que la empresa se quedó sin un puerto a través de cual exportar el carbón a partir del 1 de enero de 2014*”, lo anterior, debido a que: **(i)** exportaba su producción de carbón a través del puerto de la Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A., el cual tenía implementado un sistema de cargue de carbón en fondeo mediante la utilización de barcazas; **(ii)** la Ley 1450 de 2011 determinó que, desde el 1 de enero de 2014, el cargue de carbón debía hacerse a través de un sistema de cargue directo²⁹; **(iii)** dada la imposibilidad de implementar el cargue directo en el río Córdoba, la empresa contratista evaluó otras alternativas, definiendo que la única viable era hacerlo con la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. (PNSA), al ser el único puerto público que tiene cargue directo, cuenta con el mismo sistema de descargue de trenes del demandante y es accesible por la línea férrea desde la mina El Hatillo; y **(iv)** a pesar de las reiteradas solicitudes efectuadas a PNSA, no ha sido posible el acceso a los servicios del puerto público Puerto Nuevo.

26. La Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia, dado que la circunstancia aducida por el contratista no fue imprevisible, imprevista ni extraordinaria para ameritar la revisión del negocio jurídico, sino que se exhibió con

²⁹ Utilizando para ello bandas transportadoras encapsuladas u otro sistema tecnológico equivalente.

antelación como probable e inminente, pero además, por cuanto está comprendida dentro de la esfera de los riesgos asumidos por el demandante, y aunque la pudo anticipar, mitigar o evitar, omitió adoptar las medidas diligentes para ese efecto.

La excesiva onerosidad debe tener origen en circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles

27. En los términos del artículo 868 del Código de Comercio, la revisión del negocio jurídico por la alteración de sus bases y la consecuente excesiva onerosidad de una o varias de las prestaciones futuras a cargo de alguna de las partes, debe tener origen en circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles; en esa medida, su ámbito de aplicación excluye³⁰: **(i)** las situaciones de ocurrencia periódica, usual y probable, o que puedan considerarse ordinarias, normales o habituales, atendiendo en cada caso las características propias del hecho específico y sus antecedentes; **(ii)** los acontecimientos que, bajo el principio de buena fe y el deber de cuidado exigible, razonablemente debieron anticiparse o considerarse, atendiendo la situación particular, el conocimiento, la experiencia, la profesión o el oficio de quien lo alega; y, **(iii)** aquellas circunstancias que de forma objetiva y razonable pueden anticiparse “*con relativa aptitud o capacidad de previsión*”³¹, por lo que debe tratarse de un hecho repentino, sorpresivo, súbito o incierto, esto es, que no se haya exhibido como probable³².

28. Por tanto, la excesiva onerosidad debe ser externa y ajena al afectado, y en esa medida, excluye aquellos sucesos originados o derivados de la negligencia, imprudencia o desidia de quien la alega, así como aquellos que están en la órbita del riesgo que ha asumido, los propios del alea normal del contrato y los imputables a su propia conducta, no solo al haberlos generado, sino también por haberse expuesto o contribuido a su ocurrencia, o por no haber adoptado las medidas necesarias para mitigarlo o prevenirlo.

29. La desatención o inobservancia de los deberes propios y el acaecimiento de los riesgos asumidos resultan incompatibles con la imprevisión, por cuanto: **(i)** cada parte, al momento de contratar, tiene a su cargo valorar los elementos estructurales del negocio jurídico, especialmente sus beneficios, cargas y riesgos, sin que les sea admisible con posterioridad alegar torpeza, desconocer sus propios actos o contrariar la confianza legítima³³; y **(ii)** las partes del contrato no pueden prevalerse de su propia conducta para derivar provecho de una circunstancia sobreviniente que pudo evitarse o mitigarse, pues ello implicaría desconocer los principios de lealtad y buena fe exigibles en la celebración y ejecución del negocio jurídico.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

³¹ *Ibidem*.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945. M.P. Manuel José Vargas.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de junio de 2009. M.P. William Namén Vargas.

Los riesgos asumidos por el contratista bajo el contrato 147-97

30. Como se indicó, el negocio jurídico objeto de controversia corresponde a un contrato de gran minería en virtud de aporte de los que trata el Decreto 2655 de 1988, por lo que atendiendo a su régimen jurídico y clausulado, se extrae inicialmente, que:

(i) Es un contrato estatal, pero se rige por las normas civiles y comerciales, los términos y condiciones acordados bajo el acuerdo de voluntades, así como por los lineamientos que periódicamente establezca el CONPES³⁴;

(ii) Se caracteriza por ser un contrato de cuantiosa inversión y alto riesgo para el contratista, al tratarse de un esquema donde el particular explora y explota yacimientos minerales, por su cuenta y bajo su propio riesgo, sin contar con la participación directa del Estado³⁵; y

(iii) Otorga al contratista la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de carbón que pudieren existir en el área total denominada “El Hatillo”³⁶, teniendo a su cargo y riesgo la dirección, manejo y responsabilidad de las operaciones³⁷, mientras que la autoridad minera, aunque presta la colaboración razonable que le sea solicitada, no asume responsabilidad alguna respecto de las actividades de exploración y explotación del contratista, incluyendo la obtención de los permisos correspondientes³⁸.

31. Por otra parte y de conformidad con los documentos CONPES vigentes para la época de celebración del contrato, dentro de los principales y más importantes riesgos asumidos por el contratista bajo el contrato de gran minería, se identificaron, y por ende eran previsibles, **(i)** el comercial (comportamiento de los precios y del mercado), **(ii)** el financiero (costos de operación y de capital de los proyectos) y **(iii)** el regulatorio, este último asociado al cumplimiento y a la asunción de las posibles variaciones del marco legal aplicable, las políticas de desarrollo minero, y especialmente, la regulación ambiental³⁹.

32. Así mismo, bajo el clausulado del contrato, la parte actora asumió de manera expresa los riesgos derivados de todos los costos, gastos e inversiones necesarios para el cumplimiento del objeto contractual, incluido el suministro y mantenimiento de la infraestructura, los equipos y los estudios y trabajos ambientales exigidos por las autoridades nacionales o regionales⁴⁰, obligándose a cumplir con todas las

³⁴ Ídem, artículos 78 y 79

³⁵ Como se consigna en los documentos CONPES 2355 de 1988 “POLÍTICAS GENERALES DE CONTRATACIÓN EN LA GRAN MINERÍA”, 2088 de 1995 y 2898 de 1997 “ESTRATEGIAS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SECTOR MINERO COLOMBIANO”.

³⁶ Artículos 48 y 56 del Decreto 2655 de 1988.

³⁷ Permitido por el artículo 86 del Decreto 2655 de 1988.

³⁸ Cláusulas 30.2.1., 30.1., 31.1. y cuadragésima tercera del contrato.

³⁹ CONPES 2898 del 15 de enero de 1997.

⁴⁰ Cláusula DÉCIMA NOVENA.

normas que regulan la conservación de los recursos naturales renovables y la preservación del medio ambiente⁴¹.

33. Visto lo anterior, no hay duda de que el demandante asumió con la celebración del negocio jurídico los riesgos derivados de la infraestructura necesaria para su ejecución, así como del cumplimiento y la eventual variación de la normatividad aplicable, especialmente, la reglamentación en materia ambiental.

Análisis de la circunstancia sobreviniente aducida por el demandante

34. Con el objetivo de establecer nuevas estrategias para la adopción de mejores prácticas operativas en los puertos carboníferos, basadas en tecnologías limpias, minimizando los posibles impactos ambientales causados por la movilización de carbón⁴², mediante el Decreto 3083 del 15 de agosto de 2007, se estableció que a partir del 1 de julio de 2010, en todos los puertos marítimos del país, el cargue de carbón debía hacerse a través de un sistema directo.

35. Posteriormente, el Decreto 4286 de 2009 exigió a los puertos marítimos que realizaban cargue de carbón, un cronograma de actividades para cumplir con la disposición que ordenó convertir las instalaciones portuarias al sistema de cargue directo; a través del Decreto 700 de 2010, se indicó que la fecha máxima para la implementación del cargue directo sería la establecida en la aprobación del cronograma antes citado.

36. Finalmente, la Ley 1450 de 2011 del Plan Nacional de Desarrollo, dispuso en su artículo 113 que a partir del 1 de enero de 2012, los puertos marítimos y fluviales que realizaban cargue de carbón, debían hacerlo a través de un sistema de cargue directo, pero aquellos concesionarios a quienes antes de la vigencia de la norma les hubieran aprobado el cronograma de que trata el Decreto 4286 de 2009, debían tener en funcionamiento su sistema de cargue directo a más tardar el 1 de enero de 2014.

37. Frente a lo anterior está acreditado que, como lo advirtió el *a quo* sin que fuese objeto de cuestionamiento en el recurso de alzada, el demandante:

(i) Mediante comunicación del 28 de junio de 2013, la parte actora solicitó a la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. (PNSA) la prestación de servicios portuarios desde el 1 de enero de 2014⁴³, frente a lo cual, el 19 de julio de 2013 la sociedad portuaria informó que para ese momento estaba definiendo con el gobierno nacional el acceso de terceros al puerto⁴⁴.

⁴¹ Cláusula OCTAVA.

⁴² CONPES 3679 de 2010.

⁴³ Cuaderno 3, folio 269.

⁴⁴ Cuaderno 3, folio 271.

(ii) Con oficio del 18 de noviembre de 2013 dirigido a distintas autoridades⁴⁵, el contratista puso en conocimiento su imposibilidad de acceder al Puerto Público Puerto Nuevo⁴⁶, y con oficio de la misma fecha reiteró su solicitud de acceso a PNSA⁴⁷, quien el 5 de diciembre de 2013, le invitó a presentar su solicitud atendiendo los procedimientos definidos en la política de acceso publicada en su página web⁴⁸.

(iii) El 11 de junio de 2014, dado que estaba en desacuerdo con las políticas de acceso al puerto⁴⁹, solicitó a la Superintendencia de Puertos y Transporte pronunciarse respecto de las condiciones operacionales y económicas exigibles para tener acceso a Puerto Nuevo, teniendo en cuenta su naturaleza de puerto público⁵⁰.

(iv) El 13 de noviembre de 2014, reiteró a PNSA su necesidad de acceder a sus servicios portuarios, por lo que solicitó conocer las condiciones exigidas indicando las modalidades de su interés, frente a lo cual, el 11 de diciembre siguiente, PNSA afirmó que la “*Solicitud de Volumen Garantizado*” no cumplía con la totalidad de requisitos establecidos en la política de acceso, requiriéndole complementar la información necesaria⁵¹, lo cual fue atendido por el demandante el 12 de febrero de 2015⁵².

(v) Posteriormente, mediante comunicaciones del 24 de marzo⁵³ y del 9 de junio de 2015⁵⁴, PNSA informó nuevamente al ahora demandante que su “*Solicitud de Volumen Garantizado*” no cumplía con la totalidad de requisitos establecidos en la política de acceso, por lo que se entendía como no presentada, invitándole a radicar una nueva debidamente ajustada.

38. Con fundamento en lo expuesto, analizado el régimen jurídico del contrato, los riesgos asumidos por el contratista, el hecho sobreviniente aducido y las actuaciones de la parte actora frente a éste, la Sala encuentra que la alegada falta de acceso a un puerto de carga directa desde el 1 de enero de 2014, lejos de consistir en una circunstancia extraordinaria, imprevista e imprevisible, fue una situación que se proyectó con antelación como probable, propia de los riesgos asumidos por el demandante, quien la debió anticipar y pudo evitar, pero omitió adoptar las medidas necesarias para prevenirla, en tanto y en cuanto está acreditado que:

⁴⁵ Se remitió a la Superintendente de Puertos y Transporte, a los Ministerios de Minas y Energía, Transporte, Ambiente y Desarrollo Sostenible, Hacienda y a la Agencia Nacional de Minería, entre otras.

⁴⁶ Cuaderno 3, folios 301 a 309.

⁴⁷ Cuaderno 3, folio 273.

⁴⁸ Cuaderno 3, folio 275.

⁴⁹ Sobre el particular, indicó que “*la política de acceso que PNSA pretende aplicar a su terminal portuario, (...) a nuestro juicio va en contra del principio de libre acceso a los puertos de servicio público (...)*”

⁵⁰ Cuaderno 3, folios 293 y 294.

⁵¹ Cuaderno 3, folios 348 a 351.

⁵² Cuaderno 3, folios 363 a 366.

⁵³ Cuaderno 3, folios 376 a 386.

⁵⁴ Cuaderno 3, folios 408 a 420.

(i) Como el puerto utilizado por el contratista (Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A.) carecía de un sistema de cargue directo, conoció desde la expedición del Decreto 3083 del 15 de agosto de 2007 que, en caso de no contar con acceso a un puerto que cumpliera con esa especificación antes de la fecha definida por la norma, se vería en la imposibilidad de exportar su producción de carbón; la fecha definida en la norma, con las modificaciones posteriores de los decretos 4286 de 2009, 700 de 2010 y la Ley 1450 de 2011, finalmente correspondió al 1 de enero de 2014, por lo que la situación descrita, no solo se evidenció tempranamente como probable, sino que era inminente en cuanto la parte actora no tenía – y nada le aseguraba – acceso a un puerto de cargue directo, pero además, fue conocida con una antelación de casi siete (7) años, descartando a su vez que se tratara de un hecho repentino, sorpresivo o súbito.

(ii) Las pruebas allegadas por la propia actora con el fin de acreditar su diligencia para acceder a un puerto de cargue directo para el 1 de enero de 2014, revelan realmente, que:

a) Pese a conocer esa necesidad desde el 2007, esperó a iniciar sus gestiones hasta finales de junio de 2013, es decir, solo pocos meses antes de que la obligación de usar el sistema de cargue directo fuere exigible, cuando solicitó por primera vez a PNSA la prestación de sus servicios portuarios, lo que conllevó a que, incluso restando solo días -5 de diciembre de 2013-, PNSA requiriera nuevamente al contratista informarse sobre los procedimientos publicados y definidos en su política de acceso; como se observa, lejos de mitigar el evento aducido y sus efectos, la parte actora se expuso y contribuyó a su ocurrencia, pues solo inició sus gestiones para acceder a un puerto de cargue directo, sin siquiera haberse informado de los procedimientos fijados para ello, en el último año (2013) de los casi siete (7) que tuvo para conseguirlo, sin que se hubiesen aducido y acreditado las razones de esa demora, como tampoco la ejecución de otros acercamientos y gestiones oportunas con PNSA u otras sociedades portuarias que, llegado el momento, estarían operando bajo el sistema de cargue directo.

b) Para el 9 de junio de 2015, transcurrido más de un (1) año de estar rigiendo la obligación de tener en funcionamiento el sistema de cargue directo y después de varias solicitudes del demandante, PNSA insistía en que su solicitud no cumplía con la totalidad de requisitos establecidos en sus políticas, denotando que, distinto a una imposibilidad de acceder al puerto, lo que realmente aconteció fue que la parte actora no satisfizo las exigencias que la sociedad portuaria había definido para ello. Se precisa que durante el transcurso del proceso el demandante no argumentó haber cumplido con las políticas de acceso de PNSA, y las pruebas allegadas no permiten llegar a esa conclusión; todo lo contrario, lo que evidencian es que estaba inconforme con las políticas de la sociedad portuaria pues las consideraba contrarias a la ley, aspecto que no es objeto de debate y decisión en el presente asunto, pero que ratifica la desatención de esos requisitos.

Sumado a lo anterior, salvo la manifestación efectuada en la demanda, no hay prueba que corrobore que el puerto operado por PNSA era la única alternativa viable para acceder a un puerto de cargue directo, por lo que solo puede inferirse del

material probatorio que la parte actora no intentó obtener ese acceso en otro lugar, ni siquiera ante la primera negativa de PNSA finalizando el año 2013, momento a partir del cual, la falta de un puerto para exportar desde el 1 de enero de 2014 era un hecho inminente, próximo y perentorio. Sobre este particular, el dictamen pericial allegado por la demandante expone que con la expedición del Decreto 3083 del 15 de agosto de 2007, “*se entiende que esta condición implica realizar un cambio al canal de logística y puerto usado para realizar las ventas de carbón que posiblemente derivará en un incremento del costo*”, no obstante, no refiere a alternativas o dificultades de acceso a otros puertos.

(iii) La implementación del sistema de cargue directo en los puertos exportadores de carbón a partir del 1 de enero de 2014 como medida de mitigación de impacto ambiental, y la consecuente necesidad de acceder a un puerto con esas características, corresponde a una circunstancia propia del alea normal del contrato, así como a un evento que está dentro del ámbito de los riesgos asumidos por el contratista, quien *(a)* es el responsable de contar con la infraestructura necesaria para la explotación y comercialización del recurso, y en general, de la dirección y manejo de la totalidad de las operaciones; *(b)* está obligado al cumplimiento de las normas que regulan la actividad que por su cuenta y riesgo ejecuta, particularmente, las relativas a la conservación de los recursos naturales renovables y la preservación del medio ambiente; y *(c)* expresamente, asumió las consecuencias de las posibles variaciones del marco legal aplicable, particularmente, de las políticas de desarrollo minero y la regulación ambiental, incluyendo todos los costos, gastos e inversiones necesarios para el cumplimiento de los estudios y trabajos ambientales exigidos por las autoridades nacionales o regionales.

Como los riesgos del negocio jurídico y su distribución entre los contratantes confluyen a integrar y conformar el equilibrio prestacional, no es viable que con sustento en su acaecimiento la parte que debe asumir sus consecuencias invoque una excesiva onerosidad, al no tratarse de aleas extraordinarias, anormales y no asumidas, que justifiquen la revisión del contrato. Así mismo, se observa que la decisión de exigir el cargue directo de carbón en las naves, adoptada por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, no excedió el riesgo regulatorio asumido por el contratista, toda vez que: *(i)* no conllevó un cambio o una modificación sorpresiva, brusca y significativa de las pautas normativas o de las reglas del sector previamente establecidas, sino que refirió a una restricción de tipo operativo, diferida en el tiempo y que debía cumplirse en un lapso de varios años; y *(ii)* tampoco implicó algún tipo de incertidumbre en el contratista en relación a cómo se aplicarían los cambios en la regulación y los efectos que tendrían sobre las operaciones, pues desde un primer momento era claro que, si para el 1 de enero de 2014 no contaba con acceso a un puerto de cargue directo, se vería impedido para exportar su producción.

39. Consecuencialmente y como se anticipó, como la falta de acceso a un puerto de carga por parte del demandante desde el 1 de enero de 2014, hecho que afirmó como definitivo y detonante de la excesiva onerosidad, no constituyó una circunstancia extraordinaria, imprevista ni imprevisible, la Sala, tal como lo ha

anunciado, confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Costas

40. Como en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas a la parte actora en la medida en que se confirmará la sentencia de primera instancia. Bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria, toda vez que dicha condena se impone a partir de la verificación objetiva de quién resultó vencido, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*.

41. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

42. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que estas se regirán por el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁵⁵. De conformidad con su artículo tercero, en la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, debe tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y demás circunstancias relevantes.

43. En lo que tiene que ver con las agencias en derecho en segunda instancia, éstas deben fijarse en *“hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes”*, según lo dispuso el artículo 6, numeral 3.1.3., del aludido Acuerdo, al tratarse de un asunto sin cuantía, en la medida que la demandante desistió de su pretensión de reintegro de una suma, perviviendo únicamente la referente a la revisión del contrato. Se advierte que, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 *ibidem*, hubo gestión procesal del apoderado de la parte demandada en esta instancia. En tal virtud, se fijan las agencias en derecho en tres (3) salarios mínimos mensuales vigentes.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

⁵⁵ Este Acuerdo es aplicable a este caso, pese a la derogatoria que hizo de él el Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016 que fue expedido con ocasión de la entrada en vigor del CGP. El Acuerdo 10554 estableció en su artículo 7º que *“se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003 [...]”*. La demanda se presentó en marzo de 2016.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por la Subsección A, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y recurrente; **FIJAR** como agencias en derecho a su cargo y en favor de la ANM, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.

