

BOLETÍN JURÍDICO CCI

30 DE ABRIL DE 2024

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



Contenido

(I) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES.....	2
1. La imprevisión en los contratos sometidos al régimen de derecho privado	2

(I) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

1. La imprevisión en los contratos sometidos al régimen de derecho privado

En un fallo reciente de la sección tercera del Consejo de Estado, el magistrado ponente, Dr. José Roberto Sáchica Méndez, se pronunció sobre la procedencia de la imprevisión en los contratos de aporte celebrados bajo la vigencia del anterior código de minas. En criterio del despacho, este tipo de negocios jurídicos, celebrados bajo la vigencia del Decreto 2655 de 1988, se someten a las reglas establecidas en la legislación civil y comercial, motivo por el cual el análisis de los hechos sobrevinientes que afectan la ejecución de las prestaciones, se analizarán bajo los presupuestos del artículo 868 del Código de Comercio.

El contratista, CNR III Ltd., sucursal Colombia, afirmó que durante la ejecución contractual se presentaron varios hechos que desequilibraron económicoamente el contrato, entre ellos los siguientes:

- 1) La no construcción de una planta de generación térmica a base de carbón (Termocesar), la cual estaba prevista dentro del contrato de aporte como un potencial cliente con una demanda que ascendía a 800.000 toneladas.
- 2) La expedición de reglamentos que exigieron realizar el cargue directo del carbón en las zonas portuarias, lo cual modificó las actividades de cargue a través de barcazas que realizaba el contratista. Las limitaciones para acceder a puertos con sistemas de cargue directo, afectó las actividades de la compañía al punto que se suspendió provisionalmente el contrato de aporte.
- 3) Impuestos que gravaron distintas actividades del giro ordinario de la empresa, por ejemplo, explosivos y renta.

Respecto de las situaciones fácticas señaladas por el demandante, el Consejo de Estado consideró:

1. Caducidad de la acción respecto de ciertos hechos

En criterio del magistrado, el término para demandar es de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, en otras palabras, desde el acaecimiento de las circunstancias imprevistas y extraordinarias que sustentan la superviniente onerosidad.

Así las cosas, solo se iniciará el cómputo de los dos años a partir de la circunstancia que fue determinante y definitiva para hacer surgir la sobrevenida excesiva onerosidad aducida:

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

(...)

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

(...)

la Sala estudiará si la falta de acceso de la parte actora a un puerto de carga, configuró el supuesto previsto en el artículo 868 del Código de Comercio para proceder con la revisión del negocio jurídico;”.

2. Elementos para que se estructure la imprevisión

“27. En los términos del artículo 868 del Código de Comercio, la revisión del negocio jurídico por la alteración de sus bases y la consecuente excesiva onerosidad de una o varias de las prestaciones futuras a cargo de alguna de las partes, debe tener origen en circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles; en esa medida, su ámbito de aplicación excluye³⁰: (i) las situaciones de ocurrencia periódica, usual y probable, o que puedan considerarse ordinarias, normales o habituales, atendiendo en cada caso las características propias del hecho específico y sus antecedentes; (ii) los acontecimientos que, bajo el principio de buena fe y el deber de cuidado exigible, razonablemente debieron anticiparse o considerarse, atendiendo la situación particular, el conocimiento, la

experiencia, la profesión o el oficio de quien lo alega; y, (iii) aquellas circunstancias que de forma objetiva y razonable pueden anticiparse “con relativa aptitud o capacidad de previsión”³¹, por lo que debe tratarse de un hecho repentino, sorpresivo, súbito o incierto, esto es, que no se haya exhibido como probable³².

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

3. Los eventos ocurridos son riesgos normales asumidos por el contratista

“Así mismo, bajo el clausulado del contrato, la parte actora asumió de manera expresa los riesgos derivados de todos los costos, gastos e inversiones necesarios para el cumplimiento del objeto contractual, incluido el suministro y mantenimiento de la infraestructura, los equipos y los estudios y trabajos ambientales exigidos por las autoridades nacionales o regionales⁴⁰, obligándose a cumplir con todas las normas que regulan la conservación de los recursos naturales renovables y la preservación del medio ambiente⁴¹.”.

4. Los hechos no son extraordinarios, imprevistos e imprevisibles - No hay diligencia del contratista en las medidas para mitigar los eventos acaecidos

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

a) Pese a conocer esa necesidad desde el 2007, esperó a iniciar sus gestiones hasta finales de junio de 2013, es decir, solo pocos meses antes de que la obligación de usar el sistema de cargue directo fuere exigible, cuando solicitó por primera vez a PNSA la prestación de sus servicios portuarios, lo que conllevó a que, incluso restando solo días -5 de diciembre de 2013-, PNSA requería nuevamente al contratista informarse sobre los procedimientos publicados y definidos en su política de acceso; como se observa, lejos de mitigar el evento aducido y sus efectos, la parte actora se expuso y contribuyó a su ocurrencia, pues solo inició sus gestiones para acceder a un puerto de cargue directo, sin siquiera

haberse informado de los procedimientos fijados para ello, en el último año (2013) de los casi siete (7) que tuvo para conseguirlo(...)

(...)

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

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección a, consejero ponente José Roberto Sáchica Méndez, 18 de marzo de 2024, radicado 250002336000-2016-00672-01, expediente 63.740