

EXPLORACION Y EXPLOTACION DE CARBON – Sistema de aporte / CONTRATOS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION MINERA – Sistema por áreas de aporte / SISTEMA DE APOORTE – Evolución normativa y derogación

El artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886 estableció que pertenecían a la República de Colombia los siguientes bienes, entre otros: “(...) 2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados... 3º Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que las leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”. Con base en este canon constitucional, la Ley 20 de 1969 reiteró la propiedad del Estado sobre todas las minas que se hallaran en el territorio nacional y reguló los eventos y las condiciones en que los particulares podían invocar excepcionalmente derechos adquiridos sobre tales minas. El artículo 8º de dicha ley dispuso, en lo pertinente: “Artículo 8. Todas las minas que pertenezcan a la Nación inclusive las de piedra y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital” (...) Por otra parte, el artículo 160 del Decreto 1275 de 1970 estableció que el objeto del aporte consiste en la exploración, la explotación, el beneficio y la transformación de los minerales que se encuentren en la zona aportada, conservando la Nación la propiedad sobre los respectivos yacimientos; y el artículo 162 ejusdem preceptuó que el aporte se entendía otorgado “por toda la vida económica del yacimiento o yacimientos que se trate, pero caducará en los casos previstos...” en ese decreto. El Decreto 2533 de 1973 declaró como reserva especial del Estado los yacimientos de carbón ubicados en diferentes áreas del territorio nacional, incluyendo una zona del Departamento del Cesar, y estableció que las referidas minas podían ser objeto de aporte o de concesión en favor de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta con una participación oficial igual o superior al 51% en su capital, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 20 de 1969. Vale la pena mencionar, desde ahora, que con base en las disposiciones citadas, el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución 2857 de 1977, decidió otorgar de oficio, “a título de aporte a la empresa Carbones de Colombia S.A. ‘CARBOCOL’ los yacimientos de carbón y minerales asociados, existentes en una zona de 317.254 hectáreas, situada en jurisdicción de los Municipios de Agustín Codazzi y Chiriguana, Departamento del Cesar...”. Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 preceptuó lo siguiente: “Artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente Ley la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad. Para los efectos del inciso anterior, entiéndese por aporte el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional. Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares. En el sistema de aporte las empresas oficiales beneficiarias no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración, montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata el Decreto 1275 de 1970. (...)”. Más adelante se dictó el Decreto 2477 de 1986, mediante el cual, so pretexto de reglamentar las Leyes 60

de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, se expidió una regulación completa o integral del tema minero, a manera de un verdadero código de minas. El artículo 1º de este decreto actualizó las definiciones de “gran minería de carbón” y de “reserva minera especial”, entre otros conceptos. La misma norma, en armonía con el artículo 15, ratificó que los yacimientos que constituyen “reserva especial del Estado” solamente podían aportarse o concederse a favor de empresas comerciales e industriales del Estado o de sociedades de economía mixta que tuvieran una participación estatal no inferior al 51% de su capital. (...) Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 57 de 1987, el Presidente de la República dictó el Decreto Ley 2655 de 1988, mediante el cual se expidió un nuevo Código de Minas, que reguló integralmente esta materia (excluyendo los hidrocarburos en estado líquido o gaseoso) y derogó, entre otras normas, las Leyes 38 de 1887, 20 de 1969 (con excepción de sus artículos 1 y 13) y 61 de 1979, así como el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo. Vale la pena aclarar, en primer lugar, que este código empezó a regir el 23 de julio de 1989, esto es, seis meses después de su promulgación, con excepción del capítulo XXII (sobre garantías mineras y fondos de fomento minero), el cual entró en vigencia desde su promulgación, según lo preceptuado en el artículo 326 de dicha normatividad. Lo anterior implica que el Decreto 2655 de 1988 no regía (con excepción del capítulo indicado) cuando se celebró el contrato N° 078 del 23 de agosto de 1988 entre Carbocol y Drummond, ni tampoco cuando este “se perfeccionó”, según lo estipulado en la cláusula cuadragésima octava (22 de febrero de 1989). Sin embargo, vale la pena registrar que el mencionado código conservó el sistema de aporte de áreas que preveía la legislación anterior, en favor de empresas industriales y comerciales del Estado y otras entidades públicas adscritas al Ministerio de Minas y Energía, y mantuvo expresamente la validez y la vigencia de los aportes otorgados con anterioridad, así como las de los contratos que con base en aquellos se hubieran celebrado para realizar, por intermedio de terceros, las labores de exploración, explotación, beneficio y transformación de minerales. (...) Posteriormente se expidió la Ley 685 de 2001, que derogó expresamente el Decreto Ley 2655 de 1988 (artículo 365) y lo sustituyó por un nuevo Código de Minas, que rige en la actualidad. Vale la pena recordar que varias normas de esta ley fueron derogadas o modificadas por la Ley 1382 de 2010, pero esas disposiciones revivieron como resultado de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382, pronunciada por la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011, y del vencimiento del plazo que dicha corporación otorgó al Congreso de la República para sustituir la ley que fue declarada inconstitucional. Sobre este asunto se refirió detalladamente la Sala en el concepto N° 2216 de 2014. La Ley 685 eliminó el sistema de aporte de áreas, así como otras modalidades de títulos mineros que regulaba la legislación anterior, al determinar que en adelante el único título válido para explorar y explotar minerales de propiedad estatal sería el contrato de concesión. (...) Esta norma (art. 14) prescribió que, a partir de su entrada en vigencia, solamente puede adquirirse el derecho a explorar y explotar minas del Estado mediante la celebración del contrato de concesión y su inscripción en el registro minero nacional, pero dejó a salvo los derechos adquiridos en virtud de otros títulos previstos en la legislación anterior, entre ellos los surgidos de contratos celebrados sobre áreas de aporte. En los antecedentes de dicha ley se observa claramente la intención de suprimir el sistema de aporte de áreas, por considerarse que este no había resultado provechoso para el interés público. (...) Sin embargo, como lo hicieron también las legislaciones precedentes, la Ley 685 de 2001 mantuvo a salvo la validez y la vigencia de los títulos mineros perfeccionados al amparo de la normatividad anterior, incluyendo entre ellos los contratos de exploración y explotación celebrados por las entidades descentralizadas sobre áreas de aporte, tal como se puede deducir de lo dispuesto en los artículos 14, 348, 350 y 351, entre otros, de dicha ley. Con respecto a estos últimos contratos, el artículo 351 preceptúa lo siguiente: “Artículo 351. Contratos

sobre áreas de aporte. Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubieren resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de los aportes, serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión". Como se observa, la disposición citada permitió la subsistencia de los contratos mineros de cualquier tipo celebrados por entidades públicas descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte, incluyendo las prórrogas de dichos contratos que se hubieran convenido con anterioridad, no obstante la desaparición del sistema de aportes que ordenó la misma Ley 685 de 2001.

FUENTE FORMAL: LEY 20 DE 1969 – ARTICULO 8 / DECRETO 1275 DE 1970 / DECRETO 1477 DE 1986 / DECRETO LEY 2655 DE 1988 / LEY 685 DE 2001 – ARTICULO 14 / LEY 685 DE 2001 – ARTICULO 351

CONTRATOS DE EXPLORACION Y DE EXPLOTACION MINERA POR EL SISTEMA DE APORTES – Posibilidad de prórroga del contrato 078-88

Para determinar la posibilidad de prorrogar el contrato N° 078 de 1988, resulta necesario indagar, en primer lugar, lo que estipularon las partes sobre este punto en el mismo contrato y, en segundo lugar, lo que disponían las normas que se encontraban vigentes cuando dicho acto fue celebrado. Como ya se mencionó en el acápite anterior, el contrato 078-88 solo prevé expresamente la posibilidad de prorrogarlo cuando se presenten circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que impidan a Drummond ejecutar durante cierto lapso sus obligaciones, caso en el cual la prórroga tiene como propósito exclusivo recuperar el tiempo perdido, por lo cual la duración de la misma no puede exceder el tiempo durante el cual se haya presentado la situación de caso fortuito o fuerza mayor. Las otras prórrogas previstas en el contrato se refieren a los plazos convenidos para las etapas de exploración y de construcción y montaje, los cuales no afectan el plazo total o "duración máxima" del contrato. Dado lo anterior y teniendo en cuenta que Drummond no ha invocado estas cláusulas, ni el hecho de haberse visto afectada por eventos de caso fortuito o fuerza mayor que le hayan impedido ejecutar el contrato, como fundamento para solicitar su prórroga por 30 años, no resulta pertinente y tampoco sería suficiente acudir a las cláusulas del contrato para solucionar el interrogante planteado en la consulta, en el sentido de si resulta viable prorrogar el contrato en las condiciones y por el tiempo en que lo ha pedido Drummond desde el año 2009. Por supuesto que el aparente vacío que presenta el contrato en cuanto a los eventos y las condiciones en las cuales podría prorrogarse, más allá de lo previsto para el caso fortuito o la fuerza mayor, tampoco significan necesariamente que el plazo de dicho contrato no pueda extenderse o ampliarse en otras hipótesis, por otras razones y por diferentes períodos de tiempo, pues para ello haría falta examinar lo que disponían las normas legales y reglamentarias que se encontraban vigentes cuando dicho contrato fue celebrado. (...) Como se observa, entonces, ni las leyes ni los reglamentos que se encontraban vigentes cuando se celebró el contrato N° 078-88 establecían expresamente la posibilidad de prorrogar o no esta clase de contratos, ni menos aun las condiciones en las que tales prórrogas pudieran convenirse. Sin embargo, por la remisión que ordenaba el Decreto 2477 de 1986 a las normas sobre el contrato de concesión, podría entenderse, en principio, que los contratos mineros que suscribieran las entidades

estatales beneficiarias de aportes, podían prorrogarse en condiciones similares a las señaladas en el artículo 78 del mismo decreto para los contratos de concesión, norma que, como se puede inferir de su simple lectura, no establecía un término específico para dichas prórrogas y dejaba a discreción del Gobierno Nacional la decisión de conceder o no la prórroga solicitada.

PRORROGA DE CONTRATOS – Normas y principios generales del derecho privado / PRORROGA DEL CONTRATO – Es distinta a la prórroga del plazo para el cumplimiento de una obligación

La Sala considera que para solucionar satisfactoriamente la duda planteada, habrá de tenerse en cuenta, por lo menos, los siguientes aspectos: (i) la prórroga de los contratos frente a las normas y los principios generales del derecho privado, y (ii) las directrices conceptuales fijadas por la jurisprudencia y la doctrina en relación con la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas, a la luz de los principios que gobiernan dicha actividad. Sea lo primero advertir que las normas del Código Civil y del Código de Comercio en materia de obligaciones y contratos, en general, no se refieren a la prórroga de tales actos jurídicos, lo cual obedece seguramente a que, bajo la concepción clásica o tradicional de dicha institución como fuente de las obligaciones, en la que el contrato es entendido como un acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido consciente y reflexivamente a crear obligaciones, estas se consideran generadas íntegramente y de una sola vez cuando el contrato se perfecciona. A partir de dicho instante, las referidas obligaciones -y los correlativos derechos- subsisten por sí mismos hasta su futura extinción por cualquiera de los medios previstos en la ley (artículo 1625 del Código Civil). No obstante, esta concepción vino a desdibujarse en parte con la creación, por parte de la doctrina, del concepto de “contratos de ejecución sucesiva o tracto sucesivo”, que luego fue reconocido por la jurisprudencia y acogido en algunas disposiciones legales, como el artículo 868 del Código de Comercio o el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de la Ley 1150 de 2007 y 217 del Decreto Ley 19 de 2012. (...) Es en esta modalidad de contratos, por lo tanto, en la que surge en ocasiones la necesidad o conveniencia de prorrogarlos, cuando su vigencia se haya sometida a un plazo o término por voluntad de las partes, o por disponerlo así una norma legal supletoria, con el fin de permitir que tales actos sigan operando como fuente de obligaciones durante un lapso mayor al inicialmente previsto por los contratantes. Desde luego que la terminación del contrato de ejecución diferida o su eventual prórroga son independientes de la vigencia, eficacia y extinción de las obligaciones derivadas del mismo y que hayan nacido ya a la vida jurídica, las cuales tienen “existencia” propia y, en consecuencia, no se extinguen en virtud de la terminación del contrato, sino exclusivamente por alguno de los modos de extinción que regula la ley, ni tampoco se modifican o “reviven” por la prórroga del contrato del cual provienen. En esa medida, la prórroga del contrato debe distinguirse de la prórroga del plazo para el cumplimiento de una obligación (plazo suspensivo), ya que esta última consiste en la estipulación en virtud de la cual el acreedor y el deudor de una obligación cualquiera (nacida de un contrato, de la ley o de otra fuente) acuerdan ampliar o extender el plazo que inicialmente se hubiera pactado o que haya dispuesto la ley para exigir el cumplimiento de la obligación. Así entendida, la prórroga del contrato puede definirse como la modificación que las partes acuerdan de uno de los elementos (generalmente accidentales) del contrato, como es el plazo, en el sentido de ampliarlo o extenderlo. Sin embargo, en la medida en que una vez prorrogado el contrato, este continúa generando obligaciones (y derechos correlativos) entre las partes por un tiempo adicional, la prórroga del contrato puede entenderse, desde una perspectiva más profunda, como la renovación del consentimiento o acuerdo de voluntades que las

partes expresaron inicialmente al celebrar el contrato, en relación con el objeto del mismo.

PRORROGA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR ENTIDADES PUBLICAS – Directrices jurisprudenciales / PRORROGA DEL CONTRATO – No es un derecho del contratista

A este respecto, vale la pena recordar, en primer lugar, que varias disposiciones que regulan la contratación pública, contenidas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en varios regímenes especiales, aluden a la prórroga de los contratos celebrados por las entidades estatales. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 regula la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión, los artículos 6 y 7 de Ley 1508 de 2012 se refieren a la prórroga de los contratos de asociación público-privada, y el artículo 6º de la Ley 1369 de 2009 dispone sobre la prórroga del contrato de concesión para la prestación del servicio de correo. Lo anterior demuestra que la prórroga de los contratos de ejecución sucesiva no resulta extraña a la contratación estatal, y así lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia. La posibilidad de prorrogar tales contratos obedece también, como en los contratos de derecho privado, a la autonomía de la voluntad, principio que no es ajeno a la contratación estatal. Pero en este campo la posibilidad de prorrogar los contratos y las condiciones de tales acuerdos están sujetas a límites y restricciones especiales que se derivan en unos casos de normas especiales, como las que se ha citado, y en otros, de los principios generales a los cuales se somete la contratación de todas las entidades estatales, como lo dispone explícitamente el artículo 13 de la Ley 1150. Por esta razón, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las prórrogas automáticas en esta clase de contratos. (...) Más adelante, en la sentencia C-068 de 2009, la misma corporación, además de reiterar su jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las prórrogas automáticas de los contratos celebrados por las entidades estatales, declaró inexecutable algunas expresiones contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1 de 1991, por considerar que la indeterminación en el número de veces que podían prorrogarse las concesiones portuarias vulneraba el interés público, así como los derechos de todas las personas a la libre competencia económica y a participar en la actividad económica de la nación en igualdad de condiciones. (...) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha coincidido, en líneas generales, con lo manifestado por la Corte Constitucional sobre la prórroga de los contratos estatales. Puntualmente sobre las prórrogas automáticas, esta corporación ha manifestado que las cláusulas que las contengan vulneran varios principios que gobiernan la contratación estatal y que se derivan tanto de la Carta Política como de la ley, motivo por el cual dichas estipulaciones están viciadas de nulidad absoluta, que debe ser declarada por los jueces, incluso de oficio. (...) La línea jurisprudencial que se ha descrito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permite extraer las siguientes conclusiones generales sobre la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas: (i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal. (ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga automática de tales contratos, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre

otros. (iii) Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, esto es, sin que se limite el número de veces que se pueden prorrogar ni su duración máxima. (iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de planeación. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato, y no exclusiva ni principalmente para favorecer al contratista respectivo. (v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras. (vi) Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista. Ni siquiera en los contratos celebrados entre particulares existe ese derecho en cabeza de alguna de las partes contratantes, o de las dos, salvo que se haya pactado una cláusula de prórroga automática y se den las condiciones para que la misma opere, o bien que se haya estipulado expresamente ese derecho, ora que la ley lo establezca directamente, respetando los principios constitucionales, como sucede en algunos eventos. Fuera de tales hipótesis, lo que tiene el contratista del Estado es una mera y legítima expectativa a que el contrato se prorrogue y, por supuesto, el derecho a solicitar o pedir que la prórroga sea evaluada por la entidad contratante y le informe su posición al respecto. (...) Tal como se ha demostrado en los numerales anteriores: (i) las disposiciones especiales a las que está sujeto el contrato N° 078-88 celebrado entre Carbocol y Drummond nada disponen en forma expresa y específica sobre la posibilidad de prorrogar esa clase de contratos, es decir, los celebrados por las entidades descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte; (ii) las normas generales del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, a las que también se encuentra sometido dicho contrato, en todo lo no previsto en las disposiciones especiales, tampoco establecen expresamente nada sobre el punto, pero el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes prorrogar de mutuo acuerdo este y cualquier otro contrato de ejecución sucesiva o diferida, y (iii) los principios generales que gobiernan la contratación de las entidades estatales permiten igualmente prorrogar, en principio, cualquier contrato de ejecución sucesiva celebrado por una entidad estatal, siempre que la prórroga no esté prohibida, que no se dé en forma automática ni sucesiva (indefinidamente), que la extensión del plazo sea necesaria o, al menos, conveniente para alcanzar la finalidad de interés público perseguida con el contrato, y que, en general, la celebración y ejecución de la prórroga respete los mencionados principios. Con fundamento en lo anterior, puede decirse, en principio, que la prórroga del contrato de exploración y explotación carbonífera N° 078-88 resulta jurídicamente viable, siempre que las dos partes- actualmente la Agencia Nacional de Minería (ANM) y Drummond - estén de acuerdo con la misma. A dicho convenio no se podría llegar, según lo explicado, sino luego de que la ANM, en desarrollo de los principios de economía, eficiencia, eficacia, transparencia, planeación y protección del interés público, haya evaluado cuidadosamente las alternativas de las cuales dispone, así como los costos, riesgos y demás consecuencias (técnicas, económicas, ambientales y sociales, entre otras) de cada una de dichas opciones. Tales alternativas incluirían, entre otras, la terminación del contrato al vencimiento de su plazo y la posterior concesión de los yacimientos carboníferos, ya sea a Drummond

o a otra firma, así como la prórroga del contrato vigente por el plazo que se estime conveniente (y no necesariamente por 30 años, como lo solicita la sociedad extranjera). Ahora bien, un aspecto que debe analizarse con más detenimiento es el del régimen jurídico al cual quedaría sometido el contrato N° 078-88 durante su prórroga, lo cual determinaría también las condiciones mínimas en las que dicha prórroga debería pactarse, en consideración a que el sistema de aporte de áreas no está previsto actualmente en la legislación minera, y que el aporte N° 871, con fundamento en el cual Carbocol celebró este contrato con Drummond, fue cancelado expresamente por el Ministerio de Minas al entrar a regir la Ley 685. Lo anterior permite inferir que una prórroga simple del contrato, es decir, aquella que consista solamente en la extensión o ampliación de su plazo, dejando intactas las restantes cláusulas, no sería posible, pues las partes no podrían simplemente renovar su consentimiento en relación con un contrato que la ley no regula ni permite celebrar actualmente, pues ese acuerdo de voluntades adolecería, más que de un objeto ilícito, de un objeto jurídicamente imposible.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 27 / LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 13

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS (E)

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00059-00(2252)

Actor: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

El Ministro de Minas y Energía solicita el concepto de la Sala sobre: (i) La viabilidad de prorrogar el contrato de exploración y explotación minera N° 78-88, suscrito el 23 de agosto de 1988 entre Carbocol S.A. (en adelante Carbocol) y Drummond Ltd. (en adelante Drummond), y (ii) la interpretación y aplicación del componente denominado “rendimiento de la inversión”, incorporado en la fórmula de liquidación de las regalías estipulada en el citado contrato.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la consulta se refieren a los siguientes temas: (i) régimen jurídico del sistema de aporte minero; (ii) características y condiciones generales del contrato N° 078-88, celebrado entre Carbocol y Drummond; (iii) régimen legal de las contraprestaciones económicas en proyectos de gran minería de carbón; (iv) contraprestaciones económicas estipuladas en el contrato N° 078-88; (v) solicitud de prórroga del contrato formulada por Drummond, y (vi) interpretación y aplicación del componente de “rendimiento de la inversión”, incluido en la fórmula de liquidación de las regalías pactada en el mencionado contrato.

De cada uno de los temas señalados, la Sala resalta los siguientes puntos:

1. Régimen jurídico del sistema de aporte minero

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 202 de la Constitución Política de 1886, la Ley 20 de 1969¹ reguló la propiedad del Estado sobre los yacimientos y minas que se encontraran en el suelo y en el subsuelo, así como los derechos adquiridos que pudieran tener otras personas sobre tales bienes. El artículo 8º de la citada ley estableció que los yacimientos que constituían “*reserva especial del Estado*” solo podían aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales del Estado o a sociedades de economía mixta que tuvieran una participación oficial igual o superior al 51% del respectivo capital.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1275 de 1970², cuyo artículo 163 fue modificado por el Decreto 257 de 1975, en el sentido de disponer que las entidades descentralizadas adscritas al Ministerio de Minas y Energía que fueran beneficiarias de áreas concedidas en aporte, podían explorar y explotar dichas zonas directamente o mediante contratos celebrados con terceros.

Posteriormente, la Ley 61 de 1979³ preceptuó que la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación solo podía efectuarse mediante el sistema de aporte a empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y precisó que se entiende por “aporte” el derecho que el Estado otorga a tales entidades para explorar y explotar las reservas carboníferas, ya sea directamente o por conducto de terceros.

El Decreto 2477 de 1986⁴ ratificó lo que dispuso sobre este punto la Ley 61 de 1979, y aclaró que la facultad de explorar y explotar yacimientos de carbón que se otorgaba a ciertas entidades en virtud del aporte, se entendía vigente durante toda la vida económica de los yacimientos. Adicionalmente, el artículo 249 *ibidem* estatuyó que las entidades públicas beneficiarias de los aportes podían determinar libremente “*la oportunidad, duración y condiciones de los trabajos de prospección, exploración, montaje, construcción y explotación, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas y técnicas de las zonas y yacimientos o la situación y perspectivas del mercado interno o externo del carbón*”.

Asimismo, el artículo 78 del citado decreto señalaba que al concesionario minero que hubiese cumplido con todas sus obligaciones, el Gobierno Nacional podía otorgarle nuevamente en concesión el derecho a explotar en la misma zona el mineral objeto de su contrato, si así lo solicitaba con un año de anticipación a la fecha de vencimiento del contrato y se sometía a las normas legales y reglamentarias que estuviesen vigentes en esa época.

Más adelante, el Decreto Ley 2655 de 1986⁵ redefinió el aporte minero como el acto por medio del cual el Ministerio de Minas y Energía otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar depósitos o yacimientos de uno o

¹ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos”.

² “Por el cual se reglamentan las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 y si dictan otras disposiciones sobre minas”.

³ “Por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón y se establece un impuesto”.

⁴ “Por el cual se reglamentan las leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979 y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por el cual se expide el Código de Minas”.

varios minerales que puedan existir en un área determinada (artículo 48). El mismo decreto reiteró que las entidades titulares del aporte podían realizar la exploración y la explotación directamente o por conducto de terceros.

El artículo 86 ibídem ordenó que en los contratos de gran minería que celebrasen los organismos descentralizados, debían incluirse, entre otras condiciones, los plazos de cada una de las actividades a realizar (exploración, montaje, explotación etc.), así como los eventos justificativos de las prórrogas.

Con posterioridad se expidió la Ley 685 de 2001⁶, cuyo artículo 14 dejó a salvo expresamente los derechos adquiridos hasta ese momento en virtud de diferentes clases de títulos mineros, entre ellos los contratos celebrados sobre áreas de aporte. Más específicamente, el artículo 351 ibídem prescribió que los contratos sobre áreas de aporte celebrados por las entidades descentralizadas continuarían vigentes, "*incluyendo las prórrogas convenidas*".

2. Características y condiciones generales del contrato N° 078-88, suscrito entre Carbocol S.A. y Drummond Limited.

En virtud del aporte minero otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a Carbocol mediante la Resolución N° 002857 del 10 de octubre de 1977 (aporte N° 871), dicha entidad suscribió con la sociedad extranjera Drummond Ltd., el 23 de agosto de 1988, el contrato de gran minería N° 078-88, para la exploración y explotación de carbón en un área determinada del Departamento del Cesar.

En este contrato se previó que su objeto se cumpliría en tres etapas: exploración, construcción y montaje, y explotación, las cuales se han ejecutado dentro de los siguientes plazos:

- (i) Exploración: Desde el 23 de febrero de 1989 (fecha de inicio de la ejecución) hasta el 22 de febrero de 1992.
- (ii) Construcción y montaje: Desde el 23 de febrero de 1992 hasta el 22 de febrero de 1995.
- (iii) Explotación: desde el 23 de febrero de 1995 a la fecha (esta etapa se extendería hasta el 23 de febrero de 2019).

En la cláusula vigesimosexta del contrato se estipuló que su duración total sería de treinta (30) años contados desde la fecha de inicio (23 de febrero de 1989). En la misma cláusula se acordó que dicho plazo podría ser prorrogado en los eventos descritos en las cláusulas 9.4 y 40. La primera de las estipulaciones citadas se refiere a la posibilidad de ampliar el período de exploración y el consiguiente aplazamiento de las etapas subsiguientes, y la segunda (cláusula 40^a) regula las suspensiones que puede sufrir el contrato por eventos de caso fortuito o fuerza mayor que impidan temporalmente su ejecución.

Finalmente, la cláusula vigesimoséptima (27^a) del mismo documento establece las causales de terminación del contrato.

3. Régimen legal de las contraprestaciones económicas para proyectos de gran minería de carbón

⁶ "*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*".

Según el artículo 1º de la Ley 60 de 1967⁷, las condiciones económicas y fiscales que en ese momento establecían las normas mineras, constituían apenas la contraprestación mínima que debía exigirse en los contratos y demás títulos mineros, sin que ello impidiera que en tales actos se pactaran o fijaron condiciones superiores para la Nación.

La Ley 61 de 1979 creó el impuesto al carbón, que sería recaudado por el Fondo Nacional del Carbón y equivalía al 5% del valor en boca de mina del carbón extraído. El párrafo 1º del artículo 4º de dicha ley preceptuó que las personas que celebraran o hubiesen celebrado contratos con entidades oficiales descentralizadas para explorar y explotar carbón, en los cuales se estipularan cánones o participaciones de cualquier clase, pagarían como impuesto el mayor valor que resultase de aplicar la tarifa estipulada en ese artículo (5%) o el monto de los cánones y participaciones convenidos.

El artículo 1º del Decreto 2477 de 1986 incluyó en el concepto de “participaciones”, las regalías, los impuestos, los cánones y los demás gravámenes y contribuciones por la explotación de carbón. El artículo 294 ídem, modificado por el Decreto 3062 de 1986⁸, aclaró que para efectos del artículo 4º de la Ley 61 de 1979, se entendía que el impuesto al carbón estaba conformado por los cánones, regalías o contraprestaciones acordadas, cuando el monto de estos fuera superior al 5% del valor de la producción en boca de mina, liquidado sobre el precio determinado por el Ministerio de Minas.

4. Contraprestaciones económicas estipuladas en el contrato N° 078-88

El Capítulo V del contrato 078-88 regula las contraprestaciones económicas que Drummond debe pagar al Estado. Durante la etapa de explotación, dicha compañía está obligada a pagar “regalías” que corresponden, en términos generales, al 15% del precio FOB en boca de mina del carbón, por tonelada vendida, pero nunca menos del 5% del precio FOB de referencia (que se define en el contrato).

Sin embargo, para determinar el precio FOB en boca de mina se deben restar unos factores deducibles, que corresponden principalmente a: (i) los costos directos asociados al manejo logístico del carbón entre la boca de mina y el puerto de embarque, (ii) los costos directos de transporte entre la boca de mina y el puerto; (iii) el monto de la inversión en transporte, y (iv) el rendimiento de la inversión en transporte.

Como se observa, uno de los componentes deducibles es el denominado “rendimiento de la inversión”, para el cual es necesario establecer la amortización acumulada de la inversión, la cual corresponde a la sumatoria de las amortizaciones mensuales efectuadas durante un período de 240 meses. Ese período, según la consulta, se cumplió el 23 de febrero de 2015.

Igualmente, para determinar la amortización de la inversión y el rendimiento sobre la inversión, el contrato estipula unos montos de inversión presunta, en función de la cantidad de toneladas de carbón extraídas al año.

5. Solicitud de prórroga del contrato presentada por Drummond Ltd.

⁷ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre transformación, adjudicación y contratación de minerales”.

⁸ “Por el cual se modifican unos artículos del decreto 2477 de 1986 y se dictan otras disposiciones”.

Desde el año 2009, Drummond ha venido solicitando la prórroga del contrato mencionado, por un nuevo período de treinta (30) años. La primera solicitud fue presentada en el mes de febrero de 2009, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 77 y 352 del Código de Minas (Ley 685 de 2001).

El argumento principal de dicha petición ha sido la aprobación por parte de INGEOMINAS, el 16 de noviembre de 2007, del "*Plan de operación integrada de los contratos mineros La Loma, El Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa*", cuya ejecución, según Drummond, demandará inversiones hasta el año 2060 por un monto aproximado de US\$1.500 millones.

Asimismo, la compañía minera argumenta que, conforme al artículo 1º del Código de Minas, la antelación con la que se solicita una prórroga debe entenderse en función de la racionalidad de cada proyecto minero, por lo cual considera que era viable tramitar desde ese momento su solicitud de prórroga.

Dicha petición fue respondida inicialmente por INGEOMINAS en el sentido de que ninguna norma obliga al Estado a prorrogar el contrato con tanta anticipación. No obstante, dicha entidad manifestó que estaría dispuesta a estudiar la viabilidad de la prórroga, siempre que: (i) se revisara y se modificara el clausulado del contrato, con el fin de acordar mayores beneficios para la Nación, y (ii) se estableciera una regalía o compensación adicional por el mayor riesgo que asumiría la Nación al otorgar la prórroga solicitada con tanta anticipación.

Drummond insistió en su solicitud con base en los mismos argumentos y manifestó, además, que a la solicitud de prórroga presentada debería darse el mismo tratamiento que se había dado a la prórroga de otros contratos, relativos a proyectos similares, cuyos plazos fueron ampliados de mutuo acuerdo con diez (10) años de anticipación y sin exigir el pago de regalías o contraprestaciones adicionales.

Ante esta nueva petición, INGEOMINAS respondió que cada proyecto es independiente y que la prórroga del contrato que nos ocupa (el N° 078-88) no está prevista en las normas que resultan aplicables a dicho negocio, ni en el clausulado del mismo, sino que depende solamente de la voluntad de las dos partes. También precisó que para poder prorrogar el contrato desde ese momento, Drummond debería reconocer una contraprestación adicional, equivalente al 5% de las utilidades operacionales anuales de esa firma, derivadas del proyecto.

En el año 2010, la Contraloría General de la República emitió una advertencia sobre el riesgo que implicaría para el patrimonio público prorrogar el contrato con tanta anticipación, sobre todo si se hace de manera precipitada y sin tener a disposición los estudios técnicos y económicos que sustenten esa decisión.

En febrero de este año (2015), Drummond insistió en su solicitud de prórroga del contrato N° 078-88, solicitud que no ha sido respondida.

6. Aplicación del componente de "rendimiento de la inversión" incluido en la fórmula de liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078-88

En el año 2013, la Contraloría General de la República, en ejercicio de su función de "control de advertencia", manifestó que el rubro de "rendimiento de la inversión", tal como está pactado en la fórmula de liquidación de las regalías estipulada en el contrato N° 078-88, no correspondía a ninguna metodología

aritmética aceptada por las normas contables que se encontraban vigentes en la época en la que dicho contrato fue perfeccionado.

La Agencia Nacional de Minería (en adelante ANM) dio respuesta a la Contraloría, manifestando que ese componente de la fórmula no obedece a una lógica contable, sino financiera, y corresponde esencialmente a la rentabilidad que el inversionista espera recibir por su inversión.

Sin embargo, la Contraloría General insistió en su advertencia, que pasó a calificar como hallazgo de naturaleza administrativa con incidencias disciplinaria y fiscal, por la suma de US\$53.236.989, que equivale, en su criterio, al valor de las regalías dejadas de percibir como consecuencia de la interpretación y aplicación indebidas de la citada fórmula. Además, señala que la tasa acordada en el contrato para calcular el “rendimiento de la inversión”, que corresponde al 16.5%, resulta muy alta para las condiciones actuales del mercado.

En virtud de los anteriores hechos y consideraciones, el Ministro de Minas y Energía formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“5.1 Teniendo en cuenta que en el contrato No. 078-88, ni en la ley vigente en la fecha de su celebración, (23 de febrero de 1989) (sic), se establecía de manera expresa la prórroga del mismo, ¿es posible en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes previsto en el artículo 78 del Decreto ley 2655 de 1.988 en consideración a las características del régimen bajo el cual fue suscrito el contrato (aporte), o en virtud de lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley 685 de 2001⁹, prorrogar su término de duración más allá del 23 de diciembre (sic) de 2019 y por un plazo de treinta años?”

5.2 En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, puede la Autoridad Minera Nacional Concedente, renegociar las condiciones económicas, técnicas, sociales y ambientales inicialmente acordadas [en] el contrato 078-88 para hacerlas más favorables al Estado, incluyendo la posibilidad de cobro de contraprestaciones económicas (fuera de las regalías) adicionales a las inicialmente pactadas?

5.3 Puede el Estado Colombiano a través de la Agencia Nacional de Minería y con posterioridad al 23 de febrero de 2015, seguir aplicando el componente de la amortización acumulada en el cálculo del rendimiento de inversión, teniendo en cuenta que se ha cumplido el término previsto en la variable 1/240 establecido en la fórmula de liquidación de regalías?”

Es importante aclarar que dentro del trámite de esta consulta, la Sala solicitó información y documentos adicionales y realizó dos (2) audiencias, el 30 de julio de 2015 y el 19 de octubre del mismo año. En esta última, el Ministerio de Minas y Energía aclaró que el objetivo fundamental que persigue con la última de las preguntas formuladas (la indicada en el numeral 5.3) es conocer la opinión de la Sala sobre la legalidad o ilegalidad de la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078-88.

⁹ “[2] **ARTÍCULO 352. BENEFICIOS Y PRERROGATIVAS.** 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. En lo que corresponde a la reversión de bienes, se estará a lo dispuesto en el artículo 113 y 357 de este Código”.

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará en su orden los siguientes aspectos: (i) La exploración y explotación de carbón por el sistema de aporte de áreas - el aporte N° 871 otorgado a Carbocol; (ii) el contrato de gran minería N° 078-88 suscrito entre Carbocol y Drummond: naturaleza jurídica y régimen legal al cual está sometido; (iii) viabilidad de prorrogar el citado contrato, y (iv) fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078-88.

A. La exploración y explotación de carbón por el sistema de aporte. El aporte N° 871 otorgado a Carbocol S.A.

El artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886 estableció que pertenecían a la República de Colombia los siguientes bienes, entre otros:

“(...) 2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados...”

3º Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que las leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

Con base en este canon constitucional, la Ley 20 de 1969 reiteró la propiedad del Estado sobre todas las minas que se hallaran en el territorio nacional y reguló los eventos y las condiciones en que los particulares podían invocar excepcionalmente derechos adquiridos sobre tales minas¹⁰. El artículo 8º de dicha ley dispuso, en lo pertinente:

“Artículo 8. Todas las minas que pertenezcan a la Nación inclusive las de piedra y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno. Pero los yacimientos que constituyen la reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

(...)” (Se resalta).

Esta ley fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1275 de 1970, cuyo artículo 29 señaló que la exploración técnica, la explotación económica y el beneficio de minas de propiedad nacional, podían efectuarse mediante los sistemas de aporte, de concesión y de permiso, conforme a las definiciones y reglas contenidas en dicho decreto.

En punto a los aportes, el artículo 163 ibídem, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 257 de 1975, dispuso que estos podían hacerse a favor de *“empresas comerciales e industriales del Estado, de entidades financieras oficiales cuyas funciones tengan relación con la explotación minera o de los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Minas y Energía”*, y precisó que dichas entidades podían explorar y explotar las respectivas zonas directamente *“o por medio de contratos con terceros”*.

¹⁰ Esta ley fue interpretada *“con autoridad”* mediante la Ley 97 de 1993, en lo referente a la propiedad que excepcionalmente pueden tener particulares sobre yacimientos de hidrocarburos descubiertos.

Por otra parte, el artículo 160 del Decreto 1275 de 1970 estableció que el objeto del aporte consiste en la exploración, la explotación, el beneficio y la transformación de los minerales que se encuentren en la zona aportada, conservando la Nación la propiedad sobre los respectivos yacimientos; y el artículo 162 ejusdem preceptuó que el aporte se entendía otorgado “*por toda la vida económica del yacimiento o yacimientos que se trate, pero caducará en los casos previstos...*” en ese decreto.

El Decreto 2533 de 1973¹¹ declaró como reserva especial del Estado los yacimientos de carbón ubicados en diferentes áreas del territorio nacional, incluyendo una zona del Departamento del Cesar, y estableció que las referidas minas podían ser objeto de aporte o de concesión en favor de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta con una participación oficial igual o superior al 51% en su capital, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 20 de 1969.

Vale la pena mencionar, desde ahora, que con base en las disposiciones citadas, el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución 2857 de 1977, decidió otorgar de oficio, “*a título de aporte a la empresa Carbones de Colombia S.A. ‘CARBOCOL’ los yacimientos de carbón y minerales asociados, existentes en una zona de 317.254 hectáreas, situada en jurisdicción de los Municipios de Agustín Codazzi y Chiriguaná, Departamento del Cesar...*”.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 preceptuó lo siguiente:

“Artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente Ley la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación sólo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad.

Para los efectos del inciso anterior, entiéndese por aporte el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional. Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares.

En el sistema de aporte las empresas oficiales beneficiarias no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración, montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata el Decreto 1275 de 1970.
(...)” (Se destaca).

Más adelante se dictó el Decreto 2477 de 1986, mediante el cual, so pretexto de reglamentar las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, se expidió una regulación completa o integral del tema minero, a manera de un verdadero código de minas.

El artículo 1º de este decreto actualizó las definiciones de “gran minería de carbón” y de “reserva minera especial”, entre otros conceptos. La misma norma, en armonía con el artículo 15, ratificó que los yacimientos que constituyen “reserva especial del Estado” solamente podían aportarse o concederse a favor de empresas comerciales e industriales del Estado o de sociedades de economía mixta que tuvieran una participación estatal no inferior al 51% de su capital.

¹¹ “Por el cual se declaran de reserva especial unos yacimientos y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 127 *ibídem* reiteró que el derecho a la exploración, explotación, beneficio y transformación involucrado en el aporte se otorgaba por toda la vida económica del yacimiento respectivo, pero que podía ser cancelado en los casos previstos en ese decreto, que correspondían a los mismos eventos en los que se podía decretar la caducidad de las concesiones y la cancelación de las licencias de exploración (artículo 141).

El artículo 129 de la misma normatividad disponía que las entidades públicas que fueran beneficiarias de los aportes podían llevar a cabo directamente las labores de exploración, explotación, montaje, beneficio y transporte, o encargar tales actividades a terceros mediante contratos de asociación, operación, servicios, administración o de cualquier otra clase, salvo el de concesión.

De acuerdo con los artículos 130 y 148 *eiusdem*, los titulares del aporte podían ceder los derechos emanados del mismo a favor de cualquier persona natural o jurídica, pero en ningún caso de gobiernos extranjeros.

El artículo 242 del mismo decreto ordenó que a partir del 25 de enero de 1980, la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad nacional, se hiciese únicamente mediante el sistema de aporte, entendido este como el acto administrativo mediante el cual la Nación, por intermedio del Ministerio de Minas y Energía, inviste a una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con la facultad de explorar y explotar las reservas de carbón que puedan encontrarse en el suelo o en el subsuelo de una zona determinada. La misma disposición reiteró que tales derechos se otorgaban por toda la vida económica de los yacimientos.

El artículo 243 *ibídem* señaló expresamente que entre las entidades públicas que podían ser beneficiarias de esta clase de aportes estaba Carbones de Colombia S.A., Carbocol, la cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 303 del mismo decreto, era una empresa industrial y comercial del Estado “de carácter societario”, cuyas acciones debían pertenecer todo el tiempo a entidades públicas descentralizadas del orden nacional.

Finalmente, es pertinente aclarar que este decreto derogó expresamente el Decreto 1275 de 1970, según lo previsto en su artículo 307.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 57 de 1987¹², el Presidente de la República dictó el Decreto Ley 2655 de 1988, mediante el cual se expidió un nuevo Código de Minas, que reguló integralmente esta materia (excluyendo los hidrocarburos en estado líquido o gaseoso) y derogó, entre otras normas, las Leyes 38 de 1887¹³, 20 de 1969 (con excepción de sus artículos 1 y 13) y 61 de 1979, así como el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo¹⁴.

¹² “Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir el Código de Minas, para ajustar y adecuar a sus preceptos algunas funciones del Ministerio de Minas y Energía y de sus organismos adscritos o vinculados, para dictar normas de carácter tributario, cambiario y otras disposiciones, de conformidad con el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución Nacional”.

¹³ Mediante la cual se adoptó como legislación permanente, con carácter nacional, el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia.

¹⁴ Decreto 01 de 1984. El artículo 254 de este código establecía la obligación de someter a revisión del Consejo de Estado, en forma previa, los “contratos sobre exploraciones o explotaciones de minerales energéticos, así como lo referente (sic) a la concesión de minas de aluvión de metales preciosos ubicados en el lecho y en las riberas de los ríos navegables”, cuya cuantía fuera o excediera de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

Vale la pena aclarar, en primer lugar, que este código empezó a regir el 23 de julio de 1989, esto es, seis meses después de su promulgación, con excepción del capítulo XXII (sobre garantías mineras y fondos de fomento minero), el cual entró en vigencia desde su promulgación, según lo preceptuado en el artículo 326 de dicha normatividad. Lo anterior implica que el Decreto 2655 de 1988 no regía (con excepción del capítulo indicado) cuando se celebró el contrato N° 078 del 23 de agosto de 1988 entre Carbocol y Drummond, ni tampoco cuando este “se perfeccionó”, según lo estipulado en la cláusula cuadragésima octava (22 de febrero de 1989).

Sin embargo, vale la pena registrar que el mencionado código conservó el sistema de aporte de áreas que preveía la legislación anterior, en favor de empresas industriales y comerciales del Estado y otras entidades públicas adscritas al Ministerio de Minas y Energía, y mantuvo expresamente la validez y la vigencia de los aportes otorgados con anterioridad, así como las de los contratos que con base en aquellos se hubieran celebrado para realizar, por intermedio de terceros, las labores de exploración, explotación, beneficio y transformación de minerales.

En efecto, el artículo 17 de este decreto estableció que los “títulos mineros”, es decir, los actos jurídicos con fundamento en los cuales una persona adquiere el derecho de explorar y explotar minas de propiedad estatal, comprendían las siguientes modalidades: licencias de exploración, licencias de explotación, aportes y contratos de concesión.

El artículo 98 ejusdem ratificó la regla que venía desde la legislación anterior, en el sentido de que la exploración y la explotación de carbón mineral solamente podían hacerse mediante el sistema de aporte de áreas, otorgado a favor de empresas industriales y comerciales del Estado, quienes podían realizar tales actividades directamente o mediante contratos celebrados con terceros.

Por otra parte, los artículos 6, 16 y 17 *ibídem* señalaron expresamente que los aportes que hubieran sido efectuados con anterioridad, así como los contratos que con base en ellos se hubiesen celebrado, seguían vigentes en los términos en que se hubieran pactado y los derechos derivados de los mismos se entendían protegidos como derechos adquiridos.

La pervivencia del sistema de aportes, después de expedida la Constitución Política de 1991, fue confirmada por algunas normas de la Ley 141 de 1994¹⁵, como el artículo 57, el cual disponía que el Ministerio de Minas y Energía, “*sin sujeción al régimen establecido en el Código de Minas, aportará a Carbones de Colombia S.A., Carbocol, o a la Empresa Colombiana de Carbón Limitada, Ecocarbón, los yacimientos de carbón que puedan existir dentro del territorio nacional*”.

Posteriormente se expidió la Ley 685 de 2001, que derogó expresamente el Decreto Ley 2655 de 1988 (artículo 365) y lo sustituyó por un nuevo Código de Minas, que rige en la actualidad. Vale la pena recordar que varias normas de esta ley fueron derogadas o modificadas por la Ley 1382 de 2010¹⁶, pero esas disposiciones revivieron como resultado de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382,

¹⁵ “*Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones*”.

¹⁶ “*Por el cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas*”.

pronunciada por la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011¹⁷, y del vencimiento del plazo que dicha corporación otorgó al Congreso de la República para sustituir la ley que fue declarada inconstitucional. Sobre este asunto se refirió detalladamente la Sala en el concepto N° 2216 de 2014¹⁸.

La Ley 685 eliminó el sistema de aporte de áreas, así como otras modalidades de títulos mineros que regulaba la legislación anterior, al determinar que en adelante el único título válido para explorar y explotar minerales de propiedad estatal sería el contrato de concesión. Así lo dispuso su artículo 14:

“Artículo 14. Título minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto. (Subrayas fuera del texto).

Como se observa, esta norma prescribió que, a partir de su entrada en vigencia, solamente puede adquirirse el derecho a explorar y explotar minas del Estado mediante la celebración del contrato de concesión y su inscripción en el registro minero nacional, pero dejó a salvo los derechos adquiridos en virtud de otros títulos previstos en la legislación anterior, entre ellos los surgidos de contratos celebrados sobre áreas de aporte.

En los antecedentes de dicha ley se observa claramente la intención de suprimir el sistema de aporte de áreas, por considerarse que este no había resultado provechoso para el interés público. A este respecto, se puede leer lo siguiente en la correspondiente exposición de motivos¹⁹:

“El perfeccionamiento del sistema

En sí mismo, nuestro sistema legal minero, desde el punto de vista de sus principios y conceptos básicos no tiene porqué ser sustituido radicalmente por otro. Sin embargo, como toda construcción jurídica, requiere... la revisión de sus desarrollos... Para el efecto, el proyecto persigue eliminar dos situaciones que han merecido la crítica de los analistas como de los empresarios y que se exponen en forma abreviada así:
(...)

“2. En el actual Código igualmente, se presenta un fenómeno negativo que debe ser abocado para modificarlo: Al lado del régimen de concesión a particulares, que se supone ser el general y ordinario, se creó un régimen que, bajo la denominación de ‘aporte de minas’, en su concepción original no era sino una forma de concesión especialísima y extraordinaria, apropiada sólo para proyectos de singular dimensión e importancia. Este régimen excepcional, más tarde se extendió a una serie de minerales genéricamente agrupados para el efecto, pero sin consideración o en referencia a zonas o áreas determinadas. De allí nació una situación perjudicial para el desarrollo de la minería, ya que el Estado, a través de sus agencias, nunca ha

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 366 del 11 de mayo de 2011. Expediente D-8250.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2216 del 29 de octubre de 2014.

¹⁹ Gaceta del Congreso N° 113, año IX, del 14 de abril de 2000, páginas 24 y 25.

tenido la capacidad financiera y operativa para utilizar en forma permanente y oportuna, el aludido régimen y así este ha conducido también a la congelación de proyectos de todo orden y que habrían podido ejecutarse bajo el régimen ordinario de la concesión. En el actual Código, además de poder someter al régimen del aporte cualquier clase de mineral, ubicado dentro de un área determinada, bajo la sola perspectiva que de su explotación se habrá de ocupar una empresa industrial y comercial del Estado de carácter nacional, se establece que sólo pueden explotarse por medio de este régimen los minerales radioactivos, el carbón, las piedras preciosas y las salinas.

En el Proyecto se elimina este régimen de aportes porque además de dar origen a las consecuencias negativas expuestas, acusa una artificiosa regulación para hacerlo compatible con la ocasional iniciativa particular que puede manifestarse sobre los minerales sometidos a esa clase de título.

(...)

Se agrega finalmente, que, con excepción unos pocos proyectos mineros en los cuales el Estado, a través de sus empresas, ha asumido el papel de inversionista directo, en la mayoría de los contratos celebrados con particulares sobre áreas aportadas, no ha jugado sino una función de simple concedente pasivo del derecho a explotar, dejando la iniciativa empresarial y todo soporte económico de los proyectos a dichos particulares a cambio de cobrarles sólo unas contraprestaciones económicas como lo hace bajo el sistema ordinario de concesión". (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Como se aprecia, fue clara y explícita la voluntad del legislador en el sentido de eliminar el mecanismo de aporte de áreas, dejando solamente el sistema de concesión como título para explorar y explotar recursos minerales de propiedad estatal.

Por esa razón, el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución N° 181320 del 16 de octubre de 2001, ordenó la cancelación, en el registro minero nacional, de los aportes efectuados a varias entidades públicas, entre ellos el aporte N° 871 otorgado en su momento a Carbones de Colombia S.A.

Sin embargo, como lo hicieron también las legislaciones precedentes, la Ley 685 de 2001 mantuvo a salvo la validez y la vigencia de los títulos mineros perfeccionados al amparo de la normatividad anterior, incluyendo entre ellos los contratos de exploración y explotación celebrados por las entidades descentralizadas sobre áreas de aporte, tal como se puede deducir de lo dispuesto en los artículos 14, 348, 350 y 351, entre otros, de dicha ley. Con respecto a estos últimos contratos, el artículo 351 preceptúa lo siguiente:

"Artículo 351. Contratos sobre áreas de aporte. Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubieren resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de los aportes, serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión". (Resalta la Sala).

Como se observa, la disposición citada permitió la subsistencia de los contratos mineros de cualquier tipo celebrados por entidades públicas descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte, incluyendo las prórrogas de dichos contratos que se hubieran convenido con anterioridad, no obstante la desaparición del sistema de aportes que ordenó la misma Ley 685 de 2001.

De todo lo que se ha explicado puede concluirse que desde antes de 1967²⁰ y hasta la entrada en vigor de la Ley 685 (17 de agosto de 2001), que contiene el Código de Minas vigente, el sistema de aporte de áreas fue reconocido y regulado por la legislación minera como un título válido para efectuar la exploración y explotación de minerales de propiedad estatal. A pesar de la desaparición de dicho sistema, la misma ley reconoció la validez y vigencia de los contratos de cualquier tipo que se hubieran celebrado con base en la legislación anterior, para efectuar la exploración, la explotación, el beneficio, la transformación y demás actividades relacionadas con los citados recursos naturales en zonas que fueron objeto de aporte.

B. El contrato número 078-88 suscrito entre Carbocol S.A. y Drummond Ltd.

1. Celebración del contrato y revisión del mismo por parte del Consejo de Estado

Con fundamento en las normas vigentes en ese momento, especialmente las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969, 61 de 1979 y 19 de 1982²¹, y los Decretos 2533 de 1973, 222 de 1983²², 385 de 1985²³ y 2477 de 1986, Carbones de Colombia S.A. (Carbocol) y la sociedad extranjera Drummond Limited celebraron el contrato N° 078-88, contenido en la escritura pública N° 2411 del 23 de agosto de 1988, otorgada en la Notaría 20 de Bogotá.

Con base en las mismas normas y en lo dispuesto por los artículos 253 y siguientes del Código Contencioso Administrativo²⁴, la Sala de Consulta y Servicio Civil efectuó la revisión previa de legalidad de dicho contrato y emitió su concepto o dictamen favorable el 13 de octubre de 1988²⁵. En dicho concepto se expresó que “... una vez realizada la revisión de legalidad del expediente, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **DECLARA AJUSTADO A LA LEY** el Contrato de Explotación de Bienes del Estado No. 2411²⁶, con sus correspondientes anexos, celebrado entre CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL–, y la Firma DRUMMOND LTD” (negrillas y subraya del original).

Entre las consideraciones más relevantes de dicho dictamen, vale la pena transcribir las siguientes:

*“(...) La legislación aplicable son las leyes 20 de 1969 y 61 de 1979, con el decreto reglamentario 2477 de 1986. **El sistema aplicado en el contrato es el de APORTE**, definido por el artículo 1o., de la Ley 61 de 1979 como el otorgamiento que hace el*

²⁰ Se afirma esto porque al revisar la Ley 60 de 1967, se encuentran algunas disposiciones que hacían referencia a los aportes de áreas mineras, como los artículos 1º y 3º, lo cual permite inferir que dicho sistema ya estaba previsto en la ley con anterioridad.

²¹ “Por la cual se definen nuevos principios de los Contratos Administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones”.

²² “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.

²³ “Por el cual se reglamenta la Ley 61 de 1979 y se dictan otras disposiciones”.

²⁴ Como se ha mencionado, el artículo 254 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) establecía la obligación de someter a revisión previa de legalidad, por parte del Consejo de Estado, los contratos que las entidades públicas celebraran para la explotación de minerales energéticos, cuya cuantía fuera igual o superior a \$50.000.000 o su equivalente en moneda extranjera. Esta exigencia fue reiterada por el artículo 65 del Decreto Reglamentario 2477 de 1986, norma que precisó, además, el deber de protocolizar el dictamen del Consejo de Estado y publicar la respectiva escritura pública en el Diario Oficial, a costa del contratista.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de octubre de 1988. Radicación número 209.

²⁶ Se refiere al número de la escritura pública que contiene el contrato.

Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional. **Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con terceros**.

*Se consagran así dos alternativas: la actividad **directa** de la empresa industrial o comercial, y la **directa de los particulares, sin que la ley determine con éstos una específica y exclusiva clase de contratos**. Al respecto el Decreto Reglamentario 2477 en su artículo 248 prescribe en el Capítulo XXIV, Disposiciones Especiales sobre el Carbón, lo siguiente: 'En los aportes de que trata este Decreto, las entidades beneficiarias **podrán** llevar a cabo las labores de prospección, exploración, montaje, explotación, construcción de infraestructura, de comercialización del mineral, **directamente o mediante contratos de asociación, operación, servicios, administración o de cualquier otra clase**'.*
(...)

6. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Por Resolución No. 002857 del 10 de octubre de 1977, el Ministerio de Minas y Energía otorgó a CARBOCOL a título de aporte, los Yacimientos de Carbón y Minerales asociados existentes en la zona de (317.254 hectáreas), situadas en la jurisdicción de los Municipios de Chiriguana, El Paso y la Jagua de Ibirico (Departamento del Cesar). El 29 de enero de 1988, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, por Acta No. 602 consagró el documento No. DNP-2355-UINF, en relación con Políticas Generales de Contratación en la Gran Minería'. Posteriormente, por Resolución No. 002657 del 22 de agosto de 1988, el Ministerio de Minas y Energía, aprobó las condiciones de negociación del precitado contrato, e igualmente, en reunión de la Junta Directiva de CARBOCOL, del 6 de julio de 1988, Acta No. 227 impartió aprobación a la negociación del mismo. (...)" (Negrillas en el original).

Este concepto fue protocolizado por las dos partes mediante la escritura pública N° 3029 del 2 de noviembre de 1988, en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá.

2. Las estipulaciones del contrato N° 078-88

a. Objeto

El objeto de este contrato, según lo pactado en su cláusula primera, consiste en "la *exploración, construcción y montaje, y explotación de un Proyecto Carbonífero en el Area Contratada descrita en la Cláusula Tercera... la cual hace parte de un área mayor otorgada a CARBOCOL por el Ministerio de Minas y Energía, a título de aporte, mediante la Resolución No. 002857 de fecha 10 de octubre de 1977, Aporte No. 871*".

b. Duración

En la cláusula vigesimosexta, tal como fue modificada por las partes mediante la escritura pública N° 4142 del 18 de agosto de 1993, otorgada en la Notaría 20 de Bogotá, se estipula lo siguiente:

*"CLAUSULA VIGESIMA SEXTA.- **Duración Máxima**.- El presente contrato tendrá una duración de **Treinta (30) años contados a partir de la Fecha Efectiva, veintitrés (23) de Febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989)**, a menos que se de (sic) por terminado con anterioridad, según lo establecido en la Cláusula Vigésima Séptima y **estará sujeto a las prórrogas, como se estipula en la Cláusula Cuadragésima**". (Subrayas del original; negrillas añadidas).*

La cláusula vigesimoséptima establece las causales de terminación del contrato, en los siguientes términos:

“CLAUSULA VIGESIMA SEPTIMA.- Causales de Terminación: El presente contrato se terminará en cualquiera de los siguientes casos:

- 27.1 Cuando haya transcurrido el período de duración máximo del contrato estipulado en la Cláusula Vigésima Sexta; 27.2. Por renuncia expresa del contrato por parte de DRUMMOND, mediante notificación escrita a CARBOCOL, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Vigésima Octava de este contrato; 27.3 Por la declaratoria de caducidad, conforme a lo establecido en la Cláusula Trigésima²⁷; 27.4 Según lo previsto en la última frase de la Cláusula 9.4²⁸, o; 27.5 Por lo establecido en la Cláusula Quincuagésima²⁹.”* (Subrayas en el original).

Vale la pena aclarar que la ejecución del contrato debe hacerse en tres etapas principales y sucesivas, denominadas (i) exploración, (ii) construcción y montaje y (iii) explotación, para cada una de las cuales se estipulan términos independientes, dentro del plazo máximo de duración del contrato acordado en la cláusula vigesimosexta. Para la etapa de exploración, se pactó un término inicial de dos (2) años, que podía prorrogarse hasta por un año adicional (cláusula quinta, numeral 5.2). Para la actividad de construcción y montaje, se acordó un plazo de tres (3) años, que podía prorrogarse igualmente hasta por un año (cláusula novena, numeral 9.2). Y finalmente, las partes estipularon que la etapa de explotación se llevaría a cabo desde cuando Drummond terminara la actividad de construcción y montaje hasta el vencimiento del contrato, según lo establecido en la cláusula vigesimosexta (es decir, el plazo de treinta años desde la “Fecha Efectiva”).

Por otra parte, debe señalarse que en la cláusula cuadragésima (40^a), las partes indicaron los hechos que debían considerarse eventos de caso fortuito o fuerza mayor, así como los efectos que tales acontecimientos tendrían sobre la ejecución del contrato. Allí se previó que si las “*actividades de exploración, construcción y montaje, o explotación se vieren suspendidas o retrasadas por un período de treinta (30) días o mayor, o por un período acumulado de treinta (30) días durante cualquier año, DRUMMOND tendrá derecho, siempre y cuando exista relación de causalidad entre tales hechos y la interrupción... de prorrogar... la duración total del presente contrato hasta por el número de días equivalentes a dicha interrupción. (...)*”. (Resaltamos).

Se observa, entonces, que en el contrato N° 078-88 solo se pactó expresamente que su plazo general o “*duración máxima*”, como se denomina en la cláusula vigesimosexta, puede prorrogarse cuando se presenten circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten su ejecución transitoriamente. Aunque las etapas de exploración y de construcción y montaje también podían prorrogarse, hasta por un año cada una de ellas, la extensión del término previsto para la realización de tales actividades no tenía como efecto el de ampliar el plazo total del contrato, sino tan solo el de desplazar o postergar el inicio de la etapa de explotación, con la consecuente reducción en la duración de dicha fase.

²⁷ En esta cláusula se permite a Carbocol (o a quien lo suceda) declarar la caducidad del contrato mediante resolución motivada, cuando ocurra cualquiera de las cuatro causales que se mencionan allí.

²⁸ El numeral 9.4 de la cláusula novena dispone que si no se cumplían ciertas condiciones establecidas en el numeral 9.3 para que se iniciara la etapa de construcción y montaje, dentro de los períodos señalados en aquel numeral, el contrato se entendía terminado, a menos que Drummond renunciara a dichas condiciones y emprendiera las actividades de construcción y montaje.

²⁹ La cláusula quincuagésima preveía ciertas condiciones suspensivas que debían cumplirse dentro de los seis (6) meses siguientes a la firma del contrato, so pena de que este se entendiera “*inexistente de pleno derecho*”.

En la información y los documentos enviados por el ministerio consultante no se acredita ni se menciona que se hayan presentado eventos de caso fortuito o fuerza mayor que, de acuerdo con la cláusula descrita, hubieran suspendido la ejecución del contrato por períodos de treinta (30) días o más durante un año y que, habiendo sido oportuna y debidamente informados por Drummond, den lugar a la prórroga del plazo global del contrato por un tiempo equivalente, conforme a la cláusula 40ª.

En esa medida y según lo convenido por las partes en la cláusula vigesimosexta, el contrato N° 078-88 terminaría, por vencimiento del plazo acordado, el día 23 de febrero del año 2019, si antes de esa fecha las partes no lo prorrogan o si no debe entenderse prorrogado, según lo estipulado en la cláusula cuadragésima.

Ahora bien, queda por resolver la cuestión de si las normas especiales que regulaban este tipo de contratos, o los principios y las normas generales sobre obligaciones y contratos, permiten prorrogar el negocio jurídico que nos ocupa por otros treinta (30) años, como lo solicita Drummond, de lo cual se ocupará la Sala en el acápite siguiente.

Finalmente, vale la pena advertir que la cláusula trigésimo primera del contrato prescribe cuáles son las obligaciones de las partes en caso de producirse su terminación, dentro de las cuales se incorpora una especie de “cláusula de reversión”, en los siguientes términos:

“31.1.2 Cuando la terminación del contrato ocurriere por causas diferentes a la declaratoria de caducidad, los activos totalmente amortizados o totalmente depreciados pasarán gratuitamente a CARBOCOL libres de todo gravamen o limitación de dominio. Sobre los activos que no hayan sido totalmente depreciados o amortizados y los bienes inmuebles adquiridos en beneficio exclusivo del Proyecto, CARBOCOL tendrá en este caso la primera opción de adquirirlos pagando a DRUMMOND el equivalente en pesos, a la Tasa FX a la fecha en que contraiga la obligación de compra bajo la opción”.

c. Contraprestaciones económicas

De las contraprestaciones económicas a favor de la entidad pública contratante, se ocupa el Capítulo V del contrato, el cual establece cuatro tipos de obligaciones:

(i) El canon superficiario, que corresponde a una suma fija por hectárea del área objeto del contrato, el cual debía ser pagado por Drummond desde el principio de la ejecución (“Fecha Efectiva”) hasta antes de la fecha de inicio del período de explotación.

(ii) Regalías, que deben pagarse desde el inicio de la explotación hasta la terminación del contrato y corresponden, en términos generales, al 15% del precio FOB (depurado) en boca de mina por cada tonelada de carbón proveniente del proyecto, sin que sean inferiores al 5% del precio FOB de referencia. En el acápite final de este concepto la Sala se referirá en detalle a la fórmula acordada en este negocio para la liquidación de las regalías.

(iii) En la cláusula vigesimocuarta del contrato se estipula que Drummond reconocerá a Carbocol una participación en el “exceso de utilidades” obtenido por la firma contratista, calculado de la forma que se describe en dicha estipulación.

(iv) Finalmente, en la cláusula vigesimoquinta se pactó que Drummond haría, por una sola vez, un pago equivalente a dos millones de dólares (US\$2.000.000), “como

contribución para la ejecución de los planes de desarrollo económico y social de la región” en la cual se encuentra el “Área Contratada”.

d. Solución de conflictos, ley y jurisdicción aplicables y otras cláusulas

La cláusula trigésima cuarta (“Desacuerdos”) contiene varias reglas para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre las partes:

(i) En primer lugar, se estipula que los desacuerdos de carácter jurídico que las partes no puedan solucionar en forma directa, deberán someterse al conocimiento y decisión de la jurisdicción colombiana, salvo que las partes convengan en cada caso someterlos al arbitraje, el cual se sujetará a lo dispuesto en la ley colombiana.

(ii) Toda discrepancia “*de hecho o de carácter técnico*” que se presente entre las partes y que estas no puedan resolver de consuno, será “*sometida al dictamen definitivo de tres peritos independientes experimentados en proyectos de ingeniería de características similares al proyecto motivo de este contrato, designados de común acuerdo*” por las partes.

(iii) Cualquier diferencia de carácter contable que llegue a surgir entre las partes en relación con la interpretación o la ejecución del contrato, “*será sometida al dictamen definitivo de tres (3) peritos, quienes deberán ser contadores públicos juramentados, designados de común acuerdo entre las partes...*”.

(v) Por último, se estipula que si hay desacuerdo entre las partes sobre la naturaleza legal, técnica o contable de la controversia, esta se considerará de carácter legal y se aplicará, por ende, lo dispuesto en el numeral (i) anterior, a menos que las partes escojan expresamente el peritaje como procedimiento exclusivo para solucionar su diferencia en determinado caso.

En la cláusula cuadragésimo primera (41^a) se pactó expresamente la aplicación de la ley y la jurisdicción colombianas, así como la renuncia a la reclamación diplomática por parte de Drummond, salvo en el caso de “*denegación de justicia*”.

En la cláusula cuadragésimo cuarta (44^a) la sociedad extranjera declaró, bajo la gravedad del juramento, que no se encontraba incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas a la sazón en el Título II del Decreto Ley 222 de 1983.

Finalmente, la cláusula cuadragésimo octava (48^a) establece las condiciones y requisitos que debían cumplirse para que el contrato se entendiera perfeccionado, dentro de las cuales se incluyó su revisión por parte del Consejo de Estado, a menos que dicha corporación declarara que no tenía competencia para ello, en cumplimiento de lo que ordenaban los artículos 253 y siguientes del C.C.A.

3. Modificaciones al contrato

El contrato N° 078-88 ha sido objeto de múltiples modificaciones, sin contar las cesiones o subrogaciones en la posición contractual de la parte contratante, a la cual nos referiremos más adelante. De acuerdo con los documentos remitidos por la entidad consultante, dicho contrato ha sido reformado en quince (15) oportunidades.

Por razones de economía y eficiencia, la Sala no hará alusión a cada una de dichas modificaciones, sino únicamente en la medida en que se relacionen directa y específicamente con los puntos o aspectos a los cuales se refiere la consulta.

4. Subrogaciones y cesiones

Es conveniente señalar que mientras la parte contratista en este negocio, es decir, Drummond Ltd., ha permanecido constante, salvo la inclusión que en determinado momento se hizo de dos sociedades vinculadas a ella, encargadas de prestar los servicios portuarios y de administrar el transporte del carbón, esto es: American Port Company Inc. y Transport Services L.L.C., respectivamente, en lo que atañe a la parte contratante se han presentado múltiples cesiones y subrogaciones, que tienen que ver con las transformaciones que durante el tiempo de ejecución del contrato se han presentado en la regulación y en la institucionalidad minera del país.

En efecto, la posición contractual de Carbocol fue transferida inicialmente a Ecocarbón Ltda., luego a Minercol Ltda., después a INGEOMINAS y finalmente a la Agencia Nacional de Minería, tal como se explica a continuación:

Al principio, el contrato fue cedido por Carbocol S.A. a la Empresa Colombiana de Carbón Ltda., Ecocarbón Ltda., cesión que fue aprobada por el Ministerio de Minas y Energía mediante la Resolución N° 601078 del 22 de diciembre de 1993, e inscrita en el registro minero nacional.

Luego el contrato fue cedido por Ecocarbón Ltda. a la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol.

Más adelante, el contrato fue subrogado al Instituto Colombiano de Geología y Minería, INGEOMINAS, a quien el Ministerio de Minas y Energía delegó varias funciones como autoridad minera y concedente a partir del 27 de enero de 2004, mediante la Resolución N° 18-0074 de la misma fecha.

Y finalmente, el contrato fue subrogado a la Agencia Nacional de Minería, en virtud de lo dispuesto en los Decretos 4131³⁰ y 4134 de 2011³¹ y las Resoluciones Nos. 180876 del 7 de junio de 2012 y 91818 del 13 de diciembre de 2012.

Vale la pena señalar que la transmisión de la posición contractual de Carbocol, en sucesivas ocasiones, hasta llegar a INGEOMINAS, fue examinada por dos tribunales de arbitramento y reconocida en los respectivos laudos, de fechas 20 de septiembre de 2001 y 8 de agosto de 2007. En tales fallos se declaró igualmente la existencia y vigencia (hasta las correspondientes fechas) del contrato N° 078-88 suscrito entre Carbocol y Drummond. En este último laudo, el tribunal de arbitramento³² resolvió:

“CUARTO: Declarar que a la fecha de este laudo existe, se encuentra vigente y en ejecución el contrato 078 de 1988, celebrado mediante escritura pública número 2411 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá, originalmente suscrito entre CARBOCOL, como parte estatal y DRUMMOND LIMITED como parte contratista...

QUINTO: Declarar que el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, se subrogó en la posición de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN en el contrato 078, razón por la cual aquella entidad es a partir del 29 de enero de 2004 la parte estatal contratante en el referido acuerdo, tal como está debidamente probado”. (Negritas en el original; subrayas añadidas).

³⁰ “Por el cual se cambia la Naturaleza Jurídica del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas)”.

³¹ “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica”.

³² Conformado por los doctores Adelaida Ángel Zea, Saúl Flórez Enciso y Carlos E. Manrique Nieto.

Dado que tales decisiones hicieron tránsito a cosa juzgada, la Sala se abstendrá de profundizar en los aspectos que mediante estas se declararon probados, entre ellos las sucesivas cesiones y subrogaciones de la posición contractual de Carbocol S.A. hasta INGEOMINAS.

Con respecto a la subrogación de INGEOMINAS a la Agencia Nacional de Minería, vale la pena recordar, en primer lugar, que mediante el Decreto 4131 de 2011, se transformó el Instituto Colombiano de Geología y Minería, INGEOMINAS (que era un establecimiento público), en un instituto científico y técnico adscrito al Ministerio de Minas y Energía, denominado Servicio Geológico Colombiano, el cual está dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y financiera, y patrimonio independiente.

El artículo 11 de dicho decreto (régimen de transición) dispuso que el Servicio Geológico Colombiano seguiría ejerciendo todas las funciones que por competencia directa o por delegación se le hubieran asignado a INGEOMINAS, incluyendo aquellas que tuviera en materia minera, hasta que entrara en operación la Agencia Nacional de Minería (ANM). Asimismo, el artículo 12 ibídem estableció que el Servicio Geológico Colombiano debía subrogar a la ANM, mediante la suscripción de un acta, los contratos, convenios, acuerdos y procesos de contratación en curso que por su objeto debieran ser ejecutados por esta última, lo cual debía efectuarse en un plazo no superior a seis (6) meses contados desde la fecha en la que entrara en operación la Agencia Nacional de Minería.

Tales reglas fueron reiteradas por el Decreto 4134 de 2011, mediante el cual se creó la Agencia Nacional de Minería.

De esta manera, la posición contractual que había asumido INGEOMINAS en el contrato N° 078-88 se transfirió a la Agencia Nacional de Minería (ANM).

C. Viabilidad de prorrogar el contrato N° 078 de 1988

Drummond ha solicitado en reiteradas ocasiones, desde el año 2009, que se autorice la prórroga del contrato N° 078-88, por otros treinta (30) años, para lo cual se ha apoyado principalmente en lo dispuesto en los artículos 77 y 352 del Código de Minas vigente, en la prórroga que se ha efectuado de otros contratos que considera similares, así como en la aprobación, por parte de INGEOMINAS, del *“Plan de operación integrada de los contratos mineros La Loma, El Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa”*.

Para analizar la viabilidad de dicha prórroga, así como las condiciones en las cuales la misma podría darse, resulta indispensable determinar, en primer lugar, el régimen jurídico al cual se encuentra sometido el citado contrato en la actualidad.

1. Las cláusulas del contrato N° 078-88 y el régimen especial al cual está sujeto

Como lo manifestó en su momento la Sala, al revisar la legalidad del contrato N° 078-88, y se reitera en el numeral 1° del acápite anterior, el citado negocio jurídico se celebró principalmente al amparo de las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, y los Decretos 2533 de 1973, 385 de 1985 y 2477 de 1986. Asimismo, cuando dicho contrato se celebró, estaban vigentes la Ley 19 de 1982 y el Decreto

Ley 222 de 1983, que establecían el marco legal para la contratación pública en Colombia.

Conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”. Este principio se encuentra íntimamente relacionado con la protección de la propiedad privada y de los derechos adquiridos con justo título, que la Constitución Nacional de 1886 establecía, en su artículo 30, y que también garantiza la Carta Política vigente, en su artículo 58.

El mismo postulado se encuentra reiterado tanto en las leyes que han regulado el asunto minero desde la celebración del contrato N° 078-88, como en los estatutos que desde la misma época han normado la contratación de las entidades públicas.

En relación con las primeras, vale la pena recordar que el artículo 6° del Decreto Ley 2655 de 1988 (Código de Minas anterior) reconocía expresamente los derechos adquiridos en esta materia, entre los cuales incluía “*los aportes otorgados a organismos adscritos o vinculados al Ministerio y los contratos que con base en ellos se hayan celebrado*”. El artículo 16 ibídem definía lo que debía entenderse por “título minero” y precisaba que dentro de dicho concepto se encontraban, entre otras, “*las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores*” (se destaca). En el mismo sentido, el artículo 17 estatúa que las actividades de exploración y de explotación de yacimientos de propiedad nacional, podían ejecutarse también “*con base en títulos expedidos con anterioridad, debidamente perfeccionados, que conserven su validez*”.

Más clara aun fue la Ley 681 de 2001, cuyo artículo 350 dispuso que “*las condiciones, términos y obligaciones consagrados en leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados o consolidados, serán cumplidos conforme a dichas leyes*” (resaltamos). Esta norma debe complementarse con lo que preceptúa el artículo siguiente (351), de manera específica, para los contratos celebrados sobre áreas de aporte, en el sentido de que “*los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas*” (subrayas añadidas).

En relación con las normas que han regulado la contratación de las entidades del Estado, vale la pena mencionar que el artículo 78 de la Ley 80 de 1993³³, que derogó expresamente el Decreto Ley 222 de 1983 (vigente cuando se suscribió el contrato que nos ocupa), estableció lo siguiente sobre los contratos celebrados con anterioridad:

“ARTÍCULO 78. DE LOS CONTRATOS, PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS EN CURSO. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”. (Se subraya).

De todo lo anterior se infiere que para determinar la posibilidad de prorrogar el contrato N° 078 de 1988, resulta necesario indagar, en primer lugar, lo que estipularon las partes sobre este punto en el mismo contrato y, en segundo lugar, lo que disponían las normas que se encontraban vigentes cuando dicho acto fue celebrado.

³³ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Como ya se mencionó en el acápite anterior, el contrato 078-88 solo prevé expresamente la posibilidad de prorrogarlo cuando se presenten circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que impidan a Drummond ejecutar durante cierto lapso sus obligaciones, caso en el cual la prórroga tiene como propósito exclusivo recuperar el tiempo perdido, por lo cual la duración de la misma no puede exceder el tiempo durante el cual se haya presentado la situación de caso fortuito o fuerza mayor. Las otras prórrogas previstas en el contrato se refieren a los plazos convenidos para las etapas de exploración y de construcción y montaje, los cuales no afectan el plazo total o “duración máxima” del contrato.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que Drummond no ha invocado estas cláusulas, ni el hecho de haberse visto afectada por eventos de caso fortuito o fuerza mayor que le hayan impedido ejecutar el contrato, como fundamento para solicitar su prórroga por 30 años, no resulta pertinente y tampoco sería suficiente acudir a las cláusulas del contrato para solucionar el interrogante planteado en la consulta, en el sentido de si resulta viable prorrogar el contrato en las condiciones y por el tiempo en que lo ha pedido Drummond desde el año 2009. Por supuesto que el aparente vacío que presenta el contrato en cuanto a los eventos y las condiciones en las cuales podría prorrogarse, más allá de lo previsto para el caso fortuito o la fuerza mayor, tampoco significan necesariamente que el plazo de dicho contrato no pueda extenderse o ampliarse en otras hipótesis, por otras razones y por diferentes períodos de tiempo, pues para ello haría falta examinar lo que disponían las normas legales y reglamentarias que se encontraban vigentes cuando dicho contrato fue celebrado.

En esa medida, debe rememorarse, en primer lugar, que los “contratos de explotación de bienes del Estado”, si bien eran catalogados como “contratos administrativos”, no estaban sujetos, en general, a las disposiciones que regulaban la contratación de las entidades públicas, sino a un régimen especial. Así lo establecían tanto la Ley 19 de 1982 como el Decreto Ley 222 de 1983, que fue dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por la referida ley.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 19 de 1982 disponía que “*son contratos administrativos además de los que se señalan en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente Ley, los de... explotación de bienes del Estado...*”, pero el párrafo de la misma norma preceptuaba, a continuación, que “*los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia*”.

Estas mismas reglas, en relación con el tipo de contratos que se menciona, quedaron consignadas en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983. En armonía con dicha disposición, el artículo 80 *ibídem* prescribió que los contratos que no estaban regulados por aquel estatuto (dentro de los cuales, como se vio, estaban los de “*explotación de bienes del Estado*”), continuarían rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.

Adicionalmente cabe señalar que el artículo 1º, inciso 3º del citado decreto estableció que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 90%, solamente les eran aplicables las normas de dicho estatuto que regulaban los contratos de empréstito y de obras públicas, así como “*las demás que se refieran expresamente a dichas entidades*”. En concordancia con este precepto, el artículo 257 *ibídem* estatuyó que los contratos de las sociedades de economía mixta con una participación pública igual o superior al 90 de su capital, se sometían a las mismas reglas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, y el

artículo 254 ordenaba que *“salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto, sino los usuales para los contratos entre particulares”*, no obstante lo cual, podía estipularse en dichos contratos la renuncia a la reclamación diplomática por parte de los contratistas extranjeros.

Estas reglas fueron ratificadas luego por el artículo 248 del Decreto Reglamentario 2477 de 1986, específicamente con relación a los contratos que celebraran las empresas industriales y comerciales del Estado y las demás entidades públicas que hubieran recibido áreas en aporte, para lograr la exploración y la explotación de minerales de propiedad estatal.

Se deduce de lo anterior que el contrato celebrado entre Drummond Ltd. (sociedad extranjera) y Carbocol S.A. (sociedad pública sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado), a pesar de tratarse de un “contrato administrativo”, no estaba sujeto a las disposiciones generales contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983, al haber sido celebrado por una entidad descentralizada sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y, sobre todo, al tener como objeto la explotación de bienes del Estado (yacimientos de carbón). En consecuencia, dicho contrato estaba sujeto a las disposiciones especiales que regulaban esa clase de negocios y, en su defecto, a los principios y las normas generales que rigen los contratos entre particulares, contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil.

En punto a las primeras, vale la pena reiterar que el artículo 1º de la Ley 61 de 1979 señalaba que las entidades públicas beneficiarias de aportes podían realizar la exploración y explotación de los recursos minerales que se encontraran en las respectivas zonas, directamente o *“mediante contratos celebrados con particulares”*³⁴, aunque no especificaba el tipo de contratos que podían celebrar, ni mucho menos las condiciones y términos de tales negocios. Lo que sí advertía tal norma, era que las entidades beneficiarias del aporte *“no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración, montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata el Decreto 1275 de 1970”* (destaca la Sala).

El artículo 129 del Decreto 2477 de 1986 especificó que los contratos que las entidades públicas beneficiarias de aportes consideraran necesario suscribir con terceros, podían celebrarse en las modalidades de *“asociación, operación, servicios, administración o cualquier otra clase, salvo naturalmente el de concesión”* (se resalta), y podían tener por objeto la exploración, la explotación, el montaje de la infraestructura, el beneficio y el transporte de los minerales.

Lo anterior aparece reiterado por el artículo 248 del mismo decreto, específicamente con respecto a los contratos celebrados para obtener la exploración y explotación de minas carboníferas en zonas aportadas, disposición que precisó, además, que esta clase de actos, *“por tener como fin último, especial y principal la explotación minera, no estarán sujetos a los requisitos y trámites que para la contratación administrativa ordinaria establece el Decreto 222 de 1983 y las disposiciones que lo adicionen y reformen, pero la entidad contratante deberá incluir las prescripciones sobre la renuncia a reclamación diplomática cuando hubiere lugar y podrá pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad; en materia de inhabilidades e incompatibilidades se aplicará lo dispuesto por el Decreto 222 de 1983”*.

³⁴ En el mismo sentido se expresaba el artículo 163 del Decreto Reglamentario 1275 de 1970.

Asimismo, es importante mencionar que según el artículo 143 del Decreto 2477 de 1986, “las normas referentes al trámite y a la ejecución de la licencia de exploración y de los contratos de concesión se aplicarán a las situaciones no reguladas en el presente Capítulo [se refería al Capítulo XIII, que regulaba de manera especial el mecanismo de aporte], siempre que no sean incompatibles con la naturaleza del sistema de aporte” (se resalta); y que, de acuerdo con el artículo 78 del mismo decreto, “al concesionario que hubiere cumplido con todas sus obligaciones, podrá el Gobierno otorgarle nuevamente en concesión el derecho a explotar en la misma zona el mineral objeto de su contrato, si dicho concesionario así lo solicita con un año de anticipación a la fecha de vencimiento del mismo y se somete a las normas legales y reglamentarias vigentes en tal época” (subrayas fuera del texto), precisando que en tal caso, “el Gobierno podrá acordar la forma y condiciones en que el concesionario pueda adquirir o usar los bienes muebles o inmuebles que hayan sido materia de reversión por razón del contrato primitivo”.

Como se observa, entonces, ni las leyes ni los reglamentos que se encontraban vigentes cuando se celebró el contrato N° 078-88 establecían expresamente la posibilidad de prorrogar o no esta clase de contratos, ni menos aun las condiciones en las que tales prórrogas pudieran convenirse. Sin embargo, por la remisión que ordenaba el Decreto 2477 de 1986 a las normas sobre el contrato de concesión, podría entenderse, en principio, que los contratos mineros que suscribieran las entidades estatales beneficiarias de aportes, podían prorrogarse en condiciones similares a las señaladas en el artículo 78 del mismo decreto para los contratos de concesión, norma que, como se puede inferir de su simple lectura, no establecía un término específico para dichas prórrogas y dejaba a discreción del Gobierno Nacional la decisión de conceder o no la prórroga solicitada.

Para la Sala, sin embargo, este conjunto de disposiciones no resulta suficiente para solucionar la inquietud planteada en esta consulta, dado que: (i) el precepto que permitiría la prórroga es una norma reglamentaria, que ni siquiera se aplicaría directamente a esta clase de contratos, sino por remisión; (ii) este tipo de contratos se encuentra sometido, en todo lo que no esté previsto en su régimen especial, a los principios y las normas generales de los contratos de derecho privado, por lo cual resulta necesario consultar tales principios y normas, y (iii) sin perjuicio de lo anterior, dichos contratos también deben entenderse sujetos a los principios generales que gobiernan la contratación estatal, tal como lo sostuvo la Sala en el concepto N° 2216 de 2014³⁵, principios que se derivan de los artículos 209³⁶ y 267³⁷,

³⁵ A este respecto, la Sala dijo en el citado concepto, en relación con el contrato de concesión minera: “... la concesión minera es, ante todo, un contrato celebrado entre el Estado y un particular. Por lo tanto, el hecho de que no se le apliquen las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con algunas excepciones, no significa necesariamente que dicho acto jurídico no se rija por los principios generales de la contratación estatal, y tampoco implica que no se gobierne por los principios y las normas generales que regulan la institución jurídica del contrato, entre ellos la facultad que tienen las partes contrayentes para modificar de consuno lo que han acordado previamente, facultad que existe tanto en la contratación privada como en la pública, aunque en esta última se encuentre sujeta a ciertas limitaciones y reglas especiales que consagra la ley o ha señalado la jurisprudencia, para salvaguardar los principios generales a los que se ha hecho alusión”. (Negrillas añadidas; subraya del original).

³⁶ “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

(...)

³⁷ “Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

(...)

entre otros, de la Constitución Política y que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007³⁸ ordena respetar en todos los contratos celebrados por las entidades estatales.

Por lo tanto, la Sala considera que para solucionar satisfactoriamente la duda planteada, habrá de tenerse en cuenta, por lo menos, los siguientes aspectos: (i) la prórroga de los contratos frente a las normas y los principios generales del derecho privado, y (ii) las directrices conceptuales fijadas por la jurisprudencia y la doctrina en relación con la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas, a la luz de los principios que gobiernan dicha actividad.

2. Las normas y los principios generales del derecho privado en relación con la prórroga de los contratos

Sea lo primero advertir que las normas del Código Civil y del Código de Comercio en materia de obligaciones y contratos, en general, no se refieren a la prórroga de tales actos jurídicos, lo cual obedece seguramente a que, bajo la concepción clásica o tradicional de dicha institución como fuente de las obligaciones, en la que el contrato es entendido como un acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido consciente y reflexivamente a crear obligaciones, estas se consideran generadas íntegramente y de una sola vez cuando el contrato se perfecciona. A partir de dicho instante, las referidas obligaciones -y los correlativos derechos- subsisten por sí mismos hasta su futura extinción por cualquiera de los medios previstos en la ley (artículo 1625 del Código Civil).

No obstante, esta concepción vino a desdibujarse en parte con la creación, por parte de la doctrina, del concepto de “contratos de ejecución sucesiva o tracto sucesivo”, que luego fue reconocido por la jurisprudencia y acogido en algunas disposiciones legales, como el artículo 868 del Código de Comercio³⁹ o el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de la Ley 1150 de 2007 y 217 del Decreto Ley 19 de 2012.⁴⁰

En efecto, en esta clase de negocios, el contrato, de cierta forma, “actúa” permanentemente como fuente de las obligaciones derivadas del mismo, mientras el acuerdo de voluntades se mantenga vigente. Por tal razón, si en este tipo de actos no se pacta un plazo de duración o vigencia o una condición resolutoria, el negocio jurídico regirá en forma indefinida y, por lo tanto, seguiría generando efectos jurídicos entre las partes, particularmente obligaciones.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (...). (Se resalta).

³⁸ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. El artículo 13 de esta ley dispone: “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

³⁹ El artículo 868 del Código de Comercio consagra la denominada “teoría de la imprevisión”, de acuerdo con la cual “cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. (...)” (Se resalta).

⁴⁰ “Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. (...)” (Subraya fuera del texto).

Es en esta modalidad de contratos, por lo tanto, en la que surge en ocasiones la necesidad o conveniencia de prorrogarlos, cuando su vigencia se haya sometida a un plazo o término por voluntad de las partes, o por disponerlo así una norma legal supletoria, con el fin de permitir que tales actos sigan operando como fuente de obligaciones durante un lapso mayor al inicialmente previsto por los contratantes. Desde luego que la terminación del contrato de ejecución diferida o su eventual prórroga son independientes de la vigencia, eficacia y extinción de las obligaciones derivadas del mismo y que hayan nacido ya a la vida jurídica, las cuales tienen "existencia" propia y, en consecuencia, no se extinguen en virtud de la terminación del contrato, sino exclusivamente por alguno de los modos de extinción que regula la ley, ni tampoco se modifican o "reviven" por la prórroga del contrato del cual provienen.

En esa medida, la prórroga del contrato debe distinguirse de la prórroga del plazo para el cumplimiento de una obligación (plazo suspensivo), ya que esta última consiste en la estipulación en virtud de la cual el acreedor y el deudor de una obligación cualquiera (nacida de un contrato, de la ley o de otra fuente) acuerdan ampliar o extender el plazo que inicialmente se hubiera pactado o que haya dispuesto la ley para exigir el cumplimiento de la obligación.

Así entendida, la prórroga del contrato puede definirse como la modificación que las partes acuerdan de uno de los elementos (generalmente accidentales) del contrato, como es el plazo, en el sentido de ampliarlo o extenderlo. Sin embargo, en la medida en que una vez prorrogado el contrato, este continúa generando obligaciones (y derechos correlativos) entre las partes por un tiempo adicional, la prórroga del contrato puede entenderse, desde una perspectiva más profunda, como la *renovación* del consentimiento o acuerdo de voluntades que las partes expresaron inicialmente al celebrar el contrato, en relación con el objeto del mismo.

Ahora bien, para finalizar esta parte, vale la pena señalar que los contratos sujetos a los principios y a las reglas del derecho privado, no están sometidos, en principio, a ningún límite o restricción particular para su prórroga, ni en relación con el número de veces que puede ampliarse su plazo ni con respecto a la duración individual o acumulada de las prórrogas. En la medida en que la extensión del plazo en dichos contratos depende del principio de la autonomía de la voluntad, tales convenciones están sometidas exclusivamente a los límites que el Código Civil señala para los actos jurídicos que pueden celebrar los particulares, esto es, que el respectivo acto no esté prohibido expresamente por la ley, ni resulte contrario a la misma, al orden público o a las buenas costumbres (moral).

No obstante, es importante anotar que, incluso en relación con esta clase de contratos, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los mismos no pueden ser perenes o "perpetuos" y, por lo tanto, tampoco pueden mantenerse vigentes en forma indefinida. En efecto, dicha corporación aseveró, en sentencia del 30 de agosto de 2011⁴¹:

"(...) los contratos... son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011. Expediente No. 11001-3103-012-1999-01957-01.

*La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraría el orden público de la Nación por suprimir ad eternum la libertad contractual (artículos 15, 16 y 1602, Código Civil; 871 y 899, Código de Comercio).
(...)*

La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías... cuya sola mención excluye toda relación perpetua al aniquilar per se la libertad, cuestión ésta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones". (Se resalta).

3. Las directrices de la jurisprudencia y la doctrina en relación con la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas

A este respecto, vale la pena recordar, en primer lugar, que varias disposiciones que regulan la contratación pública, contenidas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁴² como en varios regímenes especiales, aluden a la prórroga de los contratos celebrados por las entidades estatales. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 regula la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión, los artículos 6 y 7 de Ley 1508 de 2012⁴³ se refieren a la prórroga de los contratos de asociación público-privada, y el artículo 6º de la Ley 1369 de 2009⁴⁴ dispone sobre la prórroga del contrato de concesión para la prestación del servicio de correo.

Lo anterior demuestra que la prórroga de los contratos de ejecución sucesiva no resulta extraña a la contratación estatal, y así lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia. La posibilidad de prorrogar tales contratos obedece también, como en los contratos de derecho privado, a la autonomía de la voluntad, principio que no es ajeno a la contratación estatal. Pero en este campo la posibilidad de prorrogar los contratos y las condiciones de tales acuerdos están sujetas a límites y restricciones especiales que se derivan en unos casos de normas especiales, como las que se ha citado, y en otros, de los principios generales a los cuales se somete la contratación de todas las entidades estatales, como lo dispone explícitamente el artículo 13 de la Ley 1150.

Por esta razón, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las prórrogas automáticas en esta clase de contratos. Así, en la sentencia C-350 de 1997⁴⁵, la Corte manifestó que la prórroga automática de los contratos de concesión para la utilización de espacios en los canales públicos de televisión, que regulaban las Leyes 14 de 1991⁴⁶ y 182 de

⁴² Contenido en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, entre otras.

⁴³ "Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".

⁴⁴ "Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones".

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-350 del 29 de julio de 1997. Expedientes D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574 (acumulados).

⁴⁶ "Por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial".

1995⁴⁷, resultaba inconstitucional, por desconocer el derecho de todas las personas a utilizar el espectro electromagnético en condiciones de igualdad, así como el derecho a fundar y operar medios masivos de comunicación. Luego, mediante la sentencia C-949 de 2001⁴⁸, la misma corporación declaró inexequibles varios apartes y expresiones del artículo 36 de la Ley 80 de 1993 que establecían la prórroga automática de los contratos de concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, así como para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, por considerar que los referidos apartes normativos vulneraban los derechos a la libre competencia económica y a utilizar el espectro electromagnético en igualdad de condiciones. En esta providencia, la Corte Constitucional precisó que lo que se consideraba contrario a la Carta no era el hecho de que tales contratos pudieran prorrogarse, por el acuerdo de voluntades de las dos partes, sino la circunstancia de que la ley estableciera la prórroga en forma automática. Sobre este punto mencionó:

“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, (sic) puede ser una herramienta muy útil en determinados casos”. (Subraya la Sala).

Más adelante, en la sentencia C-068 de 2009⁴⁹, la misma corporación, además de reiterar su jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las prórrogas automáticas de los contratos celebrados por las entidades estatales, declaró inexequibles algunas expresiones contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1 de 1991⁵⁰, por considerar que la indeterminación en el número de veces que podían prorrogarse las concesiones portuarias vulneraba el interés público, así como los derechos de todas las personas a la libre competencia económica y a participar en la actividad económica de la nación en igualdad de condiciones. En la citada providencia dijo:

“En suma, es necesario resaltar que el simple hecho de que en la norma se planteen la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí misma una limitación a la libre competencia. Como tampoco sería correcto afirmar, al estilo de lo dicho por el demandante, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión implique la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación. No sobra destacar que la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática. (...)

En línea con los criterios expuestos, la Corte estima que las prórrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes

⁴⁷ “Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. Expediente D-3277.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-068 del 10 de febrero de 2009. Expediente D-7345.

⁵⁰ “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”.

no participaron o no resultaron escogidos... así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria.

A ello se añade que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal (artículo 63 C.P.).

Así habrá de decidirse que las prórrogas "sucesivas" en número indeterminado viola (sic) los artículos 2º, 13 y 333 de la Constitución Política".

En el mismo fallo la Corte manifestó lo siguiente sobre la posibilidad de que el Gobierno Nacional autorice excepcionalmente una concesión portuaria o una prórroga a la misma por un plazo superior a veinte (20) años, como la norma demandada lo permite:

"Lo anterior hace razonable que el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 habilite al Gobierno Nacional para otorgar excepcionalmente a una concesión portuaria un plazo mayor de explotación o prórroga, cuando fuere necesario para que en condiciones normales razonables de operación los concesionarios recuperen el valor de las inversiones, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos. La razonabilidad de lo dispuesto descansa en que el Legislador no libra a la mera voluntad del Gobierno la posibilidad de ampliar por encima de los 20 años los términos, ya que tal decisión se estructura con los requerimientos de la operación como son la recuperación del valor de las inversiones y el estímulo a realizar la prestación del servicio al público en las instalaciones portuarias.

En tal orden, la ampliación del término de la concesión o de la prórroga será determinable, con base en factores objetivos, de acuerdo con cálculos económicos previsibles. (...) Como es fácil de notar, las razones que justifican el aumento en el término son perfectamente cuantificables y su fundamento se reflejará previamente en un cálculo financiero que tenga en cuenta las variables relacionadas con el negocio y con los costos que aparece. A través de este ejercicio, sobre el que descansa la necesaria motivación de la prórroga, se podrá controlar el uso de esta facultad discrecional, que no arbitraria, concedida al Gobierno.
(...)

4.3.6. Finalmente es necesario resaltar, que la estabilidad económica y la apertura al público del puerto concesionado, no son los únicos criterios a tener en cuenta... La operación del puerto, se reitera, es un servicio público... Lo anterior implica la necesidad de introducir un condicionamiento al artículo en el entendido que el Gobierno, al hacer uso de esta facultad, deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios..." (Se resalta).

Finalmente, en la sentencia C-300 de 2012⁵¹, la Corte Constitucional sostuvo que en los contratos de concesión para la ejecución de obras públicas, la adición y la prórroga de los mismos resulta viable exclusivamente cuando se trate de ejecutar las obras y las actividades adicionales que se requieran, en forma extraordinaria, para cumplir adecuadamente el objeto principal, y no para realizar obras o actividades ajenas a dicho objeto. Por tal razón, en esta providencia se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión "obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado", contenida en el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido de que dicho texto "solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial".

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-300 del 25 de abril de 2012. Expediente D-8699.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha coincidido, en líneas generales, con lo manifestado por la Corte Constitucional sobre la prórroga de los contratos estatales. Puntualmente sobre las prórrogas automáticas, esta corporación ha manifestado que las cláusulas que las contengan vulneran varios principios que gobiernan la contratación estatal y que se derivan tanto de la Carta Política como de la ley, motivo por el cual dichas estipulaciones están viciadas de nulidad absoluta, que debe ser declarada por los jueces, incluso de oficio. Así, por ejemplo, en sentencia del 26 de febrero de 2015⁵², el Consejo de Estado afirmó lo siguiente, en relación con un contrato perfeccionado al amparo del Decreto Ley 222 de 1983:

“Como se observa, el término de duración del contrato quedó sujeto a la circunstancia de que antes no se hubiere configurado su “prórroga automática” por el silencio de ambas partes, lo cual, sea en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 o en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta abiertamente ilegal, en el primer evento, en virtud de la prohibición expresa de que trata el artículo 58 de la norma⁵³, en el segundo, por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente tanto en la Constitución Política de 1991 - artículos 1, 2, 13, 209 - como en la Ley 80 de 1993 - artículos 24 y 25 -.” (Subrayas fuera del texto).

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han resaltado la importancia del principio o deber de planeación en toda la actividad contractual de las entidades públicas, y no solamente antes de iniciarse el proceso de contratación, o de forma previa a la celebración del contrato. A este respecto, la Sala de Consulta manifestó lo siguiente, en el concepto N° 2150 de 2013⁵⁴:

“En el Estado social la necesidad de una política anticipadora – preventiva (con el fin de que el daño o los prejuicios ni siquiera lleguen a producirse), tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 CP.

En este sentido, al decir de Benda⁵⁵, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución. Por ello cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica orientada al futuro dándole sentido al mandato constitucional para la planificación⁵⁶ que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto. Señala el autor alemán que la planificación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social,

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2015, radicación número 63001-23-31-000-1999-01000-01(30834).

⁵³ “[19] Decreto 222 de 1983. Artículo 15: ‘En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.’”

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2150 del 30 de octubre de 2013. Expediente N° 11001-03-06-000-2013-00214-00.

⁵⁵ “[7] BENDA, Ernesto. *Manual de Derecho Constitucional, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss*”.

⁵⁶ “[8] ‘El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora...Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planificación’. Benda, Op. Cit. Página 554”.

referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta⁵⁷. (Se resalta).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 5 de junio de 2008⁵⁸, sostuvo:

“(...) Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado (...) En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado.” (Se destaca).

Y la misma corporación, en sentencia del 13 de junio de 2013⁵⁹, añadió:

“(...) Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal...

(...) En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos... En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.” (Subrayas ajenas al texto original).

La línea jurisprudencial que se ha descrito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permite extraer las siguientes conclusiones generales sobre la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas:

- (i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los

⁵⁷ “[9] Op. Cit., página 557”.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 15001233100019880843101- 8031.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, expediente N° 26.637.

principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal.

- (ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga *automática* de tales contratos, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros.
- (iii) Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, esto es, sin que se limite el número de veces que se pueden prorrogar ni su duración máxima.
- (iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de planeación. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato, y no exclusiva ni principalmente para favorecer al contratista respectivo.
- (v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras.
- (vi) Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un *derecho* del contratista. Ni siquiera en los contratos celebrados entre particulares existe ese derecho en cabeza de alguna de las partes contratantes, o de las dos, salvo que se haya pactado una cláusula de prórroga automática y se den las condiciones para que la misma opere, o bien que se haya estipulado expresamente ese derecho, ora que la ley lo establezca directamente, respetando los principios constitucionales, como sucede en algunos eventos⁶⁰. Fuera de tales hipótesis, lo que tiene el contratista del Estado es una mera y legítima expectativa a que el contrato se prorrogue y, por supuesto, el derecho *a solicitar o pedir* que la prórroga sea *evaluada* por la entidad contratante y le informe su posición al respecto.

4. Consideraciones finales sobre la prórroga del contrato N° 078 de 1988

Tal como se ha demostrado en los numerales anteriores: (i) las disposiciones especiales a las que está sujeto el contrato N° 078-88 celebrado entre Carbocol y Drummond nada disponen en forma expresa y específica sobre la posibilidad de prorrogar esa clase de contratos, es decir, los celebrados por las entidades

⁶⁰ Como, por ejemplo, el derecho que otorga el artículo 518 del Código de Comercio al comerciante-arrendatario para exigir la prórroga o "*renovación*" del contrato de arrendamiento sobre locales comerciales, cuando se dan las condiciones que dicha norma señala.

descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte; (ii) las normas generales del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, a las que también se encuentra sometido dicho contrato, en todo lo no previsto en las disposiciones especiales, tampoco establecen expresamente nada sobre el punto, pero el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes prorrogar de mutuo acuerdo este y cualquier otro contrato de ejecución sucesiva o diferida, y (iii) los principios generales que gobiernan la contratación de las entidades estatales permiten igualmente prorrogar, en principio, cualquier contrato de ejecución sucesiva celebrado por una entidad estatal, siempre que la prórroga no esté prohibida, que no se dé en forma automática ni sucesiva (indefinidamente), que la extensión del plazo sea necesaria o, al menos, conveniente para alcanzar la finalidad de interés público perseguida con el contrato, y que, en general, la celebración y ejecución de la prórroga respete los mencionados principios.

Con fundamento en lo anterior, puede decirse, en principio, que la prórroga del contrato de exploración y explotación carbonífera N° 078-88 resulta jurídicamente viable, siempre que las dos partes- actualmente la Agencia Nacional de Minería (ANM) y Drummond - estén de acuerdo con la misma. A dicho convenio no se podría llegar, según lo explicado, sino luego de que la ANM, en desarrollo de los principios de economía, eficiencia, eficacia, transparencia, planeación y protección del interés público, haya evaluado cuidadosamente las alternativas de las cuales dispone, así como los costos, riesgos y demás consecuencias (técnicas, económicas, ambientales y sociales, entre otras) de cada una de dichas opciones.

Tales alternativas incluirían, entre otras, la terminación del contrato al vencimiento de su plazo y la posterior concesión de los yacimientos carboníferos, ya sea a Drummond o a otra firma, así como la prórroga del contrato vigente por el plazo que se estime conveniente (y no necesariamente por 30 años, como lo solicita la sociedad extranjera).

Ahora bien, un aspecto que debe analizarse con más detenimiento es el del régimen jurídico al cual quedaría sometido el contrato N° 078-88 durante su prórroga, lo cual determinaría también las condiciones mínimas en las que dicha prórroga debería pactarse, en consideración a que el sistema de aporte de áreas no está previsto actualmente en la legislación minera, y que el aporte N° 871, con fundamento en el cual Carbocol celebró este contrato con Drummond, fue cancelado expresamente por el Ministerio de Minas al entrar a regir la Ley 685.

Lo anterior permite inferir que una prórroga simple del contrato, es decir, aquella que consista solamente en la extensión o ampliación de su plazo, dejando intactas las restantes cláusulas, no sería posible, pues las partes no podrían simplemente renovar su consentimiento en relación con un contrato que la ley no regula ni permite celebrar actualmente, pues ese acuerdo de voluntades adolecería, más que de un objeto ilícito, de un objeto jurídicamente imposible⁶¹.

En el concepto número 578 de 1994⁶², la Sala estudió una situación similar a la que se refiere la presente consulta, consistente en determinar si era posible prorrogar los contratos de concesión petrolera que habían sido suscritos con anterioridad, en vigencia del Código de Petróleos contenido en el Decreto Legislativo 1056 de 1953,

⁶¹ El inciso tercero del artículo 1518 del Código Civil estatuye: "*Si el objeto [del contrato] es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público*".

⁶² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de febrero de 1994. Radicación N° 578.

habida consideración de que el artículo 31 de la Ley 10 de 1961⁶³ derogó expresamente el inciso final del artículo 23 del citado código, que permitía la prórroga de tales contratos hasta por diez (10) años, y posteriormente el Decreto Ley 2310 de 1974⁶⁴ abolió el régimen de concesiones en materia de hidrocarburos, para disponer, en su reemplazo, que la exploración y explotación de tales recursos de propiedad nacional estaría exclusivamente a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, la cual podría llevar a cabo dichas actividades directamente o mediante contratos de asociación, operación, servicios o de cualquier otra clase distinta a la concesión.

En relación con este problema jurídico, la Sala manifestó lo siguiente en dicha ocasión:

*“4. **Opción de prórroga.** En los contratos de concesión de hidrocarburos, el Código de Petróleos establecía la prórroga de los mismos, como una opción a favor del contratista o concesionario, hasta por diez (10) años más. Pero esta opción no era ad libitum, sino sujeta al efectivo cumplimiento de dos obligaciones que el inciso final del artículo 23 ibídem hacía consistir, primeramente, en pagar al Gobierno Nacional las regalías e impuestos vigentes a la fecha en que deba empezar a contarse la prórroga, y además, en dar cumplimiento "a las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga".*

Ha quedado suficientemente explicado que el inciso final del artículo 23 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) que establecía la prórroga de los contratos de concesión, fue derogado por el artículo 31 de la Ley 10 de 1961 y que, con posterioridad el Decreto - Ley 2310 de 1974 abolió la figura jurídica de la concesión en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos.

Esa situación fue creada por el legislador colombiano con apoyo en motivos de utilidad pública que buscaban una mejor regulación de un recurso natural de propiedad del Estado (...)

Si en ejercicio de una opción otorgada por la ley al contratista, éste hubiese pactado la prórroga como cláusula del respectivo contrato de concesión, su derecho a la misma sería ostensible. Pero siempre que no existieran condicionantes, como los que se dejan expresados. Y es que, suprimidas desde 1991 (sic) la posibilidad de la prórroga y desde 1974 el contrato de concesión de hidrocarburos, hoy en día no existen "disposiciones legales" que rijan la correspondiente materia. Lo que hay son disposiciones legales que presiden la celebración de otra clase de contratos sobre explotación de hidrocarburos, las que no son susceptibles de aplicación analógica a un régimen de contratación desaparecido. De modo que la nueva legislación es inaplicable a los contratos de concesión, a su prórroga y a la materia impositiva en relación con los mismos.
(...)

Por consiguiente, el concesionario no disponía al celebrar el contrato (y con mayor razón a partir de la vigencia de la nueva legislación expedida en 1974) de un derecho de los denominados por la Constitución, adquirido... por cuanto no se había incorporado definitivamente a su patrimonio, en razón de las exigencias impuestas por la misma ley que servía de soporte a la opción de prórroga. Esta ley defería el efectivo ejercicio de la opción, no tan solo al vencimiento del término de duración del contrato, sino a la vigencia de leyes que regularan la concesión y su aspecto tributario. De donde se infiere que el contratista disponía, en el aspecto específico de la prórroga, de una mera expectativa.

⁶³ “Por el cual se dictan disposiciones en el ramo de petróleos”.

⁶⁴ “Por el cual se dictan normas sobre abolición del régimen de concesiones en materia de hidrocarburos y se adiciona el Artículo 58 del Decreto 2053 de 1974”.

Ciertamente la situación contractual fue respetada, pero el derecho público de la Nación hizo imposible la renovación o prórroga". (Subrayas añadidas).

Aparentemente la situación que ocupa la atención de la Sala en esta ocasión es similar a la que fue analizada en aquella oportunidad, lo cual, en principio, haría que debiese adoptarse la misma conclusión, esto es, que resultaría imposible prorrogar los contratos para la exploración y explotación mineras celebrados por las entidades descentralizadas (como Carbocol) sobre áreas de aporte, habida consideración de que las normas de derecho público que permitían y regulaban el sistema de aportes y los contratos respectivos desaparecieron del ordenamiento jurídico desde la entrada en vigencia de la Ley 685 de 2001, y no existe en la actualidad ningún sistema que lo reemplace.

Sin embargo, la Sala observa que existen al menos dos diferencias relevantes entre el asunto que fue objeto del concepto 578 de 1994 y la situación que se analiza en esta ocasión, las cuales permiten a la Sala llegar a una conclusión distinta:

- (i) En primer lugar, los artículos 23 y 24 del Decreto Ley 1056 de 1953 condicionaban expresamente la prórroga de los contratos de concesión petrolera al hecho de que el concesionario se obligara a "*cumplir las disposiciones legales que rijan en la época de la prórroga*", las cuales, como se explicó, no permitían en 1994 la prórroga de tales contratos ni la celebración de nuevos contratos de concesión petrolera, al haberse eliminado dicho sistema y entregado el monopolio de tal actividad a ECOPETROL. En el caso que actualmente se estudia, por el contrario, no existe ninguna norma legal que condicione expresamente la prórroga de los contratos mineros sobre áreas de aporte, a que el contratista se obligue a cumplir las disposiciones vigentes en el momento de la prórroga, si bien, como se explicó, no es posible continuar con el sistema de aportes, porque dicho sistema fue eliminado de la legislación minera y los aportes otorgados a varias entidades públicas (entre ellas Carbocol) fueron cancelados del registro minero nacional.
- (ii) En la situación que fue estudiada por la Sala en 1994, no era posible efectuar una conversión o adaptación de los contratos de concesión petrolera a los nuevos contratos que establecía la ley, porque dichos contratos fueron celebrados por la Nación, mientras que los nuevos contratos previstos en el artículo 1º del Decreto Ley 2310 de 1974 (de asociación, operación, prestación de servicios y otros) solamente podían ser suscritos por ECOPETROL, como contratante. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, la parte contratante del contrato N° 078-88 es, en la actualidad, la Agencia Nacional de Minería (ANM), que es la misma entidad que funge como parte concedente en los contratos de concesión minera.
- (iii) Por otro lado, el objeto del mencionado contrato guarda una gran similitud con el objeto de los contratos de concesión minera, como más adelante se verá.

Dado lo anterior, la Sala considera que sería legalmente posible prorrogar el contrato minero N° 078 de 1988 celebrado entre Carbocol S.A. y Drummond Ltd., pero resultaría necesario adecuar dicho contrato a lo previsto en la legislación actual en materia minera, particularmente a las normas que regulan el tipo de contrato que más se le asemeja, el cual, sin lugar a dudas, es el contrato de concesión minera, que se encuentra definido en el artículo 45 del Código de Minas, en los siguientes términos:

“Artículo 45. Definición. El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.

El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes”. (Se subraya).

En efecto, aunque las normas legales y reglamentarias vigentes en la época en la que se celebró el contrato N° 078-88 distinguían entre este tipo de contratos (sobre áreas de aporte) y los contratos de concesión, e incluso, algunas disposiciones reglamentarias prohibían expresamente que las entidades descentralizadas del sector celebraran con terceros contratos de concesión para la exploración y explotación de minerales en tales zonas, no puede desconocerse el hecho de que el contrato celebrado entre Drummond y Carbocol reúne los elementos sustanciales que permitirían calificarlo, hoy en día, como un contrato de concesión.

Así, por ejemplo: (i) la cláusula primera de dicho contrato dispone que su objeto consiste en “*la exploración, construcción y montaje, y explotación de un Proyecto Carbonífero en el Área Contratada descrita en la Cláusula Tercera...*”; (ii) en la cláusula vigésima se estipula que “*el carbón extraído proveniente del Área Contratada, será de propiedad exclusiva de Drummond, quien podrá disponer de él libremente...*”, y (iii) en el capítulo V del mismo instrumento se regulan las sumas de dinero que como contraprestación debe pagar Drummond a la entidad contratante (actualmente la ANM), entre las cuales se incluye una “*regalía en efectivo*” equivalente al “*15% del precio FOB presuntivo en boca de mina por cada Tonelada del Proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación...*” (cláusula vigesimotercera).

Adicionalmente, vale la pena reiterar que en la exposición de motivos de la Ley 685 de 2001 se indicó que el sistema de aportes, en su concepción original, constituía una “*forma de concesión especialísima y extraordinaria... para proyectos de singular dimensión e importancia*” (se resalta), y también, que el régimen aplicable a dichos aportes acusaba “*una artificiosa regulación*”, por lo cual se propuso su eliminación.

Por lo tanto, sería necesario que la Agencia Nacional de Minería efectuara una comparación cuidadosa de las estipulaciones del contrato N° 078-88 (incluyendo sus modificaciones) con las normas que regulan actualmente el contrato de concesión minera, contenidas principalmente en el título segundo del Código de Minas, para determinar qué cláusulas contractuales deberían ser modificadas, adicionadas y eventualmente suprimidas en una eventual prórroga, teniendo en cuenta, además, la etapa de explotación en la que dicho contrato se encuentra hoy en día (y que, por lo tanto, haría inútil, en principio, modificar las estipulaciones referentes a los períodos de exploración y de construcción y montaje).

En todo caso, la Sala advierte que como resultado de dicho ejercicio y de los ajustes que se requiera hacer al contrato, no podría modificarse sustancial o materialmente el objeto del mismo (que consiste, como se indicó, en la exploración y explotación de un determinado yacimiento de carbón, además de la construcción y el montaje de la infraestructura respectiva), pues de lo contrario, ya no podría hablarse de una mera prórroga y modificación, sino de la celebración de un nuevo

contrato, el cual, naturalmente, tendría que sujetarse a los procedimientos, reglas y exigencias previstas para el efecto en la Ley 685 de 2001.

En punto a la duración de la prórroga, sería necesario tener en cuenta, dentro de este ejercicio de adaptación, lo que dispone el artículo 77 del Código de Minas:

“Artículo 77. Prórroga y renovación del contrato. Antes de vencerse el período de explotación, el concesionario podrá solicitar una prórroga del contrato de hasta treinta (30) años que se perfeccionará mediante un acta suscrita por las partes, que se inscribirá en el Registro Minero. Vencida la prórroga mencionada, el concesionario tendrá preferencia para contratar de nuevo la misma área para continuar en ella las labores de explotación. Esta no tendrá que suspenderse mientras se perfecciona el nuevo contrato.

En lo relativo al principio de favorabilidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 357 de este código”. (Subraya ajena al texto).

Así, en el evento de que el Gobierno Nacional y la ANM llegaren a considerar conveniente, para los intereses del Estado, la prórroga del contrato minero N° 078-88, y pudieren llegar a un acuerdo con el contratista sobre las condiciones de la misma, sería necesario tener en cuenta que el plazo adicional de dicho negocio no podría exceder de treinta (30) años, de acuerdo con lo explicado y lo previsto en la norma transcrita, aunque dicho término, desde luego, podría tener una duración inferior (de 1 a 29 años).

Para finalizar este aparte, es importante referirse a los argumentos con base en los cuales Drummond ha solicitado en varias ocasiones la prórroga del contrato:

- (i) En primer lugar, la firma extranjera considera que la prórroga es procedente en virtud de lo pactado en la cláusula vigesimosexta del contrato y lo dispuesto en los artículos 77 y 352 del Código de Minas.

A este respecto, cabe recordar, en primer lugar, que la cláusula vigesimosexta del contrato N° 078-88, tal como fue modificada por las partes en la escritura pública N° 4142 del 18 de agosto de 1993, establece la “*duración máxima*” de dicho negocio (30 años) y dispone que el mismo estará sujeto a prórrogas, de la forma estipulada en la cláusula cuadragésima (40ª). Como ya se explicó, la cláusula 40ª consagra expresamente la prórroga del plazo total del contrato, pero solo cuando se presenten eventos de caso fortuito o fuerza mayor que impidan temporalmente su ejecución por parte de Drummond, circunstancia en la cual el contrato se prorroga únicamente por el número de días necesario para reponer el tiempo durante el cual haya sido imposible ejecutar el contrato.

En segundo lugar, la firma contratista considera que, en virtud de lo previsto en el artículo 352 de la Ley 685 de 2001, al contrato que nos ocupa le es aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de la misma normatividad, el cual, como se indicó, señala la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión minera hasta por un período de treinta (30) años. Para mayor claridad, la Sala estima pertinente transcribir el artículo 352 del Código de Minas:

“Artículo 352. Beneficios y prerrogativas. 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. En lo que corresponde a la reversión de bienes se estará a lo dispuesto en el artículo 113 y 357 de este Código". (Se destaca).

Como puede observarse, la norma transcrita permite que a los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados con fundamento en las normas anteriores a la Ley 685, se les apliquen los beneficios de orden operativo y técnico, así como las facilidades y la eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en dicho código, con excepción de los referentes a las condiciones o contraprestaciones económicas. Sin embargo, la prórroga de un contrato no puede calificarse como un "beneficio de orden operativo y técnico" y menos aun, como un "trámite" que la Ley 685 de 2001 haya eliminado o abreviado, pues, como se explicó en precedencia, la prórroga constituye un acto jurídico pluripersonal o convencional, que genera importantes efectos jurídicos para las partes, en la medida en que extiende la vigencia del respectivo contrato de ejecución sucesiva y, por lo tanto, permite que este siga actuando como fuente de obligaciones. Por lo tanto, aun si la prórroga de un contrato pudiera considerarse como un "beneficio" para el contratista, este no sería de naturaleza operativa y técnica, sino de índole jurídica y económica.

Así, lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Minas en relación con el contrato N° 078 de 1988, no lleva a la aplicación del artículo 77 de la misma codificación, que se refiere a la prórroga de los contratos de concesión, para concluir erróneamente que esta última norma permitiría prorrogar el contrato minero celebrado entre Drummond y Carbocol, y menos aun, para deducir un presunto derecho del contratista a dicha prórroga.

Si la Sala considera aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 685 de 2001 a la eventual prórroga que se acordare del contrato N° 078-88, es única y exclusivamente para establecer la duración máxima que podría tener dicha prórroga, en virtud a la necesidad de adecuar este negocio (en la hipótesis de ser prorrogado) a las normas que actualmente regulan el contrato de concesión minera, tal como atrás se explicó. Esto es bien diferente a decir que la norma mencionada sirva de fundamento para prorrogar el citado contrato, o que tal disposición otorgue indirectamente un derecho a la prórroga en cabeza del contratista, afirmaciones que la Sala rechaza.

- (ii) En segundo lugar, Drummond considera que tiene derecho a la prórroga en virtud del principio de igualdad, por haber autorizado el Estado la prórroga de otros contratos mineros que considera de condiciones similares.

En las comunicaciones DRU-164-10 del 12 de marzo de 2010 y DRE-00300-10 del 11 de mayo del mismo año, Drummond manifestó que INGEOMINAS (como autoridad minera competente en ese momento) había autorizado la prórroga de algunos contratos mineros suscritos con otras compañías "en la misma época del contrato La Loma", con términos de antelación superiores a diez (10) años a las fechas de terminación de cada uno de dichos contratos y sin exigir condiciones ni contraprestaciones adicionales de los respectivos contratistas.

Sobre este asunto, es necesario mencionar que cada uno de los proyectos mineros y de los respectivos contratos que permiten su desarrollo, es diferente de los demás por una multitud de factores técnicos, operativos, económicos y jurídicos, tales como la ubicación y el área de los yacimientos, la productividad de cada mina, la mayor cercanía o lejanía de esta a los medios de transporte y a los puertos de exportación, las características particulares del mineral que se

extrae (pureza, poder calórico etc.), el hecho de que tales recursos se vayan a destinar exclusiva o principalmente al mercado externo o, por el contrario, al consumo doméstico, las condiciones del mercado nacional e internacional durante el período de explotación y la fecha en la que cada contrato se perfecciona.

Todos los factores mencionados hacen que la aplicación del principio de igualdad resulte sumamente difícil en este tipo de contratos, pues las condiciones de los proyectos mineros y de los respectivos contratos no son semejantes, sino apenas en aspectos muy generales (el tipo de mineral a explotar, la región del país en el cual se encuentran las minas, la "época" en la que dichos contratos se celebran etc.). Para citar un ejemplo, el solo hecho de que los otros contratos citados por Drummond hayan sido suscritos algunos años e, incluso, meses después del contrato 078-88, hace que tales contratos queden sujetos al Código de Minas contenido en el Decreto 2655 de 1988, normatividad que entró a regir el 23 de junio de 1989 y que no es aplicable al contrato celebrado entre Carbocol y Drummond, como atrás se explicó.

Por otro lado, es importante resaltar que el Estado, en cabeza de la autoridad minera competente, no está obligado a prorrogar esta clase de contratos, como también se indicó. En esa medida, si la autoridad minera considera conveniente para el interés público prorrogar alguno de estos contratos, tal decisión no conlleva necesariamente que deba autorizar la prórroga de otros contratos, aunque estos se aprecien como "similares"; y aun si decide prorrogarlos, tampoco está obligado a hacerlo por el mismo término y en las mismas condiciones en las que haya accedido a la prórroga del primero de los contratos citados. Por el contrario, el deber de planeación que, como se indicó, resulta aplicable también a esta clase de contratos, obliga a la autoridad competente a realizar un análisis cuidadoso y detallado de las condiciones concretas de cada yacimiento, proyecto y contrato mineros, con el fin de determinar en cada caso la necesidad o conveniencia de prorrogar los respectivos contratos, así como las condiciones particulares en las que tales acuerdos deben estipularse.

Todo lo anterior permite inferir que difícilmente podrían ser iguales el plazo y las condiciones de las prórrogas que se celebren en relación con diferentes contratos mineros, aunque pueda parecer que estos son iguales o similares por el tipo de recursos a los cuales se refieran, la región o la época en la que fueron suscritos.

Por lo demás, el único contrato respecto del cual se ha solicitado a la Sala de Consulta y Servicio Civil en esta consulta evaluar la viabilidad de su prórroga y las condiciones en que la misma podría darse, es el número 078-88 firmado entre Carbocol S.A. y Drummond Limited. La Sala asume que el Estado tuvo razones específicas (en el campo jurídico, técnico, operativo y financiero) para haber decidido prorrogar los otros contratos señalados por la compañía extranjera, pero tales consideraciones y motivos no son materia de este concepto.

- (iii) Finalmente, Drummond sostiene que la prórroga solicitada es consecuencia de la aprobación, por parte de INGEOMINAS, del "Plan para la operación Integrada de los contratos mineros La Loma, El Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa".

A este respecto, debe mencionarse, en primer lugar, que el capítulo XI del libro segundo del Código de Minas define y regula las operaciones conjuntas en la

actividad minera, las cuales involucran diferentes modalidades, tales como la “*integración de áreas*” (artículo 101), la “*integración de operaciones*” (artículo 104) y las “*instalaciones comunes*” (artículo 105). Cada una de estas formas de operación conjunta se encuentra descrita y regulada de forma independiente en la Ley 685 de 2001, de acuerdo con sus propias particularidades, por lo cual no deben confundirse.

De acuerdo con los documentos y la información remitidos por el ministerio consultante, la Sala entiende que el “*Plan para la operación integrada de los contratos mineros La Loma...*” corresponde a la modalidad de “integración de operaciones” que establece el artículo 104 del Código de Minas, y no a la modalidad de “integración de áreas” que regula el artículo 101 ibídem, modificado por el artículo 23 de la Ley 1753 de 2015⁶⁵. En efecto, la primera de las normas citadas dispone:

“Artículo 104. Integración de operaciones. Podrá establecerse para la construcción, montaje y explotación de áreas objeto de títulos mineros y de áreas cuyo subsuelo minero sea de propiedad privada un programa de uso integrado de infraestructura que se formalizará mediante un acuerdo entre los interesados, que deberá ser aprobado por la autoridad minera”.

A diferencia de la “*integración de áreas*”, que implica generalmente la unión de los contratos con base en los cuales se realiza la exploración y explotación, para dar lugar a un solo contrato de concesión, como lo prescribe el artículo 101 del Código de Minas, la “*integración de operaciones*” no conlleva la fusión o integración de los contratos y demás títulos mineros, por lo cual dicha forma de operación conjunta no genera efecto jurídico alguno en los respectivos títulos, que siguen existiendo de forma independiente y mantienen sin ningún cambio sus estipulaciones (en el caso de los contratos) o disposiciones (en el de las licencias y permisos previstos en la legislación anterior), salvo en los aspectos técnicos u operativos que necesariamente deban variar con la aprobación del plan de operación minera integrada.

Así lo reconoce expresamente Drummond en los documentos que contienen el plan integrado y que sometió a aprobación de INGEOMINAS. Por ejemplo, en el documento mediante el cual dicha firma solicitó la aprobación del plan minero integrado para los yacimientos citados, se afirma:

“CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN

*En este documento se presenta el compendio de todos los estudios técnicos tendientes a optimizar la recuperación de las reservas de carbón existentes en el Sinclinal El Boquerón. Por ello no se limita a un contrato minero, sino que considera cuatro: **La Loma** contrato No. 078/88, en explotación desde 1995; **El Descanso** en su sector sur, con Estudio de Factibilidad (programa de Trabajos e Inversiones – PTI) aprobado el 3 de mayo de 2006, contrato N° 144/97, y **Similoa y Rincón Hondo**, contratos Nos. 283 y 284 de 1995, para los que se pone en consideración su correspondiente Programa de Trabajos e Inversiones – PTI...*

*El documento abarca lo siguiente:
(...)*

- Documento técnico que soporta la solicitud de aprobación de la OPERACIÓN INTEGRADA del Complejo Minero El Boquerón.

⁶⁵ “Por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”.

Precisamente, la búsqueda de las mejores opciones para desarrollar uno o más contratos mineros, cláusula 21 del contrato N° 144/97... establece que:
(...)

- Para cada contrato o título minero debe garantizarse el cumplimiento de las obligaciones establecidas en cada caso.

Bajo estas condiciones, el Contrato El Descanso es el contrato integrador, a través del cual puede llevarse a cabo la explotación racional del Sinclinal El Boquerón...

El beneficio operativo establecido en el artículo 104 de la Ley 685 de 2001 es claramente aplicable a la Operación Integrada que se propone. El uso de la infraestructura existente es requisito fundamental para su ejecución.

El Acuerdo entre Drummond Ltd. y el Consorcio, conformado por Drummond Ltd. y Drummond Coal Mining LLC, tiene como prerrequisito que la Operación Integrada propuesta haya sido aprobada por Ingeominas..." (Negrillas del original; subrayas añadidas, salvo en el título).

Y en el documento intitulado "Modificación Plan Minero Contrato Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa", del mes de julio de 2010, se indica:

"En noviembre de 2007 Ingeominas aprobó los PTI de los contratos Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa en el marco de la Operación Integrada del Sinclinal de Boquerón.

En este documento se pone en consideración de Ingeominas la modificación de los planes mineros de los contratos Descanso Sector Sur, Rincón Hondo y Similoa. El propósito de esta modificación es actualizar la secuencia de minería, buscando un mejoramiento del Plan minero aprobado. Esta actualización no presenta cambios en el concepto de la Operación Integrada de estos contratos..." (resaltamos).

Lo anterior aparece también reflejado claramente en el "otrosí N° 10" del 29 de mayo de 2009 y en el "otrosí N° 11" del 6 de agosto del mismo año, que corresponden a las modificaciones duodécima (12ª) y decimotercera (13ª) del contrato, respectivamente.

Como puede apreciarse, entonces, el plan minero integrado que aprobó en su momento INGEOMINAS corresponde a la modalidad de operación conjunta que el Código de Minas denomina "integración de operaciones", la cual no involucra la fusión o integración de los contratos y demás títulos mineros, ni la modificación de los mismos (salvo en los aspectos operativos y técnicos que se requieran). Por tal razón, la aprobación de dicho plan conjunto por parte de la autoridad minera no conlleva la prórroga del contrato N° 078-88 celebrado entre Drummond y Carbocol, ni le otorga a la primera el derecho de exigir que dicha prórroga se autorice.

Vale la pena señalar que, hoy en día, ni siquiera la integración de áreas da lugar necesariamente a la prórroga de los contratos mineros involucrados, o de cualquiera de ellos, pues así lo dispone expresamente el parágrafo del artículo 101 del Código de Minas, tal como fue adicionado por el artículo 23 de la Ley 1753 de 2015, cuando señala que "en ningún caso la integración solicitada dará lugar a prórrogas a (sic) los títulos mineros".

Ahora bien, no desconoce la Sala que la aprobación de dicho plan minero pueda generar algún tipo de expectativas por parte de Drummond, pero dichas

expectativas están muy lejos de constituir un derecho adquirido para esa firma, que le permita exigir la prórroga del contrato N° 078 de 1988.

De todo lo expuesto se concluye que ninguno de los motivos y argumentos planteados por Drummond en las varias comunicaciones que ha enviado a la autoridad minera son suficientes, individualmente o en su conjunto, para concluir que el contrato de gran minería N° 078-88 celebrado entre dicha firma y Carbocol deba ser prorrogado necesariamente, o para inferir que Drummond tenga un derecho a exigir que la mencionada prórroga se autorice.

La prórroga del citado contrato es viable y podría celebrarse, si la Agencia Nacional de Minería lo estima pertinente y conveniente para el interés público, por las razones explicadas previamente en este concepto.

D. Fórmula de liquidación de las regalías pactadas en el contrato – Interpretación y aplicación del factor “rendimiento de la inversión”

1. Las estipulaciones del contrato y sus anexos

El capítulo V del contrato N° 078 de 1988 regula las contraprestaciones económicas que Drummond se obliga a pagar a Carbocol (hoy en día, a la ANM), por el derecho que en ese documento se le otorga a explorar y explotar determinado yacimiento de carbón.

Como se explicó previamente, una de tales contraprestaciones es la regalía, cuya fórmula de liquidación se encuentra regulada minuciosamente en la cláusula vigesimotercera del contrato, en conjunto con los anexos números 4 (titulado originalmente “Flete Presunto”) y 6 (“Ejemplo de Cálculo de la Regalía”), principalmente.

En términos generales, la cláusula mencionada, junto con los citados anexos (en sus versiones originales), establecían los siguientes aspectos principales, dejando de lado varios puntos que no resulta necesario explicar para efectos de esta consulta:

- La regalía que Drummond se obligó a pagar a Carbocol consiste en una suma de dinero equivalente al “15% del precio FOB presuntivo en boca de mina por cada Tonelada del Proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación, pero nunca menos del cinco por ciento (5%) del precio de venta FOBT promedio ponderado por Tonelada...”.
- El “precio FOB presuntivo en boca de mina” estaba definido en el numeral 23.3.1 de la misma cláusula como “el precio de venta FOBT promedio ponderado por Tonelada en US\$ para todas las Toneladas de carbón de El Cerrejón Norte...” **menos (-)** el “Flete Presunto por Tonelada del Proyecto, desde la boca de mina hasta el puerto, calculado de acuerdo con el Anexo 4 de este contrato”.
- El “flete presunto” por tonelada de carbón es una suma fija que se determina para cada año en función del volumen de producción, y resulta de sumar dos componentes: (i) los costos operativos o “cash cost”, que a su vez involucran los costos de combustible, electricidad, partes y suministros y mano de obra requeridos para transportar una tonelada de carbón desde la boca de la mina hasta el puerto de embarque, según el sistema de transporte y de embarque acordados, y (ii) los costos no operativos (“no cash cost”) que tienen, a su vez,

dos componentes: a) la depreciación y b) el rendimiento sobre la inversión, que corresponde a una tasa del 16.5% anual, calculada sobre la inversión presunta, una vez indexada y amortizada.

- La amortización de la inversión para cualquier mes se obtiene de restar la amortización acumulada hasta el mes anterior, de la inversión presuntiva total para el nivel de producción que corresponda, y de multiplicar este resultado por una tasa de 0,00416666, equivalente a 1/240. Este último factor obedece, al parecer, a que en la fórmula pactada se asume un período de veinte (20) años o 240 meses para la amortización de la inversión.

La cláusula vigesimotercera (23ª) del contrato ha sido modificada parcialmente en diez (10) oportunidades, mediante las escrituras públicas números 4142 del 18 de agosto de 1993, 6564 del 16 de diciembre de 1993, 905 del 24 de febrero de 1994 y 2890 del 19 de mayo de 1994, respectivamente, todas otorgadas en la Notaría Veinte (20) del Círculo de Bogotá, y los “otrosíes Nos. 4, 5, 6, 7, 8 y 9”, del 4 de octubre de 2001, el 29 de noviembre de 2002, el 8 de junio de 2005, el 30 de junio de 2006, el 17 de julio de 2006 y el 24 de mayo de 2007, respectivamente.

En lo que atañe directamente al “flete presunto” y dentro de él, a la amortización de la inversión y el “rendimiento de la inversión”, vale la pena destacar los siguientes cambios:

- Mediante la escritura pública N° 2890 del 19 de mayo de 1994 (cuarta modificación) se reformó el numeral 23.3.2 de la cláusula vigesimotercera, en el sentido de sustituir las expresiones “*precio FOB presuntivo (o presunto) en boca de mina*” y “*flete presunto*”, por los términos “*Precio FOB en Boca de Mina*” y “*monto deducible*”, respectivamente, y de variar algunos aspectos de las correspondientes definiciones. Con este mismo instrumento público se modificaron los anexos Nos. 4 y 6 del contrato, que contienen, en su orden, el valor del monto deducible por tonelada de carbón y la forma de establecerlo, y un ejemplo para el cálculo de las regalías.
- En el “otrosí N° 5” del 29 de noviembre de 2002 (modificación N° 7), se reformó el numeral 23.3.7 de la misma cláusula (determinación del poder calórico del carbón vendido) y el anexo N° 4, este último en el sentido de señalar los nuevos valores del “monto deducible” y ajustar el procedimiento para su cálculo.
- Mediante el “otrosí N° 8” (décima modificación), se varió de nuevo el numeral 23.3.7 de la cláusula 23ª y el anexo N° 4 del contrato, determinando las nuevas cuantías del “monto deducible” por tonelada de carbón vendida y precisando otra vez el procedimiento para su cálculo.
- Con el “otrosí N° 9” del 24 de mayo de 2007 (undécima modificación), se ajustó nuevamente la cláusula vigesimotercera del contrato, en el sentido de modificar los numerales 23.1, 23.2, 23.3 (en este para eliminar algunos sub-numerales) y 23.5. Dicho acuerdo incluyó dos anexos: (i) el Anexo N° 2, con el fin de señalar el procedimiento para determinar el “*Precio FOBT de Referencia (PdeR)*” para el cálculo de las regalías, y el Anexo 3, que contiene el procedimiento para determinar el factor “*API2r(t)*” aplicable al precio FOBT de referencia⁶⁶.

A pesar de estas modificaciones, la fórmula de cálculo de las regalías pactada en la cláusula veintitrés del contrato mantiene la misma estructura lógica y conceptual, así como las mismas tarifas (15% y 5%) de la estipulación original. En

⁶⁶ Este último factor es una forma de ajustar el precio FOB de cada tonelada de carbón vendido, en función del poder calórico de cada embarque y del costo promedio del flete marítimo entre Puerto Bolívar, Colombia (puerto de embarque de Drummond Ltd.) y algunos puertos del norte de Europa (como Rotterdam).

cuanto resulta sustancial y pertinente para esta consulta, la citada cláusula dispone lo siguiente en la actualidad, luego de la modificación efectuada mediante el “otrosí N° 9”:

“23.1 DRUMMOND pagará a **INGEOMINAS** como regalía en efectivo el quince por ciento (15%) del Precio FOB en Boca de Mina por cada Tonelada del Proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación, pero nunca menos del cinco por ciento (5%) del Precio FOB de Referencia (**PdeR**), tal como se calcula para los efectos de la Cláusula 23.3.1 (i).

23.2. El quince por ciento (15%) por concepto de la regalía estipulada en la Cláusula 23.1 será pagado de la siguiente forma: El primer cinco por ciento (5%)... dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de embarque de tales Toneladas del Proyecto. El saldo del diez por ciento (10%) de la regalía será pagado en un plazo máximo de sesenta (60) días...

23.3 Para fines del cálculo de la regalía que deba ser pagada según la cláusula 23.1:

23.3.1 El término “Precio FOB en Boca de Mina” de una Tonelada del Proyecto de cualquier grado, standard (crushed run-of-mine), lavado y/o tamizado (sized) u otro según el caso, vendida durante cualquier mes en el período de explotación significa:

(i) **Precio FOB de Referencia**
(...)

Menos

(ii) El Monto Deducible por Tonelada del Proyecto desde la Boca de Mina hasta el puerto, calculado de acuerdo con el Anexo 4 del presente contrato.

23.3.3 Las Toneladas del Proyecto se consideran vendidas en la fecha en que sean embarcadas en un buque para transporte desde Colombia.
(...)”. (Negrillas y subrayas del original).

Así, puede apreciarse cómo, a pesar de los múltiples cambios acordados por las partes en esta cláusula y en los anexos relacionados durante los últimos veintiséis (26) años, la estructura básica de la fórmula para la liquidación de las regalías se preserva, en el sentido de que Drummond se obliga a pagar una suma equivalente al 15% del precio FOB en boca de mina por tonelada de carbón vendida, el cual resulta de restar al precio FOB de referencia (ajustado por el poder calórico del carbón y el valor de los fletes hacia algunos puertos de Europa), un componente denominado “*monto deducible*”, el cual está integrado tanto por los costos operativos en los que se incurre para transportar el carbón desde la mina hasta el puerto de exportación (*cash cost*), como por los costos no operativos (*no cash cost*), que incluyen la depreciación de los activos y un “*rendimiento de la inversión*” determinado en la forma que se ha explicado. La regalía así calculada no puede ser inferior, en ningún caso, al 5% del “*precio FOB de referencia*”.

2. Análisis sobre la legalidad de la cláusula de regalías

Ahora bien, para determinar la validez de dicha cláusula, desde el punto de vista jurídico, es necesario remontarse a lo que establecían sobre este aspecto las normas que estaban vigentes en el momento de celebrarse el contrato, es decir, al 23 de agosto de 1988.

Tal como se indicó en el primer acápite de este concepto, en la fecha indicada regían las siguientes disposiciones, que se referían específicamente a las regalías

y demás contraprestaciones económicas en los proyectos de gran minería de carbón, particularmente por el sistema de aportes:

(i) El artículo 2º de la Ley 60 de 1967, que disponía:

“Artículo 2º. Debe considerarse que las normas mineras que rigen actualmente solo establecen las condiciones económicas y fiscales mínimas a que están sometidos los respectivos beneficiarios en sus relaciones con el Estado. Por consiguiente, en los actos de adjudicación, aporte, arrendamiento, concesión o permiso se podrán estipular a favor de la Nación, regalías, participaciones y beneficios no consagrados en las disposiciones vigentes y aumentar los previstos en ellas.”

El Gobierno fijará las regalías y participaciones adicionales en los decretos reglamentarios de esta Ley. Para tales efectos tomará en consideración los costos, precios, inversiones, rendimientos previsibles y, en general, todos los factores que incidan en la economía de la operación minera”. (Se resalta).

(ii) El artículo 4º de la Ley 61 de 1979, el cual preceptuaba en lo pertinente:

“Artículo 4º. A partir del 1 de enero de 1980 todas las personas que a cualquier título exploten carbón en el territorio nacional pagarán un impuesto igual al 5% del valor en boca de mina del mineral extraído, impuesto que será recaudado por el Fondo Nacional del Carbón.”

Para los efectos previstos en el presente artículo, el Ministerio de Minas y Energía determinará para cada semestre el precio básico por tonelada de carbón...

Parágrafo 1. Las personas que celebren o hayan celebrado contratos con entidades oficiales descentralizadas para explorar y explotar carbón, en los cuales se estipulen algunas clases de cánones o participaciones, pagarán como impuesto el mayor valor que resulte de aplicar la tarifa estipulada en el presente artículo y el monto de dichos cánones y participaciones.

(...)” (Subrayas ajenas al texto).

(iii) El artículo 280 del Decreto 2477 de 1986, modificado por el artículo 3º del Decreto 3062 de 1986, que establecía:

“Artículo 280.- En la fijación del precio básico en boca de mina, para el carbón que se consume en el país, el Ministerio de Minas tendrá en cuenta, entre otros criterios, los precios vigentes en el semestre inmediatamente anterior.

Para el que se destine al mercado externo, tendrá en cuenta criterios técnicos y comerciales pertinentes, tales como el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos en el semestre anterior al de la fecha de determinación, descontando los costos de transporte y portuarios, la calidad del carbón y las características del yacimiento. En caso de que en el semestre anterior no se hubieren efectuado exportaciones de carbón, podrá adoptar el precio con base en valores internacionales de referencia para carbones de calidad similar”. (Subrayamos).

(iv) El artículo 294 del Decreto 2477 de 1986, modificado por el artículo 4º del Decreto 3062 de 1986, el cual estatuyó:

“Artículo 294. Para los efectos del parágrafo primero del artículo 4º de la Ley 61 de 1979, cuando se hayan estipulado algunas clases de cánones, participaciones o cualquiera sea la denominación que se les dé, que resulten en montos superiores al cinco por ciento (5%) del valor de la producción de boca de mina liquidado sobre el precio determinado por el Ministerio de Minas y Energía, será el mencionado monto resultante de esas clases de participaciones o cánones, el único impuesto que deba

abonarse al Fondo Nacional del Carbón, que se distribuirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 61 de 1979.

En caso de que los cánones, participaciones, o cualesquiera sea la denominación que se les dé, resultan en montos inferiores al cinco por ciento (5%) del valor de la producción en boca de mina, el monto del impuesto será en este caso para todos los efectos, el cinco por ciento (5%) del valor de esa producción, contándose como parte de él los cánones, participaciones o cualesquiera sumas que se hayan fijado en el contrato". (Subrayas ajenas al texto).

De las normas legales y reglamentarias vigentes al momento de la celebración del contrato N° 078-88, se pueden deducir, entonces, las siguientes reglas principales:

- (i) La obligación de pagar, por concepto de "impuesto al carbón", una suma equivalente al 5% del precio del carbón en boca de mina, a cargo de todas las personas que explotaran dicho mineral a cualquier título.
- (ii) La función, a cargo del Ministerio de Minas y Energía, de fijar para cada semestre el precio básico por tonelada de carbón. Con tal fin, esa entidad debía tener en cuenta, cuando se tratara de carbón destinado a la exportación, criterios técnicos y comerciales, tales como el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos en el semestre anterior, descontando los costos de transporte y portuarios, la calidad del carbón y las características del yacimiento.
- (iii) La posibilidad de que en cualquier contrato que tuviera como objeto la exploración y explotación de carbón, se pactaran contraprestaciones adicionales y superiores al citado "impuesto al carbón", con la denominación de cánones, participaciones, regalías y otros.
- (iv) Para la determinación y el cálculo de tales contraprestaciones, debían tomarse en consideración "los costos, precios, inversiones, rendimientos previsibles y, en general, todos los factores que incidan en la economía de la operación minera" (se resalta).
- (v) Cuando las regalías, participaciones y demás contraprestaciones pactadas en los contratos superaran el 5% del precio básico del carbón en boca de mina, el valor de dichas contraprestaciones se consideraba como "impuesto al carbón". Por el contrario, cuando el valor de tales obligaciones fuese inferior, el contribuyente debía pagar la diferencia, hasta completar el 5% del precio del mineral en boca de mina.

El recuento normativo efectuado y el análisis anterior permiten a la Sala concluir que no se observa, a primera vista, que la fórmula de liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078 de 1988 desconozca o vulnere cualquiera de las disposiciones que estaban vigentes al momento de celebrarse este contrato y que regulaban las contraprestaciones económicas que debían pagar al Estado las personas naturales o jurídicas que exploraran y explotaran yacimientos carboníferos en proyectos de gran minería.

En efecto, en dicha cláusula se pactó una regalía del quince por ciento (15%) sobre el precio FOB del carbón en boca de mina, porcentaje que por sí solo resulta claramente superior al cinco (5%) que constituía la tarifa del impuesto al carbón vigente en aquella época. Si bien la base para la liquidación de las regalías estipulada en el contrato ("Precio FOB en Boca de Mina") debe depurarse, descontando del precio de referencia ("*Precio FOBT de Referencia*"), el denominado "monto deducible", no puede soslayarse que en dicha cláusula se acordó que el valor de la regalía a pagar por Dummond no debe ser en ningún caso inferior al 5% del "*Precio FOBT de Referencia*", con lo cual se estableció un

piso o límite mínimo que, al menos conceptualmente, coincide con el “impuesto al carbón”.

Por otro lado, se hace notar que para establecer el precio FOB de referencia, el precio FOB del carbón se ajusta en un porcentaje que corresponda al poder calórico del mineral extraído y al costo promedio de los fletes entre el puerto de Drummond en Colombia y los puertos de destino (en el norte de Europa). Igualmente, del precio de referencia así obtenido se descuentan los “costos operativos” que están involucrados en el componente del “monto deducible” y los cuales corresponden a los costos de operación para llevar el carbón desde la boca de mina hasta el puerto de embarque. Nada de lo anterior resulta exótico en este tipo de negocios, si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 280 del Decreto 2477 de 1986, tal como fue modificado por el artículo 3º del Decreto 3062 de 1986, en la fijación del precio básico en boca de mina del carbón destinado a la exportación, para la liquidación del impuesto, el Ministerio de Minas debía calcular “el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos”, descontando los costos de transporte y portuarios, la calidad del carbón y las características del yacimiento.

Lo que podría resultar un poco difícil de comprender actualmente es el componente del “*monto deducible*” denominado “*costos no operacionales*” o “*no cash cost*”, especialmente en lo que concierne al rendimiento de la inversión⁶⁷.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que dicho componente lo que busca, aparentemente, es garantizar al contratista una determinada rentabilidad (del 16.5%) sobre la inversión efectuada, independientemente de las variaciones que puedan presentarse en los costos operativos del proyecto, en la producción y en los precios internacionales del carbón.

Más allá de que dicha estipulación se considere conveniente o no para el Estado colombiano y que la tasa de rentabilidad acordada pueda estimarse alta, incluso para la época en la que se firmó el contrato, como lo sostuvo la Contraloría General de la República en los informes de auditoría que elaboró sobre este asunto, la Sala estima que ninguna de estas consideraciones sería suficiente para concluir que dicha estipulación sea violatoria de la ley, del orden público o de las buenas costumbres y que, en consecuencia, se encuentre viciada de nulidad por objeto ilícito.

Por el contrario vale la pena recordar que, dentro de los factores que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta para fijar el monto de las “*regalías y participaciones adicionales*” que podían fijarse o estipularse en los actos jurídicos mediante los cuales se otorgara a cualquier persona el derecho de explorar y explotar minerales, estaban las “*inversiones*” y los “*rendimientos previsibles*”, tal como lo disponía expresamente el artículo 2º de la Ley 60 de 1967. Lo anterior permite inferir que el monto de las inversiones (real o estimado) y el rendimiento o la rentabilidad sobre las mismas, no eran elementos desconocidos, ni mucho menos prohibidos por la legislación que estaba vigente al momento de celebrarse el contrato N° 078-88, como factores para determinar las regalías o participaciones en este tipo de contratos, por encima de las contraprestaciones mínimas que establecía la ley.

⁶⁷ Ya que el otro elemento, es decir, la depreciación sobre los activos constituye claramente un costo, desde el punto de vista contable, como lo establecían los artículos 25 y 47 del Decreto 2160 de 1986, el cual señalaba las reglas de contabilidad generalmente aceptadas y regulaba la contabilidad mercantil en la época en que se celebró el contrato N° 078-88.

Ahora bien, una vez expedida la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 360⁶⁸ determinó que “la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte”, el Congreso de la República expidió la Ley 141 de 1994.

El artículo 13 de dicha ley, derogado más adelante por el artículo 5º de la Ley 619 de 2000⁶⁹, dispuso lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 13. Generalidades de las regalías. Toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado genera regalías a favor de éste, sin perjuicio de cualquiera otra contraprestación que se pacte por parte de los titulares de aportes mineros. (...)” (Subraya ajena al texto original).

La Ley 141 eliminó el impuesto al carbón, entre otros tributos específicos que gravaban la explotación de ciertos recursos naturales no renovables, y lo sustituyó por una regalía del diez (10%) (para producciones superiores a tres millones de toneladas anuales), pero también estableció que debía respetarse lo pactado en los contratos que a la sazón se encontraban vigentes. Así lo señalaron en su momento los artículos 16, 25 y 26 de la citada ley, en sus partes pertinentes:

“Artículo 16 (modificado por el artículo 16 de la Ley 756 de 2002⁷⁰). Establécese como regalía por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, el porcentaje que resulte de aplicar la siguiente tabla:

*Carbón (explotación mayor a 3 millones de toneladas anuales) 10%
Carbón (explotación menor a 3 millones de toneladas anuales) 5%
(...)*

Parágrafo 6º. El impuesto estipulado en los contratos o licencias vigentes para la explotación de carbón será sustituido por una regalía cuyo monto equivaldrá al de dicho tributo, a cargo del contratista, concesionario o explotador.
(...)

Artículo 25 (derogado por el artículo 160 de la Ley 1530 de 2012⁷¹). Sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en contratos vigentes las regalías se recaudarán en dinero o en especie, según lo determine en providencia de carácter general, el Ministerio de Minas y Energía.

Los porcentajes sobre el producto bruto que con cualquier denominación de contenido monetario se hayan pactado por las empresas industriales y comerciales del Estado o las sometidas a este régimen, continuarán percibiéndose en los términos acordados en los contratos correspondientes, con la obligación de éstas de pagar las regalías y compensaciones señaladas en esta Ley, con el producido de estos porcentajes.

Artículo 26. Impuestos específicos y contraprestaciones económicas. Los impuestos específicos previstos en la legislación minera, para las explotaciones de oro, platino y carbón no continuarán gravando las explotaciones de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, las cuales estarán sujetas únicamente a las

⁶⁸ Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 5 de 2011.

⁶⁹ “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁰ “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”.

⁷¹ “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”.

regalías establecidas en la presente Ley y a las compensaciones que pacten las empresas industriales y comerciales del Estado o las sometidas a este régimen.
(...)” (Se subraya).

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto N° 889 de 1996⁷², analizó los efectos jurídicos que la Constitución Política de 1991 y la Ley 141 debían generar en el contrato N° 078-88, celebrado entre Carbocol y Drummond, particularmente en lo referente al cálculo y pago de las regalías. A este respecto se afirmó:

“Por todo ello, la Sala estima que las regalías del 15% pactadas en el contrato No. 078/88 (ECOCARBON - DRUMMOND), participan de los elementos esenciales de la descripción contenida en el inciso segundo del artículo 25 de la ley 141 de 1994 y deben distribuirse en su integridad entre los beneficiarios a que se refiere el artículo 32 de la misma ley y en los porcentajes allí señalados...

En cuanto a compensaciones, en dicho contrato se pactaron las siguientes: canon superficiario (que ya cumplió su función), una partida de dos millones de dólares para desarrollo regional, que está siendo pagada en cuotas anuales de doscientos mil dólares, y participación en las ganancias. Respecto de esta última, que es la única que subsiste, lo pertinente es que sea liquidada y pagada de conformidad con las respectivas cláusulas del contrato y distribuida en la forma indicada por el artículo 40 de la ley 141 de 1994.

La Sala responde:

Teniendo en cuenta el marco jurídico con fundamento en el cual se pactaron las contraprestaciones económicas del contrato número 078/88, celebrado entre CARBOCOL (hoy ECOCARBON) y la sociedad DRUMMOND LTD., así como una interpretación sistemática de la ley 141 de 1994, la tesis que se estima válida para efectos de hacer la distribución de las regalías dispuestas en la ley citada, consiste en considerar que las regalías contractuales coinciden con las regalías de la ley y que las mismas deberán distribuirse en la forma dispuesta por el artículo 32, ibídem, que asigna las derivadas de la explotación del carbón, según que las explotaciones sean menores o mayores de tres millones de toneladas anuales, a los siguientes beneficiarios :
(...)” (Negrillas del original; subrayas añadidas).

De esta forma, la Sala consideró, en el citado concepto, que la fórmula de liquidación y pago de las regalías pactada en el contrato N° 078-88, no solamente se ajustaba a las normas que se encontraban vigentes al momento de su celebración (1988), sino que también resultaba compatible con las disposiciones que en materia de regalías introdujo la Ley 141 de 1994, con fundamento en la Carta Política de 1991, debiéndose efectuar, en todo caso, la distribución de dichos recursos conforme a lo preceptuado por dicha ley y por aquellas que la han modificado.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, ante la eventualidad de prorrogar el contrato y con el fin exclusivo de mejorar la posición del Estado en el citado negocio, la Agencia Nacional de Minería pueda solicitar a Drummond la revisión y renegociación de cualquiera de los elementos o factores que conforman la fórmula para la liquidación de las regalías estipulada en dicho contrato, a la luz de la realidad jurídica, económica y técnica actual, del grado de explotación del respectivo yacimiento carbonífero y de la situación del mercado local e internacional, entre otros factores.

⁷² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de septiembre de 1996. Radicación N° 889.

3. Interpretación del factor 0,0041666 ó 1/240 incluido en la fórmula para la liquidación de las regalías

Tal como se explicó previamente, uno de los componentes que conforman el llamado "monto deducible" estipulado en la cláusula vigesimotercera (23ª) del contrato N° 078-88, para liquidar las regalías a cargo de Drummond, es el denominado "*rendimiento de la inversión*". Con el fin de calcular dicho elemento, debe establecerse primero la amortización acumulada de la inversión, para lo cual deben sumarse los montos de la amortización causada mes a mes, cálculo en el cual debe utilizarse el factor 1/240, equivalente a la cifra de 0,00416666.

El Ministerio de Minas y Energía consulta la opinión de la Sala sobre la interpretación que debe darse a dicho factor, especialmente en cuanto a si el mismo significa que la amortización de la inversión debe terminar a los veinte (20) años (ó 240 meses) de haberse iniciado la producción de la mina objeto del citado contrato, lo cual habría ocurrido en el mes de febrero de este año (2015), o si puede entenderse que tal amortización se efectúa de manera permanente mientras el yacimiento carbonífero se encuentre en explotación y el contrato permanezca vigente.

En la audiencia realizada el pasado 25 de octubre, con la presencia de la Viceministra de Minas y otros funcionarios de esa cartera, se aclaró que el propósito principal de la consulta, en este punto, no es el de lograr una interpretación técnica (financiera y/o contable) de la Sala en relación con el significado y la aplicación de dicho factor, sino el de analizar, en su conjunto, la legalidad de la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078-88, asunto que ya se estudió.

Lo anterior exime a la Sala de pronunciarse en concreto sobre la interpretación de la citada variable de la fórmula, lo cual, en todo caso, no resultaría factible, por las razones que se explican a continuación:

- (i) En primer lugar, porque la Contraloría General de la República, con base en los informes de la auditoría especial realizada sobre la liquidación de las regalías provenientes de este contrato, inició un proceso de responsabilidad fiscal, el cual tiene que ver directa y específicamente con la interpretación y la aplicación dada por las partes a dicho factor, tal como fue informado por el Ministerio de Minas y Energía, ante el requerimiento que le formulara la Sala.

En esa medida, la Sala no puede interferir de ninguna manera y en ningún sentido en la función de control fiscal que corresponde constitucional y legalmente a la Contraloría y que esta se encuentra ejerciendo, lo cual podría ocurrir si emitiera un concepto sobre este punto específico, que podría afectar el resultado del citado proceso.

Es entendido que los sujetos que intervienen en el proceso de responsabilidad fiscal (incluyendo, desde luego, a la propia Contraloría General de la República) disponen de las oportunidades y los mecanismos que les otorga la ley para solicitar, aportar y practicar las pruebas que se requieran, entre ellas inspecciones y dictámenes periciales.

- (ii) En segundo lugar, porque si existiera o surgiera una discrepancia entre las partes del contrato N° 078-88, es decir, Drummond y la Agencia Nacional de Minería, sobre la interpretación de dicho factor y la aplicación que se ha dado

al mismo durante la explotación de la mina, debería acudir entonces a los mecanismos que prevé el referido contrato para solucionar este tipo de controversias (cláusula trigésima cuarta), en armonía con las disposiciones que hoy en día regulan la competencia de la Jurisdicción Ordinaria y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como los métodos alternativos de resolución de conflictos. En la eventualidad de iniciarse un proceso judicial o un arbitraje, podrían practicarse en el curso del mismo las pruebas que se requieran para demostrar el punto que fue objeto de la consulta, incluyendo peritajes (de carácter contable y/o financiero).

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, aun cuando la pregunta formulada no es, en sentido estricto, de naturaleza jurídica, sino de carácter técnico (matemático, financiero y/o contable), es indudable que la respuesta que se dé a la misma genera importantes consecuencias jurídicas, como que de ella depende determinar el alcance preciso de la obligación de pagar las regalías a cargo de Drummond y, por tanto, establecer si dicha sociedad ha venido cumpliendo en forma cabal con tal obligación.

Sin embargo, para poder dar una respuesta certera a dicho cuestionamiento, habría que tener en cuenta, además de la intención perseguida por las partes al momento de celebrar el contrato y en las sucesivas modificaciones que han acordado a esa fórmula (motivación que no aparece clara en ninguno de los antecedentes remitidos), los principios y las reglas de las matemáticas financieras que sean generalmente aceptados por quienes ejercen esa profesión (al tiempo de la celebración del contrato y en la actualidad), todo lo cual excede el propósito y las posibilidades de la función consultiva, pues esta no busca dirimir conflictos entre los particulares y el Estado, y para ello se requeriría, en todo caso, el aporte o la práctica de pruebas, con la respectiva contradicción por parte de los interesados.

Por las razones anteriores, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la interpretación y la aplicación que las partes han dado o debido dar al factor $1/240$ ó $0,0041666$, incluido en la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078-88.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

III. La Sala RESPONDE:

1. Teniendo en cuenta que en el contrato No. 078-88, ni en la ley vigente en la fecha de su celebración, (23 de febrero de 1989) (sic), se establecía de manera expresa la prórroga del mismo, ¿es posible en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes previsto en el artículo 78 del Decreto ley 2655 de 1.988 en consideración a las características del régimen bajo el cual fue suscrito el contrato (aporte), o en virtud de lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley 685 de 2001, prorrogar su término de duración más allá del 23 de diciembre (sic) de 2019 y por un plazo de treinta años?

Según lo explicado en este concepto, si la prórroga del contrato N° 078 de 1988 celebrado entre Drummond Limited y Carbocol S.A. se considera conveniente para

el interés público y las dos partes (hoy en día Drummond y la Agencia Nacional de Minería) se ponen de acuerdo en los términos y condiciones que deban regir el contrato durante el nuevo plazo, resultaría jurídicamente viable prorrogar el citado contrato hasta por treinta (30) años más, contados desde el vencimiento del término inicialmente estipulado (23 de febrero de 2019).

Dado que el sistema de “aporte minero” no existe en la actualidad y tampoco se encuentra vigente el aporte N° 871 otorgado en su momento a Carbocol S.A., en el evento de convenirse la prórroga del contrato N° 078-88, sería necesario adecuar dicho negocio a las normas que hoy en día regulan el contrato de concesión minera.

2. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, puede la Autoridad Minera Nacional Concedente, renegociar las condiciones económicas, técnicas, sociales y ambientales inicialmente acordadas [en] el contrato 078-88 para hacerlas más favorables al Estado, incluyendo la posibilidad de cobro de contraprestaciones económicas (fuera de las regalías) adicionales a las inicialmente pactadas?

Teniendo en cuenta que no es obligatorio para el Estado colombiano prorrogar el citado contrato, ni hacerlo por treinta (30) años o por un plazo inferior, las partes pueden revisar y renegociar los términos y condiciones estipulados en el contrato 078-88, incluyendo las condiciones ambientales, económicas, técnicas, operativas y sociales aplicables a dicho acto jurídico, para hacerlas más favorables al Estado. En esa medida, pueden modificar la fórmula para la liquidación de las regalías y pactar contraprestaciones adicionales a las previstas en la ley y a las contenidas actualmente en el contrato.

En todo caso, en dicha renegociación deberán tenerse en cuenta y respetarse las normas de orden público y de carácter imperativo que regulan hoy en día la actividad minera ejecutada por el sistema de concesión, incluyendo las disposiciones ambientales que resulten aplicables.

3. Puede el Estado Colombiano a través de la Agencia Nacional de Minería y con posterioridad al 23 de febrero de 2015, seguir aplicando el componente de la amortización acumulada en el cálculo del rendimiento de inversión, teniendo en cuenta que se ha cumplido el término previsto en la variable 1/240 establecido en la fórmula de liquidación de regalías?”

Revisada la cláusula vigesimotercera (23ª) del contrato, junto con sus anexos 4 y 6, y las múltiples modificaciones que las partes han efectuado a dichas estipulaciones, la Sala no encuentra razones para concluir, a primera vista, que la fórmula para la liquidación de las regalías pactada en la citada cláusula desconozca o vulnere normas de carácter imperativo que estuvieran vigentes en la época de celebración del contrato o que se hubieran expedido con posterioridad y que resultaran obligatoriamente aplicables a dicho acuerdo de voluntades.

Por las razones indicadas en este concepto, la Sala se inhibe de señalar el significado, el alcance y la forma de aplicar la variable “1/240” o “0,0041666”, incluida en la referida fórmula. Asimismo se abstiene de señalar si la Agencia Nacional de Minería, con posterioridad al 23 de febrero de 2015, podía o puede seguir aplicando el componente de “amortización acumulada” en el cálculo del “rendimiento de la inversión”.

Remítase al Ministro de Minas y Energía y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala