



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	25000-23-26-000-2012-00591-00
Sentencia	SC3-21122615 Aprobado en sesión de la fecha. Acta No. 145
Acción	Controversias Contractuales
Demandante	Servicio Geológico Colombiano, antes Ingeominas
Demandado	C.I. Prodeco S.A.
Tema	Nulidad absoluta o solicitud de revisión de otrosí No. 8 de contrato de exploración y explotación minera carbonífera, mediante el cual se modificó la manera de liquidar y pagar las regalías para que el concesionario pudiera expandir el área de explotación y así generar más ingresos a la Nación // Se demanda la nulidad del otrosí porque en el año inmediatamente siguiente a su suscripción, los ingresos de la Nación disminuyeron y la Contraloría inició un proceso de responsabilidad fiscal que terminó condenando al concesionario a pagar a la Nación los ingresos dejados de percibir // Este caso fue estudiado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI-, con ocasión de la demanda arbitral que presentó el concesionario contra Colombia a propósito del Convenio entre Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 [el "Tratado" o el "TBI"], y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966 [el "Convenio del CIADI"], que entró en vigor para Suiza y para Colombia el 6 de octubre de 2009. // El CIADI resolvió en el laudo arbitral que Colombia debía restituir al concesionario lo pagado por concepto de la condena emitida en el proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría por considerar que no había nulidad alguna del otrosí y que la Nación había actuado de manera arbitraria e irrazonable.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 9 de diciembre de 2011 se presentó solicitud de conciliación prejudicial. El 16 de febrero de 2012 se adelantó la audiencia de conciliación que se declaró fallida, por lo que el mismo día se emitió la constancia correspondiente.

El 30 de marzo de 2012, el Servicio Geológico Colombiano, antes Ingeominas, presentó demanda de controversias contractuales contra C.I. Prodeco S.A. para que se declarara la nulidad absoluta del otrosí No. 8 del contrato de exploración y explotación minera carbonífera 044 de 1989, con la consecuente indemnización de perjuicios. Expresamente solicitó en la reforma a la demanda:

PRIMERA.- Que se declare que el otrosí No. 8 al contrato 044 de 1989, suscrito por las partes el 22 de enero de 2010, viola la ley y los fundamentos o motivaciones que le dieron origen, al no garantizar los intereses generales del Estado, ni la viabilidad de expansión del proyecto minero.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad absoluta del otrosí No. 8 suscrito por las partes el día 22 de enero de 2010, mediante el cual se modificaron los numerales 14.1, 14.2, 14.3 y 14.4 de la cláusula 14 del contrato No. 044 de 1989; la cláusula 43 del otrosí No. 3; el numeral 15.1 de la cláusula 15 del contrato No. 044 de 1989; en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio. Esta nulidad está basada en que no se ha cumplido ni se cumplirá la finalidad que motivó la suscripción del otrosí No. 8 de 2010, consistente en "garantizar los intereses del Estado y la viabilidad de expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación de las partes".

TERCERA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a C.I. Prodeco S.A. a pagar (reintegrar) al Servicio Geológico Colombiano el monto total de las contraprestaciones que esta entidad pública haya dejado y deje de percibir hasta el momento en que se anule el otrosí No. 8 de 22 de enero de 2010. Lo anterior, teniendo en cuenta el menor valor recibido de regalías y compensaciones, reducción que ha sido generada por la modificación a las cláusulas 14.1, 14.2, 14.3, 14.4 y 15.1 del contrato 044 de 1989, surtidas mediante dicho otrosí. Esta suma se estima razonadamente en el monto de noventa y nueve millones cuarenta y un mil dólares (USD\$99'041.000) a diciembre 31 de 2011.

CUARTA.- Que se condene a C.I. Prodeco S.A. a pagar al Servicio Geológico Colombiano los intereses corrientes y moratorios correspondientes a la suma derivada de la anterior pretensión, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

QUINTA.- Que se condene a C.I. Prodeco S.A. a pagar a favor del Servicio Geológico Colombiano, los gastos, las costas procesales, agencias en derecho y demás costos generados por el presente trámite.

SUBSIDIARIAS:

En subsidio de la segunda pretensión principal se solicita:

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL: Que con base en el artículo 59 del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas vigente para la fecha de suscripción del contrato), en concordancia con lo establecido en la cláusula 39 del otrosí No. 3 al contrato 044 de 1989 y con el artículo 87 del CCA, el Tribunal proceda a **revisar** el otrosí No. 8, dejando sin efecto los numerales 15.1, 15.1.2 y 15.1.3 de la cláusula sexta de dicho otrosí, con el objeto de que se cumpla la finalidad perseguida, vale decir, se mantenga la regalía básica y la regalía adicional y se excluya la compensación por ingresos brutos. Como consecuencia de ello, se

condene a Prodeco S.A. a pagar al demandante la suma de USD\$64.400.000) a diciembre 31 de 2011.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que el 21 de febrero de 1989 Carbones de Colombia S.A. Empresa Industrial y Comercial del Estado, hoy liquidada y C.I. Prodeco S.A. celebraron el contrato de exploración y explotación minera carbonífera No. 044, con el objeto de "explotar, construir, realizar el montaje y explotar un proyecto carbonífero en el área contratada descrita en la cláusula tercera de este contrato, 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. 002657 de fecha 10 de octubre de 1977, aporte No. 871". El plazo inicial de ejecución del contrato era de 30 años a partir de su perfeccionamiento, esto es, a partir del 3 de julio de 1990 que fue cuando se registró el contrato en el Registro Minero Nacional. Posteriormente se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 3 de julio de 2035.

Como contraprestación se acordó que el concesionario pagaría:

- Una regalía básica del 5% por cada tonelada de carbón vendida, que aumentaba progresivamente hasta el 7,6% a partir del quinto año de producción en adelante ["Regalía Básica"]
- Una compensación suplementaria equivalente a un porcentaje de los ingresos, y un monto fijo por tonelada de carbón vendida si el precio del carbón excedía los USD 40 por tonelada. En ese momento, el precio del carbón térmico colombiano era aproximadamente de USD 25 por tonelada; si este precio excedía los USD 40 por tonelada, Prodeco percibiría utilidades extraordinarias y tendría que pagar la compensación suplementaria.
- Otras contraprestaciones incluían la obligación de Prodeco de contribuir al desarrollo socioeconómico de la región de la Mina Calenturitas, y conceder a Carbocol acceso a las facilidades portuarias de Prodeco ["Puerto de Prodeco"] para la exportación de carbón.

En cuanto al concedente, Carbones de Colombia S.A. EICE le cedió su posición contractual a Ecocarbón EICE el 6 de julio de 1995. Mediante Decreto 1679 de 27 de junio de 1997 se fusionaron las EICE Mineralco S.A. y Ecocarbón LTDA, dando origen a Minercol LTDA. El 28 de enero de 2004, mediante Decreto 254 se suprimió a Minercol LTDA EICE y se estableció que los contratos a cargo de ésta se subrogarían a quien indicara el Ministerio de Minas y Energía. El Ministerio, mediante resolución 180074 de 2004 delegó en Ingeominas (ahora Servicio Geológico Colombiano) todos los contratos en los que Minercol LTDA EICE era concedente.

El contrato objeto de litigio fue modificado en diferentes ocasiones así:

Fecha	Modificación	Objeto de la modificación
7 de junio de 1991	Otrosí No. 1	Se aumentó el tamaño del área de la Mina Calenturitas y se definieron las normas aplicables a la producción de prueba.
6 de julio de 1995	Acuerdo modificadorio	Se modificaron las cláusulas 29.3 – 29.5 y 36.4 relacionadas con la subcontratación de trabajos por parte de Prodeco.
6 de dic. de 1995	Otrosí No. 2	Se modificó el numeral 36.4 en el sentido que la subcontratación de trabajos mineros tenía que ser

		con terceros propietarios de equipo y, para el efecto, Prodeco debía solicitar autorización al concedente.
6 de marzo de 2001	Otrosí No. 3	<p>Se modificó íntegramente el contrato. Entre otras, se modificó la forma en que se calculaban las contraprestaciones y cómo Prodeco pagaría las regalías por la explotación y exportación de bienes propiedad de la Nación.</p> <p>La Regalía Básica seguía siendo aplicable, tal como se definió en el Contrato Minero original, siempre que la producción no superara los 3 MTA. Una vez que la producción excediera dicho umbral, una "Regalía Adicional" recientemente definida se volvía aplicable: la tasa de la regalía se incrementaría en 1% por cada aumento de 1 MTA en la producción. En efecto, esto implicaba que luego del quinto año de producción – que era cuando la Regalía Básica alcanzaba el 7,6% – si la producción anual era, por ejemplo, de 4, 5 o 6 MTA, Prodeco pagaría Regalías a una tasa del 8,6%, 9,6% y 10,6% sobre el precio total del carbón vendido. Por cada MTA de producción de carbón adicional, la tasa de Regalías se incrementaría en 1%.</p> <p>Se creó además una Compensación por Ingresos Brutos ["CIB"], derivada de la Compensación Suplementaria prevista inicialmente en la Cláusula 22.1 del Contrato Minero. La CIB era una contraprestación adicional, basada en una escala variable conforme a los precios del carbón, que se hacía aplicable si el precio del carbón superaba los USD 40 por tonelada.</p> <p>Por ende, luego de la suscripción del Otrosí No. 3, Prodeco debía pagar tres tipos de contraprestación dependiendo de la cantidad de producción de la Mina y del precio del carbón:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Una Regalía Básica del 7,6%, que era aplicable independientemente de la cantidad de carbón producido; - Una Regalía Adicional, cuando la producción de carbón superaba los 3 MTA, calculada mediante la aplicación de una escala porcentual ascendente; - Una CIB, que era aplicable cuando el precio del carbón superaba los USD 40 por tonelada.

		<p>También definió el precio de referencia que debería utilizarse para calcular el monto de las Regalías y la CIB, que era el mayor entre:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El precio FOB puerto colombiano promedio ponderado del trimestre actual para el carbón exportado proveniente de la Mina Calenturitas, publicado en la revista "Coal Week International"; - El precio FOB puerto colombiano promedio ponderado para el carbón térmico colombiano exportado durante el mismo trimestre, ajustado proporcionalmente por poder calorífico, publicado en la revista "Coal Week International".
15 de agosto de 2001	Otrosí No. 4	Se modificaron las etapas de explotación y explotación.
15 de diciembre de 2004	Otrosí No. 5	Se aclararon los porcentajes de regalías
15 de diciembre de 2005	Otrosí No. 6	<p>Cambió el precio de referencia para calcular las Regalías y la CIB del precio publicado en "Coal Week International" al precio del carbón térmico colombiano publicado en "International Coal Report" ["ICR"] de Platts, ajustado por poder calorífico. El Otrosí especificaba que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si el carbón exportado por Prodeco provenía exclusivamente de la Mina, el precio de referencia sería el mayor valor entre (i) el precio FOB puerto colombiano para el carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico, y (ii) el precio de venta estimado por Prodeco; - Si el carbón exportado por Prodeco era Carbón Mezclado, el precio de referencia sería simplemente el precio FOB puerto colombiano para el carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico.
15 de febrero de 2007	Otrosí No. 7	<p>Se modificó la cláusula 42 del contrato y se prorrogó el plazo de ejecución del contrato hasta el 3 de julio de 2035. Este nuevo plazo le permitía a Prodeco amortizar las mayores inversiones y obtener utilidad, para lo cual debía presentar un PTI actualizado en enero de 2009.</p> <p>El sistema básico para calcular las Regalías y la CIB no sufrió modificaciones, pero sí se incorporaron</p>

		<p>algunos cambios y aclaraciones. El Otrosí No. 7 disponía:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que, si el carbón exportado por Prodeco provenía exclusivamente de la Mina, el precio de referencia para el pago de las Regalías y la CIB sería el mayor valor entre (i) el precio FOB puerto colombiano del carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en ICR, ajustado por poder calorífico ["Precio FOB"], y (ii) el precio real de venta; - Que las Regalías y la CIB serían calculadas y pagadas dentro de los diez días siguientes al embarque del carbón, pero quedarían sujetas a reajustes trimestrales "con base en el precio definitivo"
9 de mayo de 2009	Acuerdo de compromiso	Para que Prodeco pagara al concedente el ajuste trimestral del tercer trimestre de 2008 dentro de los 90 días siguientes.
3 de sept. de 2009	Modificación 1 al acuerdo de compromiso	Prorrogar hasta el 30 de octubre de 2009 el plazo del acuerdo.
29 de oct. de 2009	Modificación 2 al acuerdo de compromiso	Prorrogar hasta el 30 de noviembre de 2009 el plazo del acuerdo.
29 de nov. de 2009	Modificación 3 al acuerdo de compromiso	Prorrogar hasta el 9 de diciembre de 2009 el plazo del acuerdo.
22 de enero de 2010	Otrosí No. 8	Se modificó la cláusula 14 en lo relativo a la forma de liquidar y pagar la regalía básica. Se modificó la cláusula 43 del otrosí No. 3, eliminando los anexos 9 y 9ª. Se modificó la cláusula 15.1 señalando una fórmula para calcular la compensación por ingresos brutos.

El objeto de este último otrosí era disminuir los pagos que debía realizar el concesionario para que pudiera expandir la mina y así poder generar más ingresos para el Estado posteriormente, pero ello no ocurrió en el año inmediatamente siguiente a su suscripción. La parte actora asegura que con ocasión del otrosí No. 8, durante el año 2010 - 2011 el Estado dejó de recibir alrededor de \$51.353'629.267,07, según informe de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción coactiva, rendido el 10 de mayo de 2011.

Según el estudio económico contratado, realizado por Valora Consultoría S.A.S. el 28 de marzo de 2012, de haberse desarrollado y ejecutado el otrosí No. 7, tal y como estaba planteado, la Nación hubiera recibido hasta el 31 de diciembre de 2011, por lo menos, contraprestaciones económicas por un monto de USD\$196.949.000. Pero con el otrosí No. 8 sólo recibió USD\$108'161.000, esto es, dejó de recibir USD\$88'788.000 como consecuencia de los cambios hechos con el otrosí No. 8.

En criterio de la parte actora, el otrosí No. 8 se encuentra incurso en causal de nulidad absoluta por ser violatorio de la Constitución y la Ley, al atentar contra el interés general y los principios que rigen la actividad minera y su desarrollo contraria los fundamentos esenciales que le dieron origen al mencionado acuerdo de voluntades.

Señaló que el referido otrosí viola la equivalencia de prestaciones entre las partes, generando una alteración del equilibrio del negocio jurídico y con ello rompe la conmutatividad del contrato durante todo el término de ejecución hasta el 2035.

Indicó que con la ejecución del otrosí No. 8 se observó que no se alcanzaría la finalidad perseguida, que fue la base y motivación del acuerdo de voluntades, de garantizar los intereses del Estado y al contrario, los ha menoscabado pues se han dejado de percibir recursos provenientes de regalías los que, por orden constitucional, deben destinarse a proyectos de desarrollo social, la preservación del medio ambiente, entre otros.

En caso de no poderse declarar la nulidad del otrosí, se insistió en su revisión, como quiera que es una modificación lesiva para el interés público.

2. Actuación procesal.

El 30 de marzo de 2012 se presentó la demanda. El 22 de agosto de 2012 se admitió la demanda. El 15 de mayo de 2013 se reformó la demanda. El 20 de junio de 2013 se admitió la reforma a la demanda.

El 7 de octubre de 2013 se contestó la reforma a la demanda.

El 14 de noviembre de 2013 se abrió a etapa probatoria el proceso.

El 9 de febrero de 2021 se corrió traslado para alegar de conclusión y al Procurador para emitir concepto. El 23 de febrero de 2021 el Procurador rindió concepto y las partes demandante y demandada alegaron de conclusión.

El 3 de mayo de 2021 ingresó el expediente al Despacho para fallo; sin embargo, el 18 de junio de 2021 se advirtió la falta del cuaderno principal 1, por lo que se devolvió el expediente a la Secretaría para que se ubicara tal cuaderno o se rindiera el informe correspondiente. Una vez rendido el informe correspondiente, el 28 de septiembre de 2021 se realizó audiencia de reconstrucción de expediente y el proceso quedó al Despacho para emitir el correspondiente fallo.

3.- Contestación de la demanda.

C.I. Prodeco S.A. contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de pretensiones. Señaló que el otrosí No. 8 no es nulo ni generó ningún desequilibrio a la ecuación financiera del contrato. Resaltó que la entidad demandante incurrió en error al concluir que el otrosí No. 8 era lesivo para la Nación únicamente con base en las regalías pagadas en el año inmediatamente siguiente a su suscripción, pues era claro que ello iba a ocurrir mientras el concesionario hacía toda la inversión que se requería para ampliar la zona de explotación y así poder aumentar los ingresos por concepto de regalías. Consideró que la lesividad o no del otrosí No. 8 debía

analizarse a la luz de los ingresos que percibiera la Nación durante la totalidad del plazo de ejecución del contrato y no durante el año inmediatamente siguiente a la modificación.

Explicó que el otrosí No. 8 aseguró la viabilidad de la expansión del proyecto minero al ajustar ciertas cláusulas del contrato que no permitían la expansión e incluso afectaban la viabilidad del proyecto en curso. El otrosí No. 8 no solamente permitió la viabilidad del proyecto, sino también un incremento de la producción con respecto al proyecto inicial de 141 millones de toneladas (de 113 a 254 millones de toneladas/más de 14 millones por año) y representó para Ingeominas, tal y como explica KPMG, un beneficio de 205 millones de dólares, aproximadamente, que en términos actuales es equivalente a 787 millones de dólares. Los beneficios para la Nación por la celebración del otrosí No. 8 son mayores a los generados si no se celebraba, pero su magnitud debe ser considerada sobre el término global del contrato y no solamente sobre el término inicial.

Se refirió a cada uno de los cambios introducidos por el otrosí No. 8 así:

- La compensación extraordinaria por ingresos brutos resultaba desproporcionada y había dejado de ser coherente con su esencia. La compensación por ingresos brutos pactada originalmente determinaba que cuando el previo FOB del carbón fuera superior a US\$40 por tonelada se debía pagar una compensación por tal ingreso extraordinario. Esta cláusula resultaba lógica cuando los precios del carbón eran usualmente inferiores a US\$40 como ocurría en los años anteriores a 2001 y cuando igualmente los costos de producción eran muy inferiores a dicho valor. Sin embargo, dicha cláusula que estaba concebida para retribuir ingresos extraordinarios terminó gravando todas las ventas ordinarias y más aun imponiendo un gravamen sobre una base incluso inferior a los costos mismos de extracción.
- Ajuste en la fórmula empleada para el cálculo de las regalías. Las regalías se estaban calculando sobre el valor que reportaban en el índice de la publicación International Coal Report para la fecha de embarque, cuando debía realizarse con base en el valor vigente para la fecha de la venta, que podía ser meses antes del embarque.
- La regalía adicional que había que pagar cuando los niveles de producción superaran los 3 millones de toneladas era ilimitada, lo que generaba un efecto nocivo y perverso desde el punto de vista financiero frente a una expansión y además era injusta porque terminaba siendo mucho más alta que la regalía pagada por otros grandes productores. Se modificó para que la regalía adicional se generara a partir de las ocho millones de toneladas anuales.
- Se modificó el índice empleado como referencia para el cálculo de las regalías, pues inicialmente se hacía sobre el International Coal Report (ICR), que era el único que existía para el momento de celebración del contrato. Pero para el momento del otrosí No. 8 había un índice mucho más confiable y certero, que era el API2.
- Para el cálculo de las regalías se incluyó tener en cuenta el descuento que había que realizar por los costos de transporte y embarque.

Recordó que a este contrato no le es aplicable la Ley 80 de 1993, conforme lo dispone el artículo 76 de dicha Ley, sino el régimen minero y la legislación mercantil para aquellos que no estén expresamente regulados en el Código Minero. Por ello, las causales de nulidad deben ser las contempladas en el Código de Comercio, artículos 899 y siguientes.

Consideró que el objeto y causa del otrosí No. 8 eran lícitos, en tanto no modificaba algo prohibido por la ley. Esto es, se modificaron las cláusulas correspondientes a las regalías, compensaciones y contraprestaciones económicas del contrato, con el objetivo de permitir la expansión del proyecto minero. Todas las modificaciones son razonables y sustentadas técnicamente. Ninguna corresponde a un capricho o arbitrariedad.

Finalmente, señaló que era improcedente la revisión de los términos económicos del contrato solicitado por la demandante porque la normatividad aplicable era el Código de Minas y el Código de Comercio y en éstos no se contempla la posibilidad de revisar un contrato de concesión minera. Únicamente el artículo 868 del Código de Comercio contempla la revisión del contrato pero por circunstancias extraordinarias que no se configuran en este caso.

4.- Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

4.1.- Parte actora.

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

4.2.- Demandada.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. También, recordó que fueron casi 2 años de reuniones entre las partes, discutiendo los términos del otrosí No. 8. Explicó la importancia de las modificaciones realizadas. Insistió en el régimen legal aplicable al contrato cuya nulidad se persigue y resaltó que dicho negocio jurídico no estaba incurso en causal alguna de nulidad.

Asimismo, insistió en que discutir la legalidad del otrosí No. 8 era una violación a los principios pacta sunt servanda, confianza legítima, buena fe desconocimiento de los actos propios.

Reiteró que no era procedente la revisión del otrosí No. 8 porque no existía una circunstancia extraordinaria e imprevisible posterior a la celebración de dicho negocio jurídico. Tampoco había un hecho ajeno a las partes y menos una alteración que agravara la prestación a cargo de una de las partes del contrato.

Precisó que no era cierto que hubiera un desequilibrio económico del contrato o que el Estado hubiera tenido pérdidas, pues el análisis del estado económico del contrato debía hacerse de manera extensa y no solo durante el periodo 2010 – 2011, como lo hizo el dictamen pericial presentado por la parte actora.

Puso de presente que Prodeco y Glencore International¹ adelantaron un proceso de arbitramento contra Colombia con ocasión de la condena por responsabilidad fiscal que le fue impuesta a Prodeco por la supuesta disminución en las regalías percibidas por el Estado con ocasión de la suscripción del otrosí No. 8. En conclusión², el 27 de agosto de 2019 el Tribunal profirió Laudo por medio del cual: (i) declaró que la República de Colombia vulneró los artículos 4(1) y 4(2) del TRATADO, con ocasión de la conducta de la Contraloría al calcular el supuesto daño sufrido por el Estado con una metodología incorrecta; y (ii) le ordenó a la República de

¹ Esta última compañía multinacional adquirió en gran parte a Prodeco.

² El laudo puede ser consultado en: https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Documents/laudo_espa%C3%B1ol.pdf

Colombia restituirle a Prodeco la suma de USD \$19.100.000, correspondiente a la suma pagada por esa sociedad en el proceso de responsabilidad fiscal en su contra, más intereses.

4.3.- Procurador.

Previo a rendir su informe, el Procurador informó lo siguiente:

INFORMACIÓN PRELIMINAR

Antes de entrar al fondo del asunto, y teniendo en cuenta que en el año 1995 la empresa minera suiza GLENCORE adquirió parcialmente PRODECO³ (demandada en el presente proceso), resulta indispensable informar al H. Tribunal, que el pasado 27 de agosto de 2019, se profirió Laudo Arbitral Internacional por parte del CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, en el procedimiento de arbitraje entre GLENCORE INTERNATIONAL A.G. Y C.I. PRODECO S.A. (Demandantes) y la REPÚBLICA DE COLOMBIA (Demandada). Caso CIADI No. ARB/16/6⁴.

Importa indicar que dicha decisión efectúa un completo análisis sobre el asunto, particularmente en lo relativo a los efectos económicos del mismo y a la no razonabilidad de la metodología que empleó la Contraloría para calcular el daño en el proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República por estos mismos hechos (y origen primigenio de la controversia que aquí se ventila)⁵; razón por la que en su parte resolutive se ordena que la República de Colombia le restituya a C.I. Prodeco S.A. el monto de la condena por Responsabilidad Fiscal en la suma de USD 19.100.000.

En tal sentido, considera esta agencia del Ministerio Público que, aunque no se trata de una decisión condicionante de la sentencia a proferir dentro del presente proceso, sí constituye una valiosa fuente de información que puede contribuir a una mejor comprensión del caso; se insiste sin que ello de ninguna manera pueda afectar la autonomía e independencia del Tribunal Administrativo; máxime cuando en el mismo laudo se negaron las pretensiones relativas a la terminación del presente proceso de controversias contractuales, justamente en respeto por la jurisdicción estatal y a la legislación colombiana a la que está sometido el contrato.

Posteriormente rindió su concepto en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, por considerar que no había causal de nulidad alguna del otrosí No. 8 y que tampoco procedía la revisión del mismo. Expresamente señaló:

- El otrosí No. 8 fue producto de un acuerdo bilateral y no se encuentra en vicio alguno de nulidad. Resaltó que la parte actora alegó una causal de nulidad del contrato, pero en la

³ Empresa colombiana que poseía un contrato de exploración y explotación de minas de carbón con Carbocol (para ese entonces), que posteriormente, fue reemplazada por Ingeominas, que a su vez fue reemplazada por el Servicio Geológico Colombiano (SGC) y éste por la Agencia Nacional de Minería (ANM).

⁴ Disponible en idioma español en: https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Documents/laudo_esp%C3%B1ol.pdf

⁵ Cfr. Hecho No. 23 de la demanda: Después de la suscripción del otrosí No. 8, la Contraloría General de la República indagó que los resultados obtenidos con su desarrollo y ejecución, distaron mucho de las finalidades buscadas con su celebración, encaminadas a "garantizar los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero".

En efecto, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, mediante Auto No. 00468 del 10 de mayo de 2011, ordenó abrir proceso de responsabilidad fiscal en contra del ex directos del servicio minero de Ingeominas y en contra de Prodeco, al encontrar que el Estado había dejado de recibir alrededor de \$51.353.629.267,07, como cuantía estimada del daño, por cuenta de las modificaciones introducidas al contrato.

demanda no se concretaron argumentos relativos a vicios en la capacidad, el consentimiento, el objeto o la causa ilícita del contrato adicional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 899 del Código de Comercio. Más bien, lo que observó es que la argumentación de nulidad del otrosí No. 8 está edificada sobre la base que el mismo no dio los resultados económicos esperados, es decir que no se cumplió el fin para el que fue celebrado y que estaría afectando los intereses económicos del Estado, en tanto en cuanto al iniciarse su ejecución se presentó una reducción en los ingresos por concepto de regalías.

- El análisis del estado económico no podía limitarse al periodo 2010 – 2011, pues tratándose de un contrato de concesión minera con un período de ejecución a muy largo plazo, que inicialmente se pactó a 20 años y luego fue ampliado a 35, se requería de un estudio completo y preciso de los efectos económicos que no podía obviar esta condición temporal, pues como se expuso ut supra, los contratos de concesión tienen características especiales para su ejecución, particularmente en su plazo.

Por esta razón no resulta plausible tomar como período de análisis el 2010-2011, pues bien puede efectuarse una proyección más real con base en simulaciones de escenarios futuros (prospectiva).

Esta fue precisamente la censura que hizo el Tribunal Arbitral Internacional, al valorar el cálculo efectuado por la Contraloría dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal, donde también se tomó un período de un año y no todo el tiempo restante de ejecución del contrato, concluyendo que la metodología empleada no era razonable porque además no incluyó lo relativo a la expansión de la producción de la mina.

- Finalmente, recordó que la revisión del contrato solo procede por circunstancias imprevisibles, toda vez que supone una alteración a las condiciones en que se perfeccionó el contrato que se somete a revisión, lo que significa que no procede por cuestiones normales o que pudieron ser previstas antes de la celebración del contrato y que en virtud del principio de planeación deben ser consideradas en ese momento.

En la demanda no se especifican cuáles serían tales circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteraron el equilibrio contractual, no obstante se acepta que antes de celebrar el otrosí No. 8, las partes sostuvieron diversas reuniones y se discutió el proyecto del acuerdo a celebrar.

Esto descarta la ocurrencia de hechos sobrevinientes, extraordinarios o imprevisibles; pero además tampoco está demostrada la alteración grave a la ecuación económica del contrato, pues como se dejó expuesto antes, la metodología para el cálculo de los ingresos dejados de percibir se circunscribió al período de 201- 2011 y no al total del plazo restante de ejecución.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Precisiones del caso.

El 21 de febrero de 1989 las partes demandante y demandada celebraron el contrato de exploración y explotación minera carbonífera No. 044, con un plazo de ejecución hasta el 3 de julio de 2.035.

El 22 de enero de 2010 las partes demandante y demandada suscribieron el otrosí No. 8 al contrato antes mencionado, mediante el cual modificaban la forma de liquidar y pagar las regalías, con el fin de permitir que el concesionario hiciera las inversiones necesarias para expandir la zona de explotación minera y así poder generar más ingresos para la Nación.

La entidad concedente demanda la nulidad del otrosí No. 8 o en su defecto su revisión porque en el año inmediatamente siguiente a su suscripción los ingresos por concepto de regalías disminuyeron. Esto es, en criterio de la demandante, no se ha cumplido ni se cumplirá la finalidad que motivo la suscripción del otrosí No 8 de 2010, consistente en "garantizar los intereses del Estado, y la viabilidad de expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación de las partes" porque lo que ocurrió no fue un gana-gana; sino un gana-pierde, al producirse una considerable disminución de ingresos para Ingeominas y en consecuencia para los destinatarios de las regalías.

Mientras que para el demandado, el otrosí No. 8 no está viciado de nulidad, en la medida que no solo cumple la finalidad para la que fue celebrado, sino que reúne los demás requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita; y que los efectos económicos del mismo solo pueden estimarse a largo plazo, por tratarse de un contrato de concesión con una duración que se prolonga hasta el 3 de julio del año 2035, luego de la prórroga al contrato inicial.

Así, un punto neurálgico para el análisis radica en el período sobre el cual se calculan las diferencias económicas: en esta parte, el demandante aporta dictamen pericial donde se analiza el lapso del año 2010 a 2011:

La firma del otrosí No. 8 ha determinado cambios sustanciales en los valores dinerarios que paga el contrato 044-89 para el periodo de análisis 2010 – 2011 y que alcanza un valor de USD 88,7 millones de dólares. Un cálculo actualizado a partir del nuevo cálculo de los ponderadores del precio de referencia del otrosí No. 8 determina una diferencia de USD 99,0 millones.

Sin embargo, el demandado sostiene que el periodo de análisis no puede restringirse al año siguiente a la suscripción del otrosí, que es un período relativamente corto dentro del plazo total de ejecución; toda vez que la disminución en las regalías reflejada en ese año siguiente, puede verse compensada en el futuro con la expansión de la producción con mayor extracción y venta de carbón y por consiguiente generando mayores ingresos para la entidad contratante. Para ello, citó el análisis del otro dictamen pericial, en el que se explicó:

El único marco posible desde un punto de vista financiero para determinar las ventajas o deficiencias de un proyecto determinado es durante su vida útil y no en periodos aislados, como lo hizo la firma Valora Consultoría S.A.S. en el estudio aportado con la demanda y por lo cual llegó a conclusiones erradas.

El análisis del impacto de las modificaciones se realizó para los dos primeros años técnicamente no es adecuado. Lo anterior en la medida en que el principal objeto de la modificación es permitir incrementar la producción y, por tanto, los ingresos adicionales por dicho incremento se percibirán a partir de cuándo la expansión ya esté implementada, más no en los primeros años en los que no se ha alcanzado propiamente el tonelaje incremental, ya que una expansión requiere tiempo para que se concrete. Es así como para hacer una expansión primero hay que efectuar las actividades y obras, así como la adquisición de infraestructura y equipos que permitan hacer el desarrollo minero necesario para explotar la totalidad de las reservas y llegar al nuevo nivel de producción anual incremental proyectado. Por lo tanto, hacer una medición parcial no sólo es errada metodológicamente, sino que no tiene significado económico alguno.

Así las cosas, la Sala debe determinar si el otrosí No. 8 al contrato de concesión No. 44 de 1989 está viciado de nulidad "por violar la ley y los fundamentos o motivaciones que le dieron origen, al no garantizar los intereses generales del Estado". Y, en subsidio, deberá determinar si es procedente la revisión del mismo, en tanto "es una modificación lesiva para el interés público".

Problema jurídico.

¿Debe declararse la nulidad del otrosí No. 8 al contrato de concesión No. 44 de 1989 "por violar la ley y los fundamentos o motivaciones que le dieron origen, al no garantizar los intereses generales del Estado"?

En caso de que no se declare la nulidad antes mencionada, ¿es procedente la revisión del otrosí No. 8 al contrato de concesión No. 44 de 1989, en tanto "es una modificación lesiva para el interés público"?

Tesis de la Sala.

En criterio de la Sala deben negarse la totalidad de pretensiones de la demanda, en tanto no está acreditada causal alguna de nulidad del otrosí No. 8 y no es procedente la revisión de éste.

En cuanto a la nulidad, resalta la Sala que en la demanda no se alegó causal alguna de nulidad relacionada con el objeto o causa ilícita, ausencia de consentimiento o de capacidad, o violatoria de alguna norma imperativa, que son las causales de nulidad que contempla el artículo 899 del Código de Comercio, normatividad aplicable a este tipo de contrato. La argumentación tendiente a perseguir la nulidad de dicho negocio jurídico consistió en asegurar que no había dado los resultados económicos esperados en el año siguiente a su suscripción, en tanto se redujeron los ingresos por concepto de regalías; sin embargo, esa no es una causal de nulidad de las que contempla el ordenamiento jurídico. Todo lo contrario, lo que se observó es que el otrosí No. 8 fue el resultado de un acuerdo bilateral realizado después de más de dos años de negociaciones, el cual tiene un objeto y causa lícita, se celebró con la capacidad y consentimiento de las partes y sin violar ninguna norma imperativa.

En cuanto a la revisión del otrosí No. 8 la Sala advierte que, a la luz del artículo 868 del Código de Comercio, ésta no es procedente en tanto no ocurrió circunstancia alguna que fuere extraordinaria o imprevisible, que alterara o agravara la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resultara excesivamente onerosa. En la demanda no se especificó cuál sería tal circunstancia extraordinaria e imprevisible que, en criterio de la entidad concedente, alteró el equilibrio contractual.

La Sala coincide con el dictamen pericial aportado por la demandada, que llega a la misma conclusión del CIADI y del Procurador, en tanto el análisis del estado económico no podía limitarse al periodo 2010 – 2011, pues tratándose de un contrato de concesión minera con un plazo de ejecución de 35 años se requería de un estudio completo y preciso de los efectos económicos, pues era claro que el aumento en el pago de regalías por mayor producción no se vería reflejado inmediatamente suscrito el otrosí No. 8, en tanto el concesionario debía realizar la correspondiente inversión para ampliar la zona de explotación y así aumentar la producción y consecuentemente las regalías que se generarían.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales.

1.1.- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 293 del Código de Minas, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso, en tanto se trata de una controversia contractual referente a un contrato de concesión que tiene por objeto la exploración y explotación de minas, el cual fue celebrado en la ciudad de Bogotá, Notaria 26.

En este punto la Sala aclara que aunque la aquí demandada adelantó proceso de arbitramento contra la República de Colombia⁶ ⁷ ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el cual dio lugar al laudo arbitral proferido el 27 de agosto de 2019⁸, ello no obsta para que esta Sala tenga competencia para conocer de este asunto por las siguientes razones:

- En el contrato objeto de litigio no se pactó cláusula compromisoria alguna. El CIADI conoció del asunto a propósito del Convenio entre Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 [el "Tratado" o el "TBI"], y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966 [el "Convenio del CIADI"], que entró en vigor para Suiza y para Colombia el 6 de octubre de 2009.
- El asunto del que conoció y decidió el CIADI, aunque guarda relación con el que ahora conoce la Sala, es diferente. En aquel, el contratista perseguía que se declarara que la Nación Colombiana había incumplido los Artículos 4(1), 4(2) y 10(2) del Tratado y se

⁶ Este caso se refiere a una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ["CIADI" o el "Centro"] sobre la base de (i) el Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 [el "Tratado" o el "TBI"], y (ii) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966 [el "Convenio del CIADI"], que entró en vigor para Suiza y para Colombia el 6 de octubre de 2009.

⁷ El laudo arbitral fue consultado en: [laudo_español.pdf \(defensajuridica.gov.co\)](#)

⁸ En el año 1995 Glencore adquirió a gran parte de Proceso, por lo que se convirtió en propietaria indirecta de los derechos de concesión sobre la Mina Calenturitas y el Puerto de Prodeco. Glencore es una empresa multinacional de comercio de productos básicos y minería.

ordenara a Colombia continuar con la ejecución y observancia del Otrosí No. 8 y restituir las sumas de dinero que el contratista había tenido que pagar como consecuencia de la condena impuesta en el proceso de responsabilidad fiscal que adelantó la Contraloría. En cambio, en este proceso el Servicio Geológico Colombiano persigue que se declare la nulidad o se revise el otrosí No. 8 del referido contrato de concesión.

- Ahora, aunque el Tribunal de Arbitramento se pronunció respecto a la legalidad del otrosí No. 8, lo hizo al estudiar una excepción propuesta por el Estado Colombiano en su defensa y no porque ese fuera el litigio propuesto con la demanda arbitral.

También es importante resaltar que el estudio de legalidad de dicho otrosí es diferente al que hace esta Sala, en tanto se realizan a la luz de diferentes ordenamientos jurídicos, que contemplan causales de nulidad o ilegalidad diferentes. Sobre el particular, ha de resaltarse, por ejemplo, que en los procesos contenciosos administrativos de los que conoce esta Sala, no tiene cabida como excepción previa la ilegalidad de un contrato estatal, como si lo tiene en el reglamento que rige para el CIADI.

1.2.- Caducidad de la acción.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 señala:

Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Así, la Sala procede a estudiar el término de caducidad de la acción contractual, bajo las normas que regían al momento de la celebración del contrato. En este caso, el artículo 136, ordinal 10, del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establecía que:

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. (...)

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el literal e del numeral 10 del artículo 136 del CCA, no hay caducidad de la acción, en atención a que el otrosí cuya nulidad se persigue se suscribió el 22 de enero de 2010 y la demanda se presentó el 30 de marzo de 2012, previo a haberse adelantado el trámite de conciliación prejudicial entre el 9 de diciembre de 2011 y el 16 de febrero de 2012.

1.3.- Legitimación en la causa.

Las partes demandante y demandada se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva, por ser las partes contratante y contratista en el contrato objeto de litigio.

2.- Argumentación Jurídica.

2.1.- Contrato de concesión minera.

2.1.1.- Régimen jurídico.

De conformidad con el artículo 45 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988, regulado posteriormente en la Ley 685 de 2001), el contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de éste, 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 dicho Código. Este contrato 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.

En cuanto al régimen jurídico de los contratos de concesión minera, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 excluye de manera expresa a los contratos de concesión minera de dicha regulación:

ARTÍCULO 76. DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, **continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable.** Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse. (...)

Así, el artículo 46 del Código de Minas señala que le son aplicables las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales.

A su vez, el artículo 53 del Código de Minas señala que las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no son aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, **validez**, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 de dicho Código. En todas estas materias se debe estar a las disposiciones de dicho Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa.

En línea con lo anterior, el artículo 289 del Código de Minas señala que sólo la Administración, el concesionario, los terceros que acrediten interés directo y el Ministerio Público pueden pedir que se declare la inexistencia o nulidad del contrato de concesión minera, en las condiciones y con los requisitos señalados en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a través de la acción de controversias contractuales.

2.1.2.- Causales de nulidad del contrato de concesión minera.

Ahora, en cuanto a las causales de nulidad, el artículo 899 del Código de Comercio establece:

ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Causales de nulidad que guardan coherencia con los requisitos de existencia y validez de un negocio jurídico, contemplados en el artículo 1502 del Código Civil: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.

En cuanto a la capacidad, el artículo 17 del Código de Minas señala:

ARTÍCULO 17. CAPACIDAD LEGAL. La capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras.

Cuando Uniones Temporales reciban concesiones deberán constituirse en figura societaria, con la misma participación que se derive de la propuesta presentada.

También podrán presentar propuestas y celebrar contratos de concesión los consorcios, caso en el cual sus integrantes responderán solidariamente de las obligaciones consiguientes.

En cuanto al consentimiento, el artículo 1508 del Código Civil señala como vicios del consentimiento:

- El error de hecho, respecto del cual los artículos 1510 a 1512 señalan:

ARTICULO 1510. ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

ARTICULO 1511. ERROR DE HECHO SOBRE LA CALIDAD DEL OBJETO. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

ARTICULO 1512. <ERROR SOBRE LA PERSONA>. El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

- La fuerza, respecto de la cual el artículo 1513 del Código Civil señala que no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.
- El dolo, respecto del cual el artículo 1515 del Código Civil señala que no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En cuanto al objeto, el artículo 1519 del Código Civil indica que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación.

Finalmente, en cuanto a la causa, el artículo 1524 del Código Civil señala que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero que no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

2.1.3.- Revisión del contrato de concesión minera.

Ahora, en cuanto a la revisión del contrato de concesión minera, la cláusula 39.7 del referido contrato señaló lo siguiente:

39.7. Revisión del contrato. De acuerdo con el artículo 59 del Código de Minas, los contratos mineros se entienden celebrados sobre bases de equidad y se ejecutan de acuerdo con la forma y términos convenidos. Por lo tanto, cuando durante el desarrollo de este contrato sobrevengan el caso fortuito, la fuerza mayor o circunstancias graves e imprevisibles de orden técnico o económico que hagan imposible o demasiado gravoso el cumplimiento de lo pactado, podrá cualquiera de las partes pedir su revisión. El procedimiento para revisión será el señalado en el Código de Comercio.

En línea con lo anterior, el artículo 868 del Código de Comercio establece:

ARTÍCULO 868. <REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS>. 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 le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Lo anterior quiere decir que la revisión de un contrato sólo procede cuando, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, se presenten condiciones (i) extraordinarias, (ii) imprevistas o (iii) imprevisibles que alteren o agraven el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes al punto de resultar excesivamente oneroso.

2.2.- Carga de la prueba en los procesos en los que se persigue la nulidad de actos administrativos y/o de contratos estatales.

Respecto a este tipo de normas, el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo estableció:

Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.

En concordancia con lo anterior, el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil señala:

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

Así las cosas, forzoso es concluir que la carga de la prueba en los procesos de nulidad de carácter contractual se encuentra a cargo del demandante, quien debe acreditar las causales de nulidad alegadas contra el acto administrativo o contrato demandado.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

A continuación se relacionan los diferentes elementos materiales probatorios que obran en el

proceso y que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

- 1.1.** Escritura 319 del 21 de febrero de 1989 de la Notaria 26 de Bogotá, en la que Carbones de Colombia S.A. EICE y C.I. Prodeco celebraron el contrato No. 044 de exploración, explotación minera carbonífera con las siguientes cláusulas (carpeta digital 022.2):

(...) CLÁUSULA SEGUNDA.- Objeto del contrato: El objeto de este contrato es la exploración, construcción y montaje, y explotación de un proyecto carbonífero en el área contratada descrita en la cláusula tercera de este contrato, 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. 002657 de 10 de octubre de 1977, aporte No. 871.

(...) CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.- Duración máxima: El presente contrato tendrá una duración de 30 años contados a partir de la fecha efectiva, a menos que se dé por terminado con anterioridad, según lo establecido en la cláusula 25.

- 1.2.** Otrosí No. 1 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera, celebrado mediante escritura 1481 el 7 de junio de 1991, por medio del cual se modificó la cláusula tercera del contrato, que hacía referencia al área contratada (carpeta digital 022.2).
- 1.3.** Otrosí No. 2 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera, celebrado el 6 de diciembre de 1995, por medio de la cual se modificó la cláusula 36.4 del contrato, relacionada con la subcontratación durante los periodos de exploración, construcción, montaje y explotación (carpeta digital 022.2).
- 1.4.** Otrosí No. 3 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera, celebrado el 6 de marzo de 2001, mediante el cual se modificó el contrato en diversos aspectos (carpeta digital 022.2):

Modificar el Contrato No. 044-89, el cual se registrá por las siguientes cláusulas:
PRIMERA: OBJETO.- 1.1. El presente contrato tiene por objeto la realización por parte de EL CONTRATISTA de un proyecto carbonífero de Gran Minería, con destino primordial a los mercados de exportación, en sus etapas de: a) Exploración hasta Factibilidad, y b) Explotación, en el área contratada e inscrita en el Registro Minero Nacional denominada CALENTURITAS, descrita en el numeral 1.3. 1.2. EL CONTRATISTA se sujetará a

(...)

estos requerimientos. **DÉCIMA CUARTA: REGALÍAS E IMPUESTOS DE LEY.-** 14.1. **Regalías:** Durante el período de explotación y para una producción anual de hasta tres (3) millones de toneladas, EL CONTRATISTA pagará a MINERCOL como regalías, por

cada tonelada del proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el periodo de explotación, un porcentaje del precio FOB de referencia en puerto colombiano, que variará si EL CONTRATISTA solicita y el gobierno le otorga los beneficios del Plan Vallejo, de acuerdo con la siguiente tabla:

AÑO DEL PERIODO DE EXPLOTACION	% DE REGALIAS	
	SIN PLAN VALLEJO	CON PLAN VALLEJO
Primero y Minería Anticipada	5.0	6.0
Segundo	5.5	6.5
Tercero	6.0	7.0
Cuarto	6.5	7.5
Quinto y subsiguientes	7.6	8.6

PARÁGRAFO: Si la producción real anual de carbón es mayor a tres (3) millones de toneladas, EL CONTRATISTA pagará a MINERCOL, en forma proporcional al volumen de producción anual y adicional a lo establecido en la tabla anterior, un porcentaje igual al cociente que resulte de dividir la diferencia entre el tonelaje real exportado anualmente y tres (3) millones de toneladas por un (1) millón de toneladas. 14.2. Las regalías a las que se refiere la cláusula 14.1 será pagada por EL CONTRATISTA a MINERCOL anticipadamente a la fecha en la cual se haga la venta de carbón. Las toneladas de carbón de EL CONTRATISTA se considerarán vendidas en la fecha en que sean embarcadas en un buque para transporte desde Colombia. 14.3. Para fines del cálculo de las regalías que deba ser pagada bajo la Cláusula 14.1, el precio FOB de referencia en puerto colombiano de una tonelada de carbón de cualquier grado, vendida durante cualquier mes en el periodo de explotación se determina como el mayor valor entre: a) El precio FOB puerto colombiano promedio ponderado del trimestre para el carbón exportado proveniente del área contratada, suministrado por EL CONTRATISTA a MINERCOL, mediante copia de certificados oficiales, como los expedidos por la DIAN y copia de los certificados de los inspectores independientes de cada embarque, y b) El precio FOB puerto colombiano promedio ponderado para el carbón térmico colombiano exportado durante el mismo trimestre, ajustado proporcionalmente por poder calorífico, para hacerlo comparable al carbón exportado del área contratada. La información sobre estos precios será la publicada en la tabla "Current Steam Coal Price Table", de la revista "Coal Week International", publicada por "The McGraw Hill Companies" en New York, Estados Unidos de América. Los ajustes definitivos en los datos de dicha publicación serán considerados para ajustar anualmente el valor de las regalías. 14.4. Con el fin de determinar el poder calorífico del carbón vendido, se tomarán muestras de acuerdo con los estándares ASTM u otros estándares internacionales similares, según sea requerido para efectos de ventas. La muestra final para cada embarque será tomada y analizada por un

inspector independiente, debidamente calificado en muestreo y análisis de carbón, para determinar el poder calorífico y otros parámetros requeridos. Los resultados de prueba de poder calorífico serán enviados directamente a MINERCOL por parte de EL CONTRATISTA, tan pronto como el inspector los tenga disponibles y a más tardar dentro de los quince (15) días calendario siguientes al respectivo embarque. El laboratorio del inspector retendrá una muestra gemela representativa. Si hay desacuerdo entre EL CONTRATISTA y MINERCOL sobre el análisis, esta muestra reservada se enviará a un tercer laboratorio aceptable para ambas partes. El costo de este análisis será sufragado por igual por ambas partes y los resultados se considerarán definitivos. MINERCOL podrá tener un representante durante el muestreo y análisis. Previa solicitud de MINERCOL, EL CONTRATISTA le enviará una muestra representativa de cada embarque. Los sistemas y equipos de muestreo deben cumplir con lo establecido en el Anexo No. 2. 14.5. Anualmente, durante el primer trimestre de cada año, se hará los ajustes correspondientes a la liquidación de las regalías pagadas durante el año anterior, teniendo en cuenta la producción real de carbón para ese mismo año y los precios FOB de referencia que se establezcan en forma definitiva para cada embarque o período, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14.3. 14.6. EL CONTRATISTA declara que cumplirá conforme con la Ley con cualquier impuesto o gravamen del orden nacional, departamental o municipal que se derive la actividad que realiza, siempre y cuando sean aplicables. Los anteriores conceptos no son base para la determinación del impuesto de timbre. 14.7. Las regalías tasadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, se pagarán en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado vigente, o la que haga sus veces, a la fecha en que se efectúe el pago. **PARÁGRAFO:** Las partes han acordado incluir como Anexo No. 9. un ejemplo ilustrativo de la forma como se aplica lo dispuesto en esta cláusula, en relación con las regalías. **DÉCIMA QUINTA: OTRAS CONTRAPRESTACIONES ECONÓMICAS.-** EL CONTRATISTA se obliga a pagar las siguientes contraprestaciones: 15.1. **Compensación por Ingresos Brutos:** 15.1.1. Esta compensación se pagará por trimestres vencidos de forma simultánea con la regalía legal, en formulario separado y estará basada el precio FOB de referencia en puerto colombiano definido en el numeral 14.3. y las toneladas exportadas en el trimestre calendario. 15.1.2. Además de las regalías de que trata la cláusula 14, durante el período de explotación, EL CONTRATISTA pagará a MINERCOL como compensación por ingresos brutos, por cada tonelada del proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación, de acuerdo con la siguiente tabla:

TABLA PARA EL CALCULO DE COMPENSACIÓN POR INGRESOS BRUTOS

A	B	C	D
Precio FOB US\$/ton	Precio Base US\$/ton	% aplicable a diferen.	Monto Fijo US\$/ton

Código: 14/0001/000

Columna A	Columna B	Columna C	Columna D
40 ≤ FOB < 45	40		
45 ≤ FOB < 50	45	1.5	
50 ≤ FOB < 55	50	7.5	0.25
55 ≤ FOB < 60	55	11.0	0.55
FOB > 60	60	12.5	1.05

GRUPO DE PARTICIPACION CIUDADANA
 COMUNICACIONES
 DIRECCION GENERAL

La compensación por ingresos brutos se calcula de la siguiente manera : Se establece el precio FOB según lo definido en la Cláusula 14, numeral 14.3.; se ubica en la Tabla para el cálculo de la compensación por ingresos brutos, en adelante llamada LA TABLA, el precio FOB según el rango establecido en la columna A; se determina la diferencia entre el precio FOB y el precio base definido en la Columna B de LA TABLA, correspondiente al rango establecido anteriormente; al resultado así obtenido, se le aplica el porcentaje definido en la columna C de LA TABLA, correspondiente al rango inicialmente establecido; el valor anteriormente calculado se adiciona con el monto fijo definido en la Columna D de LA TABLA, correspondiente al rango inicialmente establecido; la suma así obtenida es el valor que EL CONTRATISTA deberá pagar a MINERCOL por cada tonelada del proyecto vendida, como compensación por ingresos brutos. El procedimiento anteriormente descrito corresponde a la siguiente fórmula: Para cada rango de la Columna A de LA TABLA, Compensación por ingresos brutos = D + C * (FOB - B), donde: D = Monto fijo en US\$ corrientes/tonelada; C = Porcentaje aplicable a la diferencia entre el precio FOB y el precio base; FOB = Precio de referencia en puerto colombiano definido en el numeral 14.3.; B = Precio base en US\$ corrientes/tonelada.

15.1.3. La forma de pago y la liquidación definitiva de la compensación por ingresos brutos se sujeta a lo establecido en las Cláusulas 14.2, 14.3 y 14.4 del presente contrato. PARÁGRAFO: Las partes han acordado incluir como Anexo No. 9. un ejemplo ilustrativo de la forma como se aplica lo dispuesto en esta cláusula, en relación con la compensación por ingresos brutos.

15.2. Canon Superficialario.- Durante la etapa de Exploración, EL CONTRATISTA pagará a MINERCOL como canon superficialario, una suma equivalente al ocho por ciento (8%) del salario mínimo legal mensual por hectárea contratada y por año. Este pago se realizará por anualidades anticipadas, dentro del mes siguiente a la fecha de iniciación de cada año contractual. No habrá lugar a reembolso de las sumas canceladas en un año, cuando en el mismo, se reduzcan las áreas de acuerdo con lo establecido en la cláusula novena o se inicie anticipadamente la etapa formal de explotación de acuerdo con lo establecido en este contrato.

15.3. Derechos a favor de terceros - Desarrollo Regional.-

15.3.1. EL CONTRATISTA contribuirá con las entidades territoriales y/o la comunidad, en el desarrollo regional del área de influencia de la operación minera, con un aporte total de **TRES MILLONES CIENTO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

0010940

(US\$3'000.100.00), la cual será invertida, anualmente, en los siguientes términos y cantidades: primer año US\$300.000.00, segundo y tercer años US\$200.000.00 cada uno y años cuarto al dieciocho US\$153.340.00 cada uno. Se entiende por primer año para efectos de esta cláusula, los doce meses siguientes a la fecha de perfeccionamiento del presente contrato, a partir del cual se contarán los años siguientes. 15.3.2. El propósito de tales inversiones es el de contribuir a la satisfacción de necesidades básicas de los municipios en los cuales está localizada el área contratada, teniendo en cuenta para su ejecución, los proyectos que se encuentren contemplados o se incorporen en los Planes de Desarrollo adoptados por los entes territoriales y organismos regionales competentes, identificados conjuntamente con MINERCOL. 15.3.3. Para verificar el cumplimiento de la obligación establecida en este numeral, las sumas invertidas por EL CONTRATISTA en un año calendario, se convertirán a dólares de los Estados Unidos de América, a la tasa representativa del mercado o la que haga sus veces, vigente a la fecha en que se haya efectuado el correspondiente pago o abono en cuenta. Copia de las constancias de pago o abono en cuenta, serán remitidas por EL CONTRATISTA a MINERCOL dentro de los dos primeros meses siguientes a la finalización del respectivo año. 15.3.4. En el evento de que MINERCOL determine la existencia de saldos no invertidos en un año determinado sin la debida justificación, EL CONTRATISTA deberá efectuar la inversión faltante en el año siguiente, junto con los intereses establecidos en el numeral 15.4. siguiente. Para efectos de la realización de la inversión faltante, la suma determinada se ajustará multiplicándose por uno punto doce (1.12). El valor así establecido, se adicionará al valor de la inversión que EL CONTRATISTA hará en el respectivo año, de acuerdo con lo establecido en el numeral 15.3.1. 15.4. Intereses moratorios: Sin perjuicio de las sanciones por incumplimiento, en caso de mora en los pagos mencionados en esta cláusula, EL CONTRATISTA pagará el máximo interés legal permitido sobre las sumas dejadas de pagar o de invertir. 15.5. Las contraprestaciones económicas tasadas en dólares de los Estados Unidos de América, se pagarán en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado vigente, o la que haga sus veces, a la fecha en que se efectúe el pago. **DÉCIMA SEXTA: CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO.-** 16.1. EL CONTRATISTA se obliga a mantener y conservar el área contratada durante el término de duración del contrato y hasta su correspondiente liquidación, de conformidad con la viabilidad ambiental otorgada, el Programa de Exploración Geológica (P.E.G.) y el Programa de Trabajos e Inversiones (P.T.I.) que aprueben las autoridades en lo de su competencia. 16.2. Al efecto, EL CONTRATISTA deberá realizar todas las obras tendientes a preservar el área contratada y a evitar su deterioro, así como a mantener en buen estado las obras e instalaciones. 16.3. Igualmente, deberá realizar todas aquellas obras que garanticen el buen manejo ambiental del área contratada y cumplir con todas las normas que regulan la conservación de los

contrato. **39.7. Revisión del Contrato.** - De acuerdo con el artículo 59 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, los contratos mineros se entienden celebrados sobre bases de equidad y se ejecutan de acuerdo con la forma y términos convenidos. Por lo tanto, cuando durante el desarrollo de este contrato sobrevengan el caso fortuito, la fuerza mayor, o circunstancias graves e imprevisibles de orden técnico o económico que hagan imposible o demasiado gravoso el cumplimiento de lo pactado, podrá cualquiera de las partes pedir su revisión. El procedimiento para revisión será el señalado en el Código de Comercio.

(...)

- 1.5.** Otrosí No. 4 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera, celebrado el 15 de agosto de 2001, en el que se modificó la cláusula cuarta relacionada con la duración del contrato, modificando el plazo para exploración hasta factibilidad y el plazo para la explotación (carpeta digital 022.2).
- 1.6.** Otrosí No. 5 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera, celebrado el 15 de diciembre de 2004, mediante el cual aclaró la aplicación de la tabla que contenía % de regalías sin plan vallejo y % de regalías con plan vallejo del numeral 14.1 de la cláusula décima cuarta del otrosí No. 3 (carpeta digital 022.2).
- 1.7.** Otrosí No. 6 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera, celebrado el 15 de diciembre de 2005, mediante el cual se modificó nuevamente el numeral 14.3 del otrosí No. 3 relacionado con las regalías (carpeta digital 022.2).
- 1.8.** Otrosí No. 7 al contrato de exploración, explotación minera, celebrado el 15 de febrero de 2007, mediante el cual se modificó el plazo para la explotación hasta el 3 de julio de 2035 y se modificó la cláusula 14 del otrosí No. 3 (carpeta digital 022.2).
- 1.9.** Otrosí No. 8 al contrato de exploración, explotación minera carbonífera celebrado el 22 de enero de 2010, mediante el cual se modificó la cláusula 14 y 15 del contrato así (carpeta digital 022.2):

CONSIDERANDO

1. Que el 21 de febrero de 1989, se suscribió entre Carbones de Colombia S.A. - CARBOCOL S.A. y EL CONTRATISTA, el Contrato No. 044/89, el cual fue elevado a escritura pública No. 319 del 21 febrero de 1989 de la Notaria 26 del Círculo de Bogotá, para la explotación de un yacimiento de carbón ubicado en jurisdicción de los municipios de Becerril, El Paso y La Jagua de Ibirico, departamento del Cesar. Dicho proyecto se clasificó dentro del rango de gran minería.
2. Que en su ejecución, el contrato ha sido modificado mediante los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del 7 de junio de 1991, 6 de diciembre de 1995, 6 de marzo de 2001, 15 de agosto de 2001, 15 de diciembre de 2004, 15 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2007, respectivamente.
3. Que con fecha del 21 de mayo de 2009 EL CONTRATISTA y LA AUTORIDAD MINERA suscribieron un acuerdo de compromiso respecto de la interpretación sobre el precio aplicable al ajuste trimestral del pago de regalías en el Contrato 044/89, así como sobre otros temas mencionados en dicho acuerdo de compromiso (en adelante el "Acuerdo de Compromiso").
4. Que en el Acuerdo de Compromiso las partes pactaron una etapa de arreglo directo cuya duración fue inicialmente establecida en noventa (90) días calendario contados a partir de la fecha en que EL CONTRATISTA efectuara el pago al que se refiere el numeral 1 del Acuerdo de Compromiso. Este término fue prorrogado en varias oportunidades siendo el vencimiento del término de la etapa de arreglo el 9 de diciembre de 2009.

5. Que durante la etapa de negociación directa antes mencionada las Partes discutieron los temas objeto del Acuerdo de Compensación, luego de haber contemplado las distintas propuestas y contrapropuestas, a través de las partes llegaron a un acuerdo sobre los puntos objeto de la negociación así: No modificar las contraprestaciones del contrato inicial, por lo cual se acordó establecer un límite al porcentaje de regalía a pagar para los tonelajes que se produzcan por encima de ocho millones (8.000.000) de toneladas anuales, de manera que sea factible la expansión del proyecto; igualmente se acordó actualizar los valores de las columnas A y B de la Tabla de Compensación por Ingresos Brutos; se decidió aclarar la aplicación de la fórmula de Regalía Adicional y se determinó como índice para la fijación del precio de referencia el ICR INTERNATIONAL COAL REPORT con una fórmula de aplicación de rezagos revisable y ajustable en cada anualidad que refleje la realidad del comportamiento del índice frente a las ventas del CONTRATISTA.

6. Que con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes.

En consecuencia de lo anterior, INGEOMINAS y EL CONTRATISTA

ACUERDAN

PRIMERO: Modificar el numeral 14.1 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 044/89, el cual quedará de la siguiente manera:

DÉCIMA CUARTA.- REGALIAS E IMPUESTOS DE LEY.- 14.1 Regalías: Durante el período de explotación, EL CONTRATISTA pagará a la AUTORIDAD MINERA una regalía por la producción y exportación de carbón del área contratada de hasta tres (3) millones de toneladas al año, equivalente al siete punto seis por ciento (7.6%) del precio FOB de referencia, porcentaje que se incrementará a ocho punto seis por ciento (8.6%) si EL CONTRATISTA solicita y el gobierno otorga beneficios del Plan Vallejo.

PARÁGRAFO 1.: Si la cantidad de toneladas de carbón del área contratada exportada y/o vendida localmente en el año contractual es mayor a tres (3) millones de toneladas e inferior a ocho (8) millones de toneladas, EL CONTRATISTA pagará a LA AUTORIDAD MINERA una regalía adicional a la establecida en el numeral 14.1, que será liquidada con un porcentaje igual al cociente que resulte de dividir la diferencia entre la cantidad de toneladas de carbón del área contratada exportada y/o vendida localmente en el año contractual y tres (3) millones de toneladas en un (1) millón de toneladas.

$$\% = \frac{(TEV - 3.000.000) / 1.000.000}{100}$$

TEV es la cantidad de toneladas exportadas y/o vendidas localmente en el año contractual correspondiente.

En consecuencia, cuando la cantidad de carbón del área contratada exportada y/o vendida localmente durante un año contractual sea entre tres millones (3.000.000) de toneladas y ocho millones (8.000.000) de toneladas, EL CONTRATISTA pagará sobre la cantidad total de carbón del área contratada exportada y/o vendida localmente, la regalía básica establecida en

el numeral 14.1 anterior más el porcentaje que resulte del cálculo de la aplicación de la fórmula anterior, sobre el precio de venta general

PARÁGRAFO 2. Si la cantidad de toneladas de carbón del área contratada exportada y/o vendida localmente durante un año contractual supera los ocho (8.000.000) millones de toneladas, se causará un incremento de la regalía adicional en forma escalonada, a prorrata, en uno por ciento (1%) para el primer millón de toneladas adicional a ocho millones (8.000.000) de toneladas, en dos por ciento (2%) para el segundo millón de toneladas adicional, en tres por ciento (3%) para el tercer millón de toneladas adicional y así sucesivamente.

En consecuencia, la regalía adicional a pagar por la cantidad de toneladas de carbón del área contratada exportada y/o vendida localmente durante un año contractual que supere los ocho millones una (8.000.001) toneladas, se determinará mediante la aplicación de la siguiente tabla:

Incremento de la Regalía Adicional por encima de 8.000.000 toneladas			
Rango inferior de TEV	Rango superior de TEV	Porcentaje mínimo de Regalía Adicional para cada millón de toneladas en exceso de 8 MTA	Porcentaje máximo de Regalía Adicional para cada millón de toneladas en exceso de 8 MTA
A	B	C	D
8.000.001	9.000.000	0.000001%	1.000000%
9.000.001	10.000.000	1.000001%	2.000000%
10.000.001	11.000.000	2.000001%	3.000000%
11.000.001	12.000.000	3.000001%	4.000000%
12.000.001	13.000.000	4.000001%	5.000000%
13.000.001	14.000.000	5.000001%	6.000000%
14.000.001	15.000.000	6.000001%	7.000000%

A manera de ejemplo para una TEV de 14.352.000 millones de toneladas, la regalía adicional aplicable a los 352.000 toneladas correspondientes al rango de 14.000.001 a 15.000.000 se calcula de la siguiente manera:

$$\% = ((14.352.000 - 8.000.000) / 1.000.000) / 100 = 6,352\%$$

(Dicho porcentaje de 6,352% determina la regalía adicional para las 352.000 toneladas producidas en el rango entre 14.000.001 y 15.000.000 de toneladas).

En dicho ejemplo, la aplicación a prorrata no será necesaria para cada millón de toneladas por encima de 8.000.001 millones de toneladas y hasta llegar al rango entre 13.000.001 y 14.000.000, a los cuales se aplicarán los porcentajes establecidos en la columna D de la tabla anterior para cada uno de los rangos.

PARÁGRAFO 3. EL CONTRATISTA podrá destinar hasta el 15% de su producción anual para ventas destinadas al consumo nacional. En este caso las regalías pagaderas serán las aplicables de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 16 de la Ley 756 de 2002 o la que la sustituya y de acuerdo con el precio base de liquidación en boca de mina fijado por la UPME o la entidad que la sustituya. En ningún caso, se podrá vender en una anualidad más del 15% de la producción correspondiente al mismo período. Si

EL CONTRATISTA, llegare a vender en una cantidad mayor del porcentaje al que se refiere este parágrafo se dará aplicación a la cláusula trigésima quinta del otrosí 3 y adicionalmente, EL CONTRATISTA debe el exceso de carbón vendido para consumo nacional, las regalías establecidas en la Cláusula Décima Cuarta del contrato para el carbón exportado. En ningún caso, el comprador del carbón regulado bajo este parágrafo podrá exportarlo, para lo cual EL CONTRATISTA responderá por cualquier perjuicio que se causare.

PARÁGRAFO 4. Si el carbón del área contratada es vendido en el mercado nacional pero con destino a la exportación, EL CONTRATISTA deberá cumplir integralmente con lo señalado en la cláusula Décima Cuarta para el carbón exportado y en consecuencia, dicha venta no se registrará como una venta para el consumo nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que en la negociación con su comprador EL CONTRATISTA de aplicación al artículo 11 del decreto 600 de 1996 o la norma que lo sustituya o modifique.

SEGUNDO: Modificar el numeral 14.2 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 044/89, el cual quedará de la siguiente manera:

14.2 Oportunidad de Pago. La regalía a la que se refiere el numeral 14.1 deberá pagarse de forma mensual, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de cada mes calendario a la tasa representativa de cambio del día del pago. En el evento en que el pago se efectuó por fuera del plazo indicado anteriormente, el mismo deberá efectuarse a la Tasa Representativa de cambio más alta que se hubiera presentado entre el primer día hábil en que debió efectuarse el pago y el día en que este se efectúe. Para tales fines, se deberá efectuar la liquidación mensual de regalías, correspondiente a los embarques despachados en el mes de liquidación, de conformidad con la fecha de los certificados de embarque.

La regalía a la que se refieren los parágrafos 1 y 2 del numeral 14.1 anterior deberá pagarse anualmente, dentro del mes siguiente al vencimiento de cada año contractual.

La regalía a la que se refieren los parágrafos 3 y 4 se pagará de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley.

TERCERO: Modificar el numeral 14.3 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 044/89, el cual quedará de la siguiente manera:

14.3 Procedimiento para el cálculo de las Regalías. Para el cálculo de las regalías de que trata el numeral 14.1 se tomará el precio FOB de referencia determinado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PdeR_{(m)} = AxICR_{(m-3)} + BxICR_{(m-6)} + CxICR_{(m-9)} + DxICR_{(m-12)} + ExICR_{(m-15)} + FxICR_{(m-18)}$$

Donde:

A, B, C, D, E y F Corresponden a los porcentajes que determine el auditor independiente de que trata el presente numeral 14.3, los cuales serán revisados anualmente.

PdeR_(m)	PRECIO DE PARTICIPACIONES CIUDADANAS Precio de Referencia en US\$ por tonelada métrica a 11,340 BTU/lb, aplicable a los meses DIRECCION GENERAL
ICR_(m)	Es el precio mensual de carbón térmico en US\$ por tonelada métrica a 6,300 kcal/kg (que en la fórmula acordada se considerará equivalente a 11,340 BTU/lb) publicado por Platts al final de cada mes m-x indicado en la fórmula anterior en el reporte International Coal Report ("ICR") bajo el índice FOB Bolívar para ventas a noventa (90) días.
m	Es el mes en el que se efectuó el embarque de carbón objeto del pago de regalías correspondientes.

El precio así determinado se ajustará al poder calorífico de cada embarque del área contratada efectuado durante el mes m . Para ello se tomará el poder calorífico certificado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14.5 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato.

Los porcentajes aplicables a la fórmula anterior, identificados como A, B, C, D, E y F, serán establecidos anualmente, a más tardar el 15 de enero de cada año. Para el efecto, LA AUTORIDAD MINERA escogerá a más tardar el 31 de octubre un auditor, de una lista conformada por cuatro firmas de auditoría independientes de reconocimiento internacional que tengan representación en Colombia, propuestas por EL CONTRATISTA, para establecer el comportamiento real de las exportaciones de carbón del área contratada durante el año inmediatamente anterior, para determinar los porcentajes identificados como A, B, C, D, E y F de la fórmula anterior. Con base en los porcentajes así determinados, se ajustará el valor pagado por regalía básica en el año inmediatamente anterior a los porcentajes reales del comportamiento de las exportaciones del CONTRATISTA determinados por el auditor; fórmula que se utilizará para el cálculo de las regalías de la siguiente anualidad. Dicha firma será contratada y pagada por EL CONTRATISTA y deberá cumplir con los términos de referencia exigidos por EL CONTRATISTA, los cuales deberán ser previamente aprobados por la AUTORIDAD MINERA. Para tales efectos, a más tardar el 30 de septiembre de cada año EL CONTRATISTA deberá someter los mismos a la aprobación de la AUTORIDAD MINERA, así como la lista de las cuatro firmas de auditoría propuestas.

Para el efecto, EL CONTRATISTA permitirá al auditor la revisión de los documentos de exportación y venta local, tales como conocimientos de embarque, contratos de compraventa, confirmación comercial de los embarques o cualquier documento que el auditor requiera para establecer las fechas en que fueron celebrados los contratos de venta de carbón del área contratada. El auditor deberá suscribir un Acuerdo de Confidencialidad sobre la información que EL CONTRATISTA le entregue.

La diferencia entre el valor pagado mensualmente de regalía básica durante el año inmediatamente anterior y el valor que resulte de la aplicación de los porcentajes determinados por el auditor, identificados como A, B, C, D, E y F en la fórmula anterior, en caso de ser a favor del CONTRATISTA, será deducida del próximo pago de regalía básica (o de los pagos siguientes hasta que se cubra la diferencia total, si la diferencia es superior al valor a pagar en el siguiente mes). En caso de ser a favor de LA AUTORIDAD MINERA, EL CONTRATISTA pagará la diferencia en el término para pagar las regalías del siguiente mes.

Si por cualquier circunstancia la firma de auditoría no ha emitido su concepto a la fecha del próximo pago de regalías, se continuará pagando las regalías con base en los porcentajes A, B, C, D, E y F del año anterior y una vez se haya obtenido el concepto, se efectuará una liquidación retroactiva del tiempo transcurrido entre el 1 de enero y la fecha en que se haya hecho el último pago de regalías antes de obtenerse el concepto. Dicho pago deberá efectuarse dentro de la oportunidad de pago de las regalías del mes siguiente de la emisión del concepto.

Periodo de Transición: Toda vez que la aplicación de la fórmula indicada en el presente otrosí, implicaría la utilización de índices anteriores a la fecha de suscripción del mismo, se hace necesario establecer un periodo de transición. Por lo tanto entre la fecha de inicio de vigencia del presente otrosí y el 31 de diciembre de 2010, el cálculo de las regalías de que trata el numeral 14.1 se hará tomando como precio FOB de referencia el resultado de la siguiente fórmula:

$$PdeR_{(m)} = 0.3333 \times ICR_{(m-3)} + 0.3333 \times ICR_{(m-6)} + 0.3334 \times ICR_{(m-9)}$$

El precio así determinado se ajustará al poder calorífico de cada embarque del mes (m) . Para ello se tomará el poder calorífico certificado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14.5 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato. Dicho precio para el periodo de transición no será objeto de ajuste retroactivo con base en el concepto de la auditoría que se emita en enero de 2011; por lo que el primer ajuste retroactivo al que se refiere este numeral 14.3 se efectuará con base en el concepto de la auditoría que se emita en enero de 2012.

CUARTO: Modificar el numeral 14.4 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 044/89, el cual quedará de la siguiente manera:

14.4 Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la terminación de cada mes calendario, EL CONTRATISTA enviará a LA AUTORIDAD MINERA los siguientes documentos relacionados con el pago de regalías del mes inmediatamente anterior: (a) copia de los certificados emitidos por el certificador independiente especificando calidad y cantidad del total del carbón embarcado, (b) copia de la autorización de embarque expedida por la DIAN, (c) copia del comprobante de pago de las regalías, y (d) adicionalmente, cuando se trate de embarques de carbón en los que el carbón del área contratada haya sido mezclado con carbón de otras fuentes, se deberá enviar, (1) copia del certificado de calidad emitido por el certificador independiente correspondiente al análisis de calidad efectuado sobre el carbón del área contratada a ser embarcado, antes de la mezcla, el cual deberá acreditarse consecutivamente en el orden en el cual el carbón certificado es exportado y (2) reporte de inventarios en el cual conste la cantidad de carbón del área contratada contenida en el embarque respectivo. El informe de inventario deberá contener la siguiente información (a) inventario inicial de carbón del área contratada en el lugar de almacenamiento antes de efectuar cualquier mezcla, (b) cantidad exportada del área contratada, y (c) inventario de carbón del área contratada en el lugar de almacenamiento después de la mezcla.

QUINTO: Modificar la Cláusula Cuadragésima Tercera del Otrosí 3 al Contrato 044/89 para eliminar el Anexo 9 (Ejemplo de aplicación de la fórmula para el cálculo de las regalías y compensación por ingresos brutos) y eliminar el Anexo 9A (Procedimiento para el cálculo de las regalías a cargo del Contratista) incluido en el Contrato 044/89 en virtud del Otrosí 6 al Contrato 44/89.

SEXTO: Modificar el numeral 15.1 del contrato No. 044/89, el cual quedará de la siguiente manera:



“15.1 Compensación por Ingresos Brutos. 15.1.1 EL CONTRATISTA pagará a LA AUTORIDAD MINERA una Compensación por Ingresos Brutos por cada tonelada de carbón vendida del área contratada, la cual se calculará de la siguiente forma:

A Precio FOB US\$/t	B Precio Base US\$/t	C % Aplicable a diferencia	D Monto Fijo US\$/t
59.94 ≤ FOB < 67.43	59.94	1.0%	\$0.00
67.43 ≤ FOB < 74.93	67.43	1.5%	\$0.10
74.93 ≤ FOB < 82.42	74.93	7.5%	\$0.25
82.42 ≤ FOB < 89.91	82.42	11.0%	\$0.55
FOB > 89.91	89.91	12.5%	\$1.05

• Se usaran siempre dos decimales

La Compensación por Ingresos Brutos se calcula de la siguiente manera: Se establece el precio FOB según lo definido en la Cláusula Décima Cuarta, numeral 14.3; se ubica en la Tabla para el cálculo de la Compensación por Ingresos Brutos, en adelante llamada LA TABLA, el precio FOB según el rango establecido en la columna A; se determina la diferencia entre el precio FOB y el precio base definido en la columna B de LA TABLA, correspondiente al rango establecido anteriormente; al resultado así obtenido, se le aplica el porcentaje definido en la columna C de LA TABLA, correspondiente al rango inicialmente establecido; el valor anteriormente calculado se adiciona con el monto fijo definido en la columna D de LA TABLA, correspondiente al rango inicialmente establecido; la suma así obtenida es el valor que EL CONTRATISTA deberá pagar a LA AUTORIDAD MINERA por cada tonelada del proyecto vendida, como compensación por ingresos brutos.

El procedimiento anteriormente descrito corresponde a la siguiente fórmula: Para cada rango de la columna A de LA TABLA, Compensación por Ingresos Brutos = D + C * (FOB - B), donde: D = Monto fijo en US\$ corrientes/tonelada; C = Porcentaje aplicable a la diferencia entre el precio FOB y el precio base; FOB = Precio de referencia definido en el numeral 14.3 de la cláusula Décima Cuarta; B = Precio base en US\$ corrientes/tonelada.

15.1.2 Los valores incluidos en las columnas A y B de la tabla indicada en el numeral 15.1.1 anterior se ajustarán dentro de los primeros diez (10) días hábiles de enero de 2010, de acuerdo con la variación entre el Índice de Precios al Consumidor publicado por el DANE, o la entidad que la reemplace o sustituya, para el mes de diciembre de 2009 y el Índice de Precios al Consumidor publicado por el DANE para el mes de diciembre de 2008. Los valores así ajustados serán la base para el ajuste a efectuarse en el mes de abril de 2010 para liquidar la Compensación por Ingresos Brutos correspondiente al primer trimestre de 2010, con base en la variación entre el Índice de Precios al Consumidor publicado por el DANE, o la entidad que la reemplace o sustituya, para el mes de diciembre de 2009 y el Índice de Precios al Consumidor publicado por el DANE para el mes de marzo de 2010. Sucesivamente, la Compensación por Ingresos Brutos se liquidará con base en los valores incluidos en las columnas A y B de la tabla indicada en el numeral 15.1.1 anterior, ajustados trimestralmente de acuerdo con la variación entre el Índice de Precios al Consumidor publicado por el DANE, o la entidad que la

reemplace o sustituya, para el último mes del trimestre inmediatamente anterior, que se esté liquidando y el Índice de Precios al Consumidor publicada por el DANE, o la entidad que la reemplace o sustituya para el último mes del trimestre inmediatamente anterior a la fecha del pago.

El ajuste se hará sobre el primer rango de la columna A y sobre el primer número de la columna B y se mantendrá la diferencia porcentual de 12.5%, 25%, 37.5% y 50% con respecto al primer número de la columna B. Los valores así ajustados se aplicarán para efectuar el siguiente pago de la Compensación por Ingresos Brutos, correspondiente al trimestre vencido anterior.

15.1. 3 La Compensación por Ingresos Brutos será pagadera por trimestre vencido, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de cada trimestre calendario. Si dentro de dicho término no ha sido publicado el Índice de Precios al Consumidor por parte del DANE, el pago se efectuará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación del Índice.

15.4 La Compensación por Ingresos Brutos se pagará con base en el precio FOB de referencia con el cual se hayan pagado las regalías correspondientes a cada mes de dicho trimestre, de conformidad con lo establecido en el numeral 14.3 de la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato No. 044/89 y la liquidación se revisará anualmente en los términos del mencionado numeral.

SÉPTIMO : Como quiera que durante la negociación del presente otrosí las partes aclararon la forma de liquidación de la Regalía Básica, compensación por Ingresos Brutos y Regalía Adicional hasta el 9 de diciembre de 2009, EL CONTRATISTA pagará a LA AUTORIDAD MINERA, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de la firma del presente otrosí, la suma de NUEVE MILLONES, SETECIENTOS TRECE MIL, NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE DÓLARES CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (US\$9,713,947.49), que corresponden a los siguientes conceptos: (a) un saldo a favor de EL CONTRATISTA de NOVECIENTOS TRES MIL, SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS (US\$903,636.15) por concepto de Regalía Básica y (b) un saldo a favor de LA AUTORIDAD MINERA por concepto de Compensación por Ingresos Brutos de DIEZ MILLONES, SEISCIENTOS DIECISIETE MIL, QUINIENTOS OCHENTA Y TRES DÓLARES CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (US \$10,617,583.64), saldos a 30 de septiembre de 2009 correspondientes al valor neto del ajuste de los trimestres 3 y 4 de 2008 y de los trimestres 1, 2, y 3 de 2009 de la Regalía Básica y de la Compensación por Ingresos Brutos.

Los ajustes de la regalía básica y de la compensación por ingresos brutos correspondientes al trimestre 4 de 2009 se harán dentro de los primeros 15 días hábiles del mes de febrero de 2010.

Así mismo EL CONTRATISTA pagará a la AUTORIDAD MINERA, la suma de ONCE MILLONES, OCHENTA Y CINCO MIL, SETECIENTOS DIECIOCHO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS (US\$11,085,718.06) por los siguientes conceptos: (a) ajuste del pago efectuado por Regalía Adicional correspondiente al año contractual terminado en noviembre de 2008, por valor de CINCO MILLONES, CINCUENTA Y DOS MIL, SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE DÓLARES CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (US\$5,052,637.35) y (b) pago de Regalía Adicional correspondiente al año contractual terminado en noviembre de 2009, por valor de SEIS MILLONES, TREINTA Y TRES MIL, OCHENTA DÓLARES

CON SETENTA Y UN CENTAVOS (71%) DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, el cual deberá efectuarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de la firma del presente otrosí. Dichos valores son liquidados con base en el tonelaje del área contratada exportado y/o vendido localmente durante dichos años contractuales.

EL CONTRATISTA acepta pagar las anteriores sumas de dinero en virtud de los acuerdos que se han convenido en este otrosí y no como reconocimiento de incumplimiento alguno, con respecto a cada uno de los conceptos objeto de la controversia que suscitó la suscripción del Acuerdo de Compromiso y del presente otrosí.

OCTAVO: Habida cuenta que con los acuerdos consagrados en los numerales anteriores se soluciona y por ende deja de existir la controversia que dio origen a la suscripción del Acuerdo de Compromiso y del presente otrosí, y teniendo en cuenta que EL CONTRATISTA pagará las sumas indicadas en la cláusula anterior, la AUTORIDAD MINERA declara subsanada cualquier causal de aplicación de multas, caducidad o cualquier otra medida sobre la liquidación de contraprestaciones económicas por razón de dicha controversia.

NOVENA: Las modificaciones efectuadas al Contrato No. 044/89 por medio del presente otrosí entrarán a regir el 1 de enero de 2010.

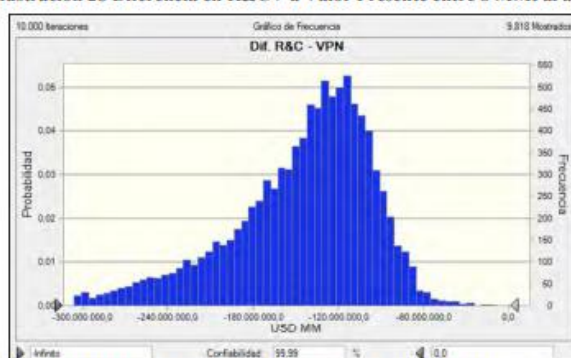
DÉCIMA: Las Partes dentro del año siguiente a la firma del presente otrosí revisarán de buena fe el precio de referencia establecido en la cláusula décima cuarta del Contrato No. 044/89 para considerar la posible aplicación del API2-BCI7.

DÉCIMA PRIMERA: Este otrosí tendrá vigencia una vez se encuentre suscrito por las partes y se encuentre inscrito en el Registro Minero Nacional. Las demás estipulaciones del CONTRATO, con las modificaciones al mismo pactadas hasta esta fecha, no modificadas en el presente otrosí continúan vigentes.

En constancia de lo anterior, las partes suscriben este Otrosí en dos (2) ejemplares del mismo tenor, en la ciudad de Bogotá, D.C., a los 22 días del mes de enero de 2010.

1.10. Dictamen realizado por Valora Banca de Inversión, quien fue contratada por la demandante (carpeta digital 22.6):

Ilustración 28 Diferencia en R&CV a Valor Presente entre 8 MMt al año



Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC. Incluye efecto rezago, precios constantes de diciembre de 2011

La ilustración anterior permite observar que a valor presente, diciembre de 2009, se encuentra el 99,99% de probabilidades que los ingresos fueran superiores con el cambio, es decir, que el cambio fuera efectivamente favorable para la Nación.

Es importante considerar que estos resultados favorables para la Nación se muestran dado que se compara la liquidación de Ingresos y Compensaciones en el régimen denominado Antes del otrosí, sobre 8 MMt al año, frente a la liquidación según lo establecido en el Otrosí sobre el PTI del 2010, que planteaba, como se ha indicado anteriormente, producciones que llegarían hasta 14,2 MMt al año, cantidades sustancialmente mayores. En consecuencia, los resultados están significativamente apoyados por una importante diferencia entre las toneladas que se explotarian en cada escenario.

VIII. Cuantificación de los efectos producidos por el Otrosí No 8 al 31 de Diciembre de 2011

La siguiente sección cuantifica el monto de reclamo para la Nación si se declara la nulidad de las modificaciones. Resulta de las diferencias entre las Contraprestaciones que debieron pagar el Contratista y las que hubiere pagado si se mantuvieran las condiciones previas de

Contraprestaciones. Teniendo en cuenta las limitaciones y supuestos adoptados para los cálculos, los cuales se advierten a continuación, los resultados obtenidos representan razonablemente los recursos que la Nación dejó de percibir como producto de las modificaciones al contrato 044-89, adoptadas en el Otrosí No.8.

VIII.A. Cuantificaciones. Supuestos, limitantes e interpretación de cifras.

Las cuantificaciones presentadas en el presente capítulo se basan en información entregada por el SGC y refleja una cuantificación aplicable para los años 2010 y 2011. Sin embargo se debe tener en cuenta que para algunos de los cálculos se han tomado valores de los años contractuales correspondientes al periodo entre 8 de noviembre de 2009 y 7 de noviembre del 2011.

Mayormente los cálculos se basan en las interpretaciones que ha hecho el SGC o hacían las partes durante la ejecución de la Concesión³⁶.

Se debe tener en cuenta que para el cálculo del precio de venta FOB, y que corresponde al precio de referencia antes del otrosí No. 8, no se tomaron en cuenta los precios de venta de cada embarque. Esta información no fue suministrada por el SGC teniendo en cuenta que dejó de ser relevante para el nuevo cálculo. De esta forma los valores presentados reflejan únicamente los precios publicados por la publicación *International Coal Report*. De esta manera las diferencias presentadas podrían aumentarse si se incluyen tales precios.

El SGC entregó como precios publicados mensuales y de ajuste de poder calorífico los correspondientes a 11 340 BTU FOB Bolívar (6 300 kcal / kg).

El cálculo con decimales se tuvo en cuenta de la siguiente forma:

Precio FOB (Otrosí No. 7) todos los decimales
 Precio de Referencia (Otrosí No. 8) todos los decimales
 Precio FOB tabla para cálculo de ingresos brutos (Otrosí No. 8) dos decimales³⁷
 Precios de referencia se tuvo en cuenta la totalidad de los decimales.
 Otras cifras todos los decimales.

Así mismo se debe tener en cuenta que el SGC no suministró los precios publicados para carbones térmicos de 11 600 BTU. Consecuentemente los embarques con poder calorífico superior a 11 450 BTU y que tienen como precio de referencia y ajuste este precio tienen una estimación de ajuste por poder calorífico basado en el precio de 11 340 BTU.

Debido al cambio en los precios de referencia del Contrato para la liquidación de regalías y compensaciones (de precios *spot* a precios rezagados) las diferencias en el tiempo se pueden compensar parcialmente. No necesariamente las diferencias de los valores dinerarios crecen en el tiempo.

Por último se debe tener en cuenta que los resultados se presentan teniendo en cuenta los ponderadores del precio de referencia y que se resumen en la siguiente tabla. En la columna [A] se muestran los ponderadores definidos en el Otrosí No. 8 para el Período de Transición³⁸ y aplicables durante el periodo 2010. En la columna [B] se muestran los ponderadores inicialmente aplicados para el año 2011 y con base en los cuales se muestran los cálculos iniciales de este documento. Adicionalmente en la columna [C] se muestran los ponderadores definitivos aplicables al año 2011 y que dan lugar a un ajuste de las regalías para el año 2011³⁹.

Tabla 12. Ponderadores para el precio de referencia

Rangos (meses)	[A]	[B]	[C]
	Periodo de transición	Año 2.011	Año 2011 Ajustado
De 0 a 3 meses	33,33	28,80	9,619
Más de 3 meses y hasta 6 meses	33,33	16,16	9,926
Más de 6 meses y hasta 9 meses	33,34	5,88	9,604
Más de 9 meses y hasta 12 meses	0,00	6,08	4,294
Más de 12 meses y hasta 15 meses	0,00	10,22	9,341
Más de 15 meses	0,00	32,86	57,216
Total	100,00	100,00	100,00

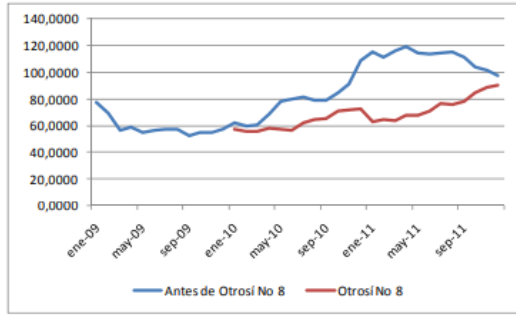
Fuente: SGC

VIII.B. Cambios en las variables base de liquidaciones y compensaciones.

Los cambios implantados en la liquidación tuvieron impacto en las variables base de cálculo y consecuentemente en los valores dinerarios.

En la siguiente ilustración se muestra las diferencias en los precios de referencia. Por un lado se muestra la evolución durante el periodo 2009 – 2011 del precio FOB (precio de liquidación antes del Otrosí No 8) que refleja los valores *spot* del mercado y que muestra un incremento sostenido desde el tercer trimestre del año 2009. De otro el precio de referencia con rezagos (precio de liquidación después del Otrosí No.8) para el periodo 2010 – 2011 y que refleja los dos periodos contemplados en el contrato, el año 2010 periodo de transición, que pondera los precios hasta de 9 meses previos y el año 2011 que pondera precios hasta de 18 meses previos.

Ilustración 29. Evolución comparativa de los precios de liquidación 2010 - 2012



Fuente: SGC

Teniendo en cuenta que previo al cambio derivado del Otrosí No 8 los precios se incrementaron, el valor del precio con rezagos es menor durante el periodo 2010 – 2011 como se muestra en la siguiente tabla.

Tabla 13. Comparativos precios de referencia 2010-2011

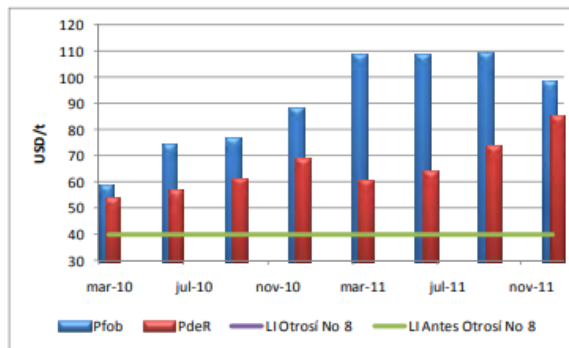
Fecha	Precio FOBk	PdeRk	%
03/2010	58,70	54,11	92,18%
06/2010	74,47	56,43	75,78%
09/2010	76,54	61,32	80,11%
12/2010	88,06	68,78	78,10%
03/2011	108,65	60,75	55,91%
06/2011	108,83	64,31	59,09%
09/2011	109,58	74,17	67,68%
12/2011	97,89	85,53	87,37%

Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC
Cifras en dólares

Como se ha mencionado previamente otro cambio importante con efectos económicos se relaciona con la tabla de compensación para ingresos brutos. Esta compensación asociada a pagos por precios altos combina el efecto de un menor precio de referencia, como se muestra en la anterior tabla, como la actualización de los valores de la tabla.

Los dos efectos se muestran en la siguiente ilustración al compararse en un gráfico de barras el precio de referencia y en las líneas el límite inferior de precios inicial para el pago de compensación cuya actualización representó un incremento de USD 22 dólares.

Ilustración 30. Variables Base Ingresos Brutos



Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC

VIII.C. Efectos económicos en el pago de Regalía Básica.

Se muestra en la siguiente tabla el efecto de la aplicación del Otrosí No 8 durante el periodo 2010 – 2011 y que se explica por la diferencia de precios utilizados, Columna [2] Precio FOB antes del Otrosí No. 8 y Precio de Referencia Columna [4] después del Otrosí No.8.

Tabla 14. Comparativo liquidación Regalía Básica

Año Calendario	Trim.	[1] Toneladas Embarcadas	[2] Precio FOB	[3]=[1]*[2]*7,6% Regalías USD M (Antes de Otrosí No. 8)	[4] Precio de Referencia	[5]=[1]*[4]*7,6% Regalías USD M (Otrosí No. 8)
2010	1	1.307.083	58,70	5.831	54,11	5.376
2010	2	1.719.617	74,47	9.733	56,43	7.375
2010	3	1.936.684	76,54	11.266	61,32	9.026
2010	4	1.329.215	88,06	8.896	68,78	6.948
2011	1	1.280.729	108,65	10.576	60,75	5.913
2011	2	1.566.801	108,83	12.959	64,31	7.657
2011	3	2.026.167	109,58	16.874	74,17	11.421
2011	4	2.207.443	97,89	16.423	85,53	14.348
Total				92.559		68.064

Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC

Los valores presentados reflejan una diferencia entre la columna 3, que refleja la liquidación antes del Otrosí No. 8 y la columna 5, liquidación según Otrosí. No 8 de USD 24,5 millones.

VIII.D. Efectos económicos en el pago de Regalía Adicional.

Como se mencionó previamente en este pago de Regalía Adicional solo se contemplaron cambios para cantidades embarcadas superiores a ocho millones de toneladas. Teniendo en cuenta, como se muestra en la siguiente tabla que el valor mencionado, las diferencias presentadas solo reflejan el menor precio de referencia utilizado y alcanzan un valor de USD 10,0 millones.

Tabla 15. Comparativo de liquidación Regalía Adicional

Año Contractual	[1] Toneladas Embarcadas	[2] Precio FOB	[3] Regalía	[4]=[1]*[2]*[3] Regalías USD M (Antes de Otrosí No 8)	[5] Precio	[6] Regalía t<8 MM	[7]=[1]*[5]*[6] Regalías USD M (Otrosí No 8)
21	6.334.763	74,70	3,33%	15.781	60,06	3,33%	12.688
22	6.358.481	105,60	3,36%	22.551	73,10	3,36%	15.610
Total				38.333			28.299

Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC

VIII.E. Efectos económicos en Compensación Por Ingresos Brutos

Finalmente se presenta las diferencias en la cuantificación de la Compensación Por Ingresos Brutos tanto en su componente fijo como en su componente variable.

En la columna [3] se presenta el total de las regalías que hubieren sido pagadas sin la modificación del Otrosí No.8 y que alcanza un pago total de USD 66.05 millones.

Por su parte en la columna [6] se muestra la liquidación resultante de la aplicación del otrosí no. 8 que determina un pago de USD 3,99 millones y que resulta en una diferencia antes y después del Otrosí No. 8 de un valor de USD 62,06 millones.

Tabla 16. Comparativo de liquidación de la Compensación por Ingresos Brutos

Año Calendario	[1] Trim. Comp Var.	[2] Comp Fijo	[3]=[1]+[2] Comp	[4] Comp Var.	[5] Comp Fijo	[6]=[4]+[5] Comp
2010	1	432	811	1.243	0	0
2010	2	3.111	1.806	4.916	0	0
2010	3	4.005	2.034	6.039	4	4
2010	4	4.662	1.396	6.058	63	88
2011	1	7.789	1.345	9.134	0	0
2011	2	9.563	1.645	11.208	13	13
2011	3	12.558	2.127	14.685	74	240
2011	4	10.456	2.318	12.774	715	1.269
		52.576	13.481	66.057	869	1.614

Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC

Cifras en Miles de dólares

VIII.F. Resumen de efectos económicos

Se muestra en la siguiente tabla el resumen de las diferencias para el período 2010 – 2011 usando los ponderadores inicialmente calculados para el año 2011. De acuerdo al otrosí No. 8 la liquidación en el período 2010-2011 (columna [2]) alcanza un total agregado para el período de USD 108,16 millones mientras en la columna [1] se muestra la liquidación antes y que alcanza un total de USD 196,9 millones.

El agregado de la diferencia para el período y que se muestra en la columna [3] alcanza un total de USD 88,7 millones.

Tabla 17. Resumen de efectos dinerarios de la firma del Otrosí 2010 – 2011

	[1] Antes USD M	[2] Otrosí No. 8 USD M	[3] Diferencia USD M
Regalía Básica			
	2010	35,7	28,7
	2011	56,8	39,3
Total		92,6	68,1
Regalía Adicional			
	2010	15,8	12,7
	2011	22,6	15,6
		38,3	28,3
Compensación Ingresos Brutos			
	2010	18,3	0,1
	2011	47,8	1,5
		66,1	1,6
Total		196,9	98,0

Fuente: Cálculos propios con base en información de SGC

Cifras en Millones de dólares

(...)

X. Conclusiones

Para Prodeco la suscripción del Otrosí permitió i) el incremento en el nivel de inversión, ii) un aumento en el nivel de producción y iii) un incremento en el total de reservas a explotar, valores que están representados en el PTI que suscribió en el año 2010 y que indica que la producción llegará a niveles de 14,2 MMt al año.

En la teoría, las modificaciones estaban orientadas a permitir la reducción de las tasa de regalía adicional, para habilitar un mayor volumen de producción, lo que en la práctica conduciría a generar mayores ingresos para la Nación, al aplicar una menor tasa sobre mayores cantidades explotadas.

Sin embargo, la modificación contemplo otros cambios que dependían de la ejecución del contrato. La implementación del precio de referencia, calculado con precios rezagados, en una coyuntura de precios al alza, generó que automáticamente la Nación dejara de recibir los mismos ingresos, al liquidar las contraprestaciones con precios más bajos. Igualmente, la actualización de la tabla de precios de las Compensaciones por Ingresos Brutos, condujo a que en la práctica se presentara un menor pago por ese concepto.

Para la Nación, un análisis parcial basado solamente en el incremento de producción, muestra un efecto positivo en el valor de las contraprestaciones (Regalía Básica y Regalía Adicional). Sin embargo, cambios igualmente contemplados en el Otrosí, como el precio de referencia y la modificación de la Compensación de Ingresos Brutos, hacen que durante la ejecución del contrato, no se haya dado un incremento en los ingresos. El estudio adicionalmente concluye, basado en la construcción de diferentes escenarios, que probablemente el incremento en los ingresos no se dará, de tal manera que los beneficios proyectados, base de la motivación del Otrosí, no se materializarán durante lo que resta de ejecución del contrato.

Por su parte, las modificaciones relacionadas con los precios, tuvieron un efecto que en el corto plazo, específicamente para los años 2010 y 2011, resultaron negativos para los ingresos de la Nación. Efectivamente, la incorporación del Precio de Referencia, calculado como producto de la aplicación de precios rezagados de trimestres anteriores, según unos ponderadores aprobados por las partes, generaron menores ingresos toda vez que el precio spot mostraba una tendencia al alza, mientras el nuevo precio, incluía rezagos más bajos.

Sin embargo, el concepto de precios rezagados resulta en el mediano y largo plazo razonablemente concebido, toda vez que la tendencia de los precios puede cambiar, con lo que a precios *spot* bajos, las regalías se liquidarían a precios rezagados más altos por un tiempo. Lo anterior se identifica como un riesgo típico de la actividad comercial.

De la misma manera, el incremento en los precios de la tabla de precios represento que la Nación dejara de recibir ingresos adicionales cuando los precios se fueran de hasta USD 59,94 por tonelada, cuando antes recibía si el precio fuera mayor de USD 40.

Adicionalmente se concluye, basado en la construcción de diferentes escenarios, que probablemente el incremento en los ingresos no se dará, de tal manera que los beneficios proyectados, base de la motivación del Otrosí, no se materializarán durante lo que resta de ejecución del contrato.

- 1.11.** Objeción al dictamen realizado por Valora Banca de Inversión, realizada por KPMG Advisory Services, quien fue contratada por la sociedad demandada (carpeta digital 22.6):

Inconsistencias en supuestos de modelación aplicados por Valora en su Peritazgo

- Valora realiza comparación de escenarios basados en situaciones que no pueden ser comparables. En primer lugar el escenario de 10 millones de toneladas, con 254 millones de toneladas, depende de la aplicación del Otrósí 8, por lo que no es un escenario factible y por lo tanto incorrecto. En este caso Valora intenta afirmar la no necesidad del Otrósí 8 con un escenario que implica la aplicación del Otrósí 8, lo cual es contradictorio. En segundo lugar, asume un escenario con la posibilidad de que un tercero entre a explotar el carbón que Prodeco no extraería, en caso de que no hubiera hecho la expansión, lo cual es hipotético y por lo tanto no puede asumirse como un escenario a tenerse en cuenta en la afirmación de que la Nación gana o pierde. Adicionalmente, este escenario implica que el tercero no incurrirá en inversión adicional y que entraría voluntariamente en condiciones de desbalance económico con la Nación, lo cual no es lógico en términos financieros y económicos para ningún inversionista. Si a Prodeco no le resulta viable, es muy probable que a un tercero tampoco lo sea, inclusive cuando el tercero no tenga que incurrir en inversiones adicionales, lo cual tampoco es probable que suceda.
- Adicionalmente, Valora omite en su Peritazgo los argumentos de fondo que sustentan la necesidad del Otrósí 8, lo cual es incorrecto, pues para desestimar la necesidad del Otrósí 8, es necesario conocer y presentar las condiciones económicas que conllevan a la presentación de los argumentos, es más, omite que existía una controversia jurídica con respecto a los precios de referencia y contraprestación de toneladas adicionales, que conllevan a una reducción de los ingresos. Por lo anterior la afirmación de Valora, asociada a un mayor beneficio que la Nación hubiera tenido si se hubiera mantenido el Contrato sin el Otrósí 8, es cuestionable. De la misma manera, Valora no presenta las razones por las que se dio el Otrósí 8, por lo que omite que el Otrósí 8 también buscaba un balance económico entre Prodeco y la Nación; dado que las condiciones económicas antes del Otrósí 8 eran desfavorables para Prodeco en términos económicos y financieros, y no harían viable la expansión para Prodeco. El omitir este hecho indica que Valora tiene una presentación parcializada de las razones por las que se dio el Otrósí, por lo que no es acertado que concluya que la Nación pierde cuando no sabe, o por lo menos no presenta, cuál es la posición de Prodeco con cualquiera de los escenarios que plantea.
- Más aún, Valora considera en su presentación de retornos futuros de la Nación, escenarios que no están ajustados con las consideraciones dadas antes y después del Otrósí 8. Por lo que sus resultados no pueden ser considerados como concluyentes al caso que nos ocupa y por lo tanto sus conclusiones son incompletas y por ende conllevan a apreciaciones incorrectas del caso. Valora realiza sus conclusiones basadas en aumento en precio, sin embargo, omite que los costos también aumentan, tanto por la volatilidad de los costos de los insumos aplicados en la producción de Prodeco, como también, por el aumento en las distancias y profundidad que se da por el aumento de la producción con la expansión y los costos de transporte a puerto desde la mina. La omisión de este punto no sólo demuestra que las conclusiones de Valora no consideran el efecto para Prodeco, sino que también, demuestra que Valora desconoce las implicaciones económicas de una expansión minera, ya que asume que la expansión solo tiene impacto en las cantidades a explotar y no en los costos asociados a la expansión. Por lo anterior sus proyecciones basadas en retornos futuros son incompletas e incorrectas para el caso que nos ocupa

Inconsistencias en temas metodológicos y de información en el análisis de Valora

De acuerdo con el análisis de Valora, y la metodología aplicada encontramos que esta es incorrecta en términos estadísticos y presenta problemas de adecuación a las conclusiones que plantea Valora en su Peritazgo, las cuales presentaremos con más detalle a continuación

- Las proyecciones realizadas por Valora, aplicadas para definir el beneficio futuro de la Nación, no contienen supuestos que sean consistentes con su objetivo de presentar las variaciones futuras del precio, y por ende, los ingresos mismos de la Nación. Por lo tanto, el modelo aplicado no es razonable dado que los supuestos usados por Valora en su aplicación no son consistentes con el comportamiento que intentan simular. De la misma manera, los resultados obtenidos del modelo no generan conclusiones consistentes puesto que el modelo no se ajusta de manera adecuada a los precios que intenta pronosticar, como también el hecho de que el modelo planteado está diseñado para usarse en pronósticos de corto plazo, mientras que Valora lo aplica en el pronósticos de precios de más de 20 años en el futuro. Lo anterior implica que Valora de manera cuestionable aplica un modelo estadístico que no es aplicable y válido para la serie de precios que intenta pronosticar, lo que conlleva a que las conclusiones obtenidas de este modelo sean cuestionables al punto de que no puedan definir de manera precisa el rango de probabilidades que intenta demostrar.
- Sobre el punto anterior, encontramos inconsistencias en cuanto al método aplicado en la presentación de sus conclusiones dado que:

- o En primer lugar, Valora presenta sus conclusiones con base en modelos de simulación de probabilidades, que consideran condiciones de precios que no son ajustados de manera correcta a modelación de commodities, como lo es el precio del carbón. Sobre este punto consideramos que Valora no es consistente en sus conclusiones ya que: i) un modelo probabilístico no es concluyente salvo el caso en que pueda ser verificado y validado en los datos presentados, en otras palabras, cuando este pueda ser evaluado en cuanto a su desempeño en la predicción, lo que en el caso que nos ocupa, el modelo debe ser evaluado en su desempeño a lo largo del horizonte de expansión de la mina con cifras reales. Si el modelo es aplicado en una serie de 20 años y no tiene validación, su resultado pierde consistencia y llega al punto de la especulación, lo cual por obvias razones no puede ser considerado como objeto de conclusión sobre un beneficio futuro para la Nación; ii) la consistencia de un modelo de simulación de precios de commodities sin evaluación exhaustiva de las condiciones de series de tiempo estadísticas asociadas al pronóstico esperado, solo conlleva a malinterpretación de resultados y a un posible error de modelo, que consiste en afirmar que los resultados de un modelo son concluyentes cuando no se tiene los conceptos claros de entrada, lo que en otras palabras implica, que si la entrada del modelo es inadecuada, la salida del mismo no puede ser considerada como adecuada; y iii) los modelos probabilísticos son herramientas de ayuda en toma de decisiones, sin embargo, estas no pueden ser consideradas como herramientas de decisión de inversión, dado que las variaciones en un ejercicio de modelación deben adecuarse a una realidad concreta de negocio, y el proyectar valores o precios en base a expectativas de probabilidad generan incertidumbre sobre la historia conocida del modelo, por lo que en vez de generar ayudas al inversionista, podrían generar distorsiones sobre sus expectativas de negocio.
- o En segundo lugar, Valora no considera las dos partes en disputa en sus argumentos y situación, por lo que las conclusiones extraídas de su modelo son parcializadas hacia un punto de vista. Principalmente sobre este punto, Valora asume que las condiciones de modelo de negocios de Prodeco implican; i) que las reservas de carbón pueden extraerse sin recurrir a inversión adicional y a mayores costos de producción, lo cual no es racional dado las características propias de una mina. Cuanto mayores son las reservas, mayores son las distancias y las necesidades en insumos para poder llegar al material a ser extraído; ii) los costos de los insumos no sólo aumentan por aumento en las toneladas a ser extraídas sino a las condiciones de los precios de estos insumos. Es natural que si la expectativa de modelo sobre los Precios del carbón aumente los costos de producción deben tener un tratamiento similar, dado que estos costos están correlacionados con los precios del petróleo, al igual que el precio mismo del carbón. Por lo que no considerar este impacto en los modelos es un resultado parcial y por ende incorrecto; y iii) Valora no considera que se debe mencionar la situación de Prodeco sobre las condiciones que motivaron el cambio en el Otrosí 8, lo que implica que Valora omite el hecho de que para que se hiciera viable la expansión y se solucionaran

las controversias era necesario el Otrosí 8, por lo que Valora no puede concluir sobre las condiciones del Otrosí 8 sin mencionar la posición de Prodeco, puesto que esto implicaría que Valora desconoce las razones de fondo que motivaron el Otrosí 8, y por ende no puede concluir adecuadamente sobre los impactos del mismo.

- En tercer lugar, Valora considera inadecuadamente que cualquier escenario de comparación debe considerar la misma cantidad de carbón, sin embargo, sobre este punto debe partirse de las condiciones conocidas y aprobadas antes del Otrosí 8. El comparar un escenario de producción con 254 millones de toneladas sin el Otrosí 8 es parcializado e incorrecto, dado que este ejercicio no hubiera sido válido dado que la expansión no se hubiera realizado. En otras palabras, Valora está presentando la comparación de un escenario real (que de acuerdo con nuestras conclusiones la Nación tiene un incremento de su beneficio futuro), frente a un escenario que no puede ser considerado como factible y que no contempla todas las implicaciones económicas que existen detrás del Otrosí 8 y de las condiciones de mercado que se ajustan a las condiciones de beneficio futuro, no sólo de Prodeco sino de la Nación misma. Lo que implica que Valora condiciona sus conclusiones a una comparación que no tiene sustento en las necesidades mismas de su análisis, dado que define que la Nación podría verse perjudicada por la realización de un escenario que en la práctica no se pudo haber realizado. Por lo que su afirmación de que la Nación pierde no es consistente con las implicaciones económicas de fondo del ejercicio que se plantea y por ende su resultado final y las conclusiones que se desprendan del mismo no son consistentes y por ende son cuestionables.
- De acuerdo con lo anterior y teniendo como partida el ejercicio que intentó plantear Valora, y considerando las inconsistencias antes presentadas, se realizó un modelo de simulación para evaluar la razonabilidad del método frente a nuestras conclusiones presentadas en el Documento del 15 de abril de 2013, esto con el fin de analizar las conclusiones de Valora a la luz de aplicar los conceptos y escenarios que sean adecuados para este fin, es decir, analizar si las conclusiones de Valora se mantienen si no hubieran tenido las inconsistencias y la presentación de la información incompleta en su análisis,

Sobre este punto hacemos la aclaración que aunque dicho modelo no puede ser concluyente en sí mismo, puesto que es un ejercicio de simulación basado en probabilidades que están en el mundo de la suposición y no en el estudio de las cifras reales, el análisis se realizó para evaluar las conclusiones obtenidas por Valora por este método, y comparar con los resultados que se hubieran obtenido si Valora hubiera considerado los supuestos y escenarios correctos para este fin. Las conclusiones que se deriven del modelo que resulte de este ejercicio son complementarias a los análisis presentados en nuestro Documento del 15 de abril y, por lo tanto, no pueden considerarse como resultados absolutos en sí mismos. Esta consideración es precisamente una inconsistencia derivada del análisis de Valora, ya que Valora presenta los resultados de su modelo en su Peritazgo como si fueran conclusiones absolutas de las condiciones detrás del Otrosí 8.

Sobre los resultados del modelo podemos afirmar que la Nación tendrá un aumento en sus beneficios futuros con el Otrosí 8, en términos probabilísticos y medida a través de la variación del VPN de todo el proyecto a lo largo de su periodo de ejecución, la Nación se verá más beneficiada que Prodeco con la aplicación del Otrosí 8. La condición de que existe un beneficio mutuo con la aplicación del Otrosí 8 es válida, siendo la Nación, el mayor beneficiario de la misma. La Nación obtendría un mayor beneficio con la aplicación del Otrosí 8, que en el caso que no se hubiera realizado la expansión y no se hubiera acordado el Otrosí 8, lo cual es consistente con los análisis incluidos en nuestro Documento del 15 de abril de 2013.

Conclusión general

De acuerdo con el análisis realizado en este Documento, concluimos que el Peritazgo de Valora, Es incompleto y contiene errores en sus apreciaciones y conclusiones dado que presentan inconsistencias en los supuestos de modelación aplicados y en aspectos metodológicos, así como uso de información incompleta, por lo que las conclusiones que se desprenden del mismo son cuestionables. Consideramos que no sólo Valora afirma de manera incompleta sobre el beneficio futuro de la Nación, sino que también, incorrectamente asume supuestos que no pueden ser aplicados en la comparación que intentan definir, así que las conclusiones que se desprenden de su Peritazgo son incompletas y cuestionables.

1.12. Dictamen pericial emitido por KPMG Advisory Services LTDA consistente en un análisis financiero del otrosí No. 8 del contrato 044 de 1989 (carpeta digital 22.6):

Análisis del beneficio económico de la expansión para la Nación con el Otrósí 8

Tal y como se presenta en la Sección anterior, el Proyecto de Expansión sólo era viable con la firma del Otrósí 8. A continuación vamos a explicar cómo este Proyecto de Expansión generará beneficios tanto para Prodeco como para la Nación. Para este fin hemos procedido a comparar el VPN de las contraprestaciones a pagar en las Proyecciones Financieras con el VPN originado en el Proyecto de Expansión, cifras que presentamos en el siguiente cuadro:

Cuadro 10. Comparación de VPN del proyecto y de las contraprestaciones para el Proyecto de Producción Anterior al Otrósí 8 y el Proyecto de Expansión (cifras expresadas en miles de dólares)

Escenario	VPN valoración	VPN contraprestaciones
Proyecto de Producción Anterior al Otrósí 8 sin otrósí 8	187,316	356,991
Proyecto de Expansión con otrósí 8	230,407	561,172
Diferencia	43,091	204,181

Fuente: KPMG, Elaboración propia basado en las proyecciones. MT: millones de toneladas

Del cuadro anterior obtenemos las siguientes conclusiones:

Conclusión 1. Con la firma del Otrósí 8, se produce un beneficio económico tanto para Prodeco como para Ingeominas, pero el beneficio es significativamente mayor para Ingeominas

Tal como se observa en el Cuadro 10, el VPN del Proyecto de Expansión con el Otrósí es de 230 millones de dólares, importe superior al VPN que hubiera obtenido Prodeco con el Proyecto de Producción Anterior al Otrósí 8. Por consiguiente **Prodeco resulta beneficiado en términos económicos con el Proyecto de Expansión con la firma del Otrósí 8.**

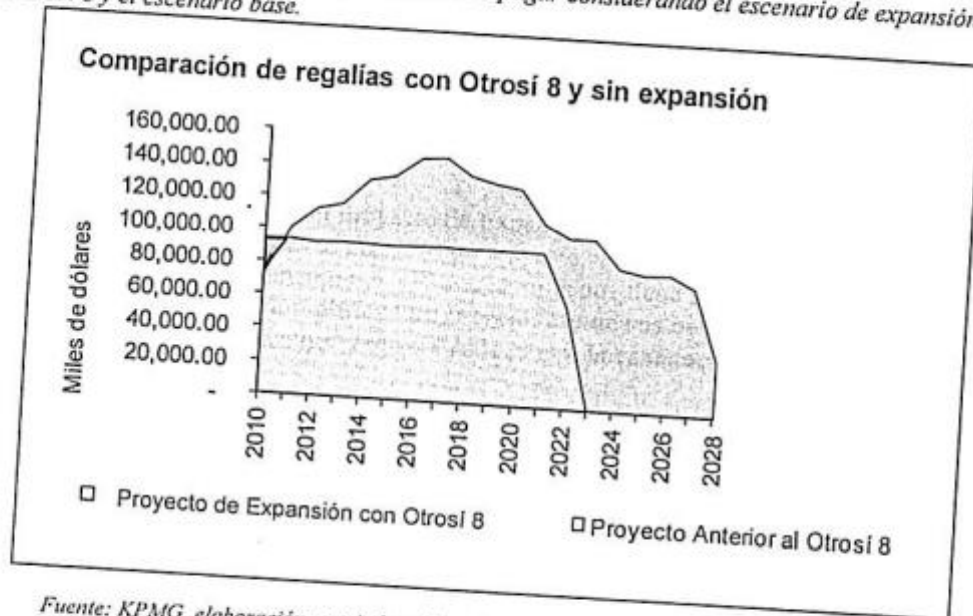
Así mismo este Proyecto de Expansión con el Otrósí 8, también beneficia a Ingeominas ya que el VPN de las contraprestaciones que cobrará durante la duración del proyecto pasarán de 356 millones de dólares a un VPN de 561 millones de dólares. Es decir **Ingeominas, vería aumentado su beneficio por concepto de VPN de contraprestaciones en unos 205 millones de dólares.**

Adicionalmente a lo anterior, encontramos que el beneficio obtenido por Prodeco es menor en casi tres veces que el aumento del beneficio obtenido por Ingeominas por concepto de contraprestaciones. Este beneficio se ve representado tanto por volumen como por cantidad

4 de octubre de 2013

de años adicionales de cobro de contraprestaciones, tal como se presenta en la siguiente gráfica:

Gráfica 3: Comparación de contraprestaciones a pagar considerando el escenario de expansión con el Otrosí 8 y el escenario base.



Fuente: KPMG, elaboración propia basada en las proyecciones de Prodeco.

La parte sombreada en azul muestra el efecto de las regalías y contraprestaciones para la Nación con la expansión que se hizo viable, en términos económicos, con el Otrosí 8. Se puede observar cómo la parte de las regalías que la Nación dejaría de recibir en el corto plazo es superado en el mediano y largo plazo, periodos de tiempo en el que las regalías y contraprestaciones aumentan significativamente representando un mayor beneficio, que compensa la disminución de las regalías en el corto plazo.

Observamos cómo, con la firma del Otrosí 8 (es decir con la ejecución del Proyecto de Expansión) Ingeominas durante el periodo de la proyección (cifras basadas en las proyecciones a fecha de junio del 2009) recibe más regalías que las que hubiera obtenido si Prodeco no hubiera realizado el mencionado Proyecto, y su beneficio económico corresponde a un monto de aproximadamente 205 millones de dólares en términos de VPN (ver el monto del beneficio en términos corrientes en la sección 12).

Conclusión 2: El beneficio por las regalías obtenidas por Ingeominas es superior al valor generado para Prodeco con la expansión

Con el Proyecto de Producción Anterior al Otrósí 8, Prodeco habría tenido que pagar unas contraprestaciones, medidas en VPN, por un valor equivalente a 1.91 veces el VPN de los retornos de la Mina Calenturitas. Con el Proyecto de Expansión, y con el Otrósí 8, se estima que Prodeco tendrá que pagar contraprestaciones, en VPN, por un valor de 2.44 veces el VPN del proyecto. El aumento de 1.9 a 2.44 veces implica que con el Proyecto de Expansión, el aumento del VPN de la mina es proporcionalmente menor al aumento del VPN de las contraprestaciones, en otras palabras, la Nación recibe un mayor beneficio con la expansión en el VPN de sus contraprestaciones, que Prodeco en el VPN de su Proyecto de Expansión.

Igualmente, con la ejecución del Proyecto de Expansión con el Otrósí 8, el incremento el VPN de las contraprestaciones es de 57% con respecto al Proyecto de Producción Anterior al Otrósí 8. Sin embargo el aumento del VPN de la mina que tiene Prodeco es del 23%. Lo anterior implica que la Nación obtiene un incremento de sus beneficios en casi tres veces el aumento de los beneficios que recibe Prodeco con la realización de la expansión y el Otrósí 8.

El beneficio presentado anteriormente hace referencia al beneficio estimado con los precios y condiciones de mercado dadas en el año 2009, durante el momento de la negociación del Otrósí 8. Las variaciones de precios posteriores (a condiciones actuales de mercado) hacen que el beneficio recibido por ambas partes aumenten en el tiempo, por lo que no existe forma en que Prodeco se beneficie más que Ingeominas con la aplicación del Otrósí 8.

Adicionalmente, las condiciones con las que se modelaron las proyecciones financieras se hicieron con un escenario razonable de precios y costos, basado en la información histórica y disponible en dicha época.

El aumento del volumen de producción y el incremento en la duración del tiempo de explotación de la mina, solo se traduce en un beneficio para la Nación; dado que sin la expansión, la Nación no hubiera recibido los mismos beneficios, a pesar de que el precio pudiera llegar a ser mayor al precio actual de mercado.

Las diferencias que se pueden generar en las regalías del corto plazo, como consecuencia de las modificaciones del Otrósí 8, son temporales, pero un análisis económico financiero razonable e integral de los efectos del contrato debe hacerse por la totalidad del mismo y no aisladamente por los primeros años. Por lo tanto, del mencionado análisis se concluye que la celebración del Otrósí 8 se traducen en un beneficio para la Nación y la viabilidad financiera del proyecto para Prodeco.

(...)

- La definición del Otrósí 8 contempla la ejecución de un programa de expansión de la mina Calenturitas, la cual tiene un plan de explotación de un horizonte temporal de 20 años. El asumir que el Contrato tiene perjuicios a la Nación sin considerar lo esperado en producción en estos 20 años y la viabilidad resultante es inconsistente y perjudicial para Prodeco y la Nación. Los proyectos de inversión, como el de la expansión de la Mina Calenturitas, tienen un mayor costo de inversión en los primeros periodos de del proyecto y mayor retorno en los periodos de largo plazo, asumir que el Otrósí 8 es negativo para la Nación y que por ende debe ser replanteado, tal y como lo afirma Valora, es inconsistente puesto que la Nación y Prodeco dejarían de recibir los ingresos futuros habiendo recibido la carga de los costos de inversión de los primeros periodos de inversión del proyecto.

12. Análisis de las implicaciones de la aplicación del Otrósí 8 en las contraprestaciones para la Nación

En esta sección se presenta un análisis, en términos de dólares corrientes, de las implicaciones económicas y financieras que tuvo la aplicación del Otrósí 8, en las contraprestaciones económicas a pagar por parte de Prodeco.

Como se mencionó anteriormente en la Sección 9, las modificaciones presentadas en el Otrósí 8 tienen un efecto de aumento de las contraprestaciones a pagarse en el término del contrato minero por efecto del Proyecto de Expansión que se hizo viable debido a las mencionadas modificaciones.

De acuerdo con lo anterior, con base en las proyecciones que Prodeco efectuó en la época previa a la firma del Otrósí 8, podemos afirmar que las contraprestaciones a pagar por parte de Prodeco durante todo el proyecto minero como resultado del Proyecto de Expansión son sustancialmente mayores que las que se pagarían si no se hubiera acometido dicho Proyecto de Expansión.

Como se mencionó en la Sección 8, para Prodeco no hubiera sido viable en términos económico financieros realizar el Proyecto de Expansión sin la firma del Otrósí 8. De la misma manera, en la

7 de octubre de 2013

Sección 9 presentamos el VPN del proyecto de expansión frente al VPN de las contraprestaciones que recibirá la Nación, encontrando que la Nación recibirá a largo plazo un beneficio mayor que Prodeco, en casi tres veces el valor del VPN del Proyecto de Expansión y mayor al beneficio que hubiera recibido si no se hubiera hecho la Expansión.

Lo anterior implica que tanto Prodeco como Ingeominas se beneficiaron con el Proyecto de Expansión y la firma del Otrosí 8. Prodeco aumentó su producción con un proyecto viable, en términos económicos y financieros, mientras que la Nación aumentará sus contraprestaciones económicas, en proporción superior a la de Prodeco.

Los contratos de minería en donde se negocian las condiciones sobre contraprestaciones a pagar no se negocian con la intención de que las partes reciban beneficios inmediatos, sino que los beneficios se den durante el término de la duración del mismo. De acuerdo con esto, el Otrosí 8, tiene un beneficio para la Nación mediante el aumento del volumen de producción y la cantidad de años adicionales de vida útil de la Mina Calenturitas.

Sin el Otrosí 8 (y por ende sin expansión), no era razonable desde el punto de vista económico-financiero que Prodeco hubiera realizado la expansión, dado que le resultaba inviable en términos económicos y financieros realizarla, por lo que la Nación no hubiera recibido las contraprestaciones generadas por el aumento del volumen de producción de la Mina.

A continuación se analiza el valor, en términos corrientes, de las contraprestaciones que recibirá la Nación durante el período total del contrato minero con base en las proyecciones estimadas con la información existente antes de la firma del Otrosí.

El mencionado análisis cubre el beneficio que recibiría la Nación sin el Proyecto de Expansión y su comparación con el beneficio que recibirá con la ejecución del mencionado Proyecto.

En el siguiente cuadro se presenta la comparación de las contraprestaciones que la Nación recibiría si no se hubiera realizado el Proyecto de Expansión, frente a las que recibirá con la expansión; de acuerdo a dos escenarios de precio promedio del carbón durante la vida del Contrato: i) un precio igual a 55 dólares por tonelada, que fue el proyectado para las estimaciones económicas efectuadas antes de firmar el Otrosí 8, y ii) un precio de carbón similar al promedio del precio actual del carbón, igual a 75 dólares por tonelada.

Cuadro 17. Comparación de las contraprestaciones con y sin la expansión. (Cifras expresadas en miles de dólares corrientes)

Concepto	Precio 55 USD	Precio 75 USD
Proyecto de Producción Anterior al Otrosí 8 sin Otrosí 8	723,826	1,184,741
Proyecto de Expansión con Otrosí 8	1,486,097	2,120,009
Diferencia	725,838	874,014

Fuente: KPMG elaborado con información suministrada por Prodeco.

Del anterior cuadro podemos concluir que en un escenario en el que el precio promedio del carbón durante la vida del Contrato sea de 55 dólares la tonelada⁴⁴, si no se hubiera firmado el Otrosí 8 y por ende no se hubiera hecho la expansión de la mina Calenturitas, la Nación hubiera dejado de recibir 725 millones de dólares por concepto de contraprestaciones durante todo el término del Contrato. Con un precio de 75 dólares por tonelada, precio similar al promedio del carbón de los últimos dos años, las contraprestaciones que dejaría de recibir la Nación serían de 874 millones de dólares. Lo anterior sin contar con el Impuesto de Renta que hubiera recibido la Nación, (estimado en 657 millones de dólares), el Impuesto de Valor Agregado, el Impuesto de Industria y Comercio, los posibles aportes parafiscales, el aumento del empleo en la región de la Mina Calenturitas, como también la contribución en el crecimiento del PIB por aumento en la inversión extranjera directa.

Lo anterior implica que definitivamente la Nación se beneficia de la firma del Otrosí 8 y de la expansión de la mina, por las mayores contraprestaciones que recibirá durante la vida del proyecto.

1.13. Testimonio de Carlos Gustavo Arrieta Padilla, asesor jurídico de Prodeco en temas de derecho minero, quien señaló que el tema de las regalías y la manera de liquidarlas venía

siendo materia de conversación entre las partes y fueron las partes las que optaron por celebrar un acuerdo de compromiso dentro del cual se preveía un periodo de negociación directa (carpeta digital 22.5).

- 1.14.** Testimonio de José Fernando Ceballos Arroyave, director técnico del servicio minero, empleado de la demandante, quien señaló que a comienzos de 2009 Ingeominas suscribió un acuerdo compromisorio con Prodeco tendiente a revisar algunos puntos del contrato de gran minería de carbón suscrito entre el Estado y dicha empresa, para lo cual conformó un grupo de personas expertas en el área técnica, para llevar a cabo las diferentes reuniones en donde se analizó de manera permanente el tema. Dichos funcionarios y contratistas estaban adscritos a la subdirección de fiscalización y ordenamiento minero y eran quienes hacían seguimiento al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de la referencia. Expresamente señaló (carpeta digital 22.5):

(...) Es así como a través de dicho grupo se presentaban los avances respectivos de la negociación ante el consejo directivo de la entidad, en la cual su presidente es el Ministro de Minas y Energía, quien es una persona concedora del sector minero colombiano y quien permanentemente estuvo al tanto de la negociación y presentaba sus recomendaciones sobre el particular, adicionalmente en todo el proceso de negociación estuvo presente y enterado de manera pormenorizada de las acciones adelantadas el Director General de Ingeominas de la época, quien igualmente efectuó el direccionamiento respectivo. Es necesario resaltar que el grupo de profesionales al que me he referido está conformado por la coordinadora del grupo de recaudo y distribución de regalías, un ingeniero de minas, una matemática y una abogada, quienes adelantaron los diferentes estudios y análisis técnicos a los que se refiere la pregunta y quienes suscribieron el documento de viabilidad para la suscripción del otrosí No. 8 de 2010. (...)

- 1.15.** Testimonio de Johnny José Campo Sánchez, financiero de Prodeco que aseguró haber participado en 10 o 12 reuniones con Ingeominas relacionadas con la negociación del otrosí No. 8 al contrato 044 de 1989. Aseguró que en las reuniones a las que asistió estuvo el equipo del departamento de fiscalización de Ingeominas, personal del área financiera, jurídica, subdirectora del departamento de fiscalización y en algunas ocasiones el director de Ingeominas (carpeta digital 22.5).

- 1.16.** Testimonio de Natalia Anaya Zambrano, abogada del departamento jurídico de Prodeco, quien coincidió con que el otrosí No 8 se suscribió después de haber realizado diversas reuniones y discutir los términos de la modificación (carpeta digital 22.5):

(...) En el año 2010, más concretamente el 22 de enero de ese año, se suscribió el otrosí No. 8 como resultado de un proceso de negociación largo, exhaustivo y transparente, que se surtió por la solicitud de Prodeco de revisar las cláusulas de las contraprestaciones económicas habida consideración de que estaban desactualizadas frente a la nueva dimensión del proyecto y una potencial expansión que se encontraba en estudio. (...) Esto implica un beneficio recíproco para las partes debido por un lado a los mayores ingresos que podrá recibir la Nación durante toda la vida del proyecto, por los mayores volúmenes a extraerse como resultado de la expansión, dado que Prodeco, había demostrado que dicho proyecto no sería factible económicamente con las condiciones anteriores al otrosí No. 8, y por otro lado implicará un beneficio para Prodeco, ya que también espera recibir mayores ingresos como resultado de la expansión. (...)

PREGUNTADO: Puede usted explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que tuvo origen la negociación del Orosí N°8. CONTESTÓ: En el año 2008, PRODECO solicitó a INGEOMINAS la revisión de las cláusulas de contraprestaciones económicas del Contrato N° 044-89. Más específicamente en mayo de 2008, PRODECO presentó al Director General de INGEOMINAS y a su grupo de fiscalización y ordenamiento minero en una reunión celebrada en las oficinas de INGEOMINAS cinco puntos que consideraba necesarios revisar en relación con las contraprestaciones de dicho contrato, a saber: 1. La revisión de la fórmula establecida para determinar el precio de liquidación de las regalías. 2. La actualización de las bandas de precios a partir de las cuales se pagaba la compensación por ingresos brutos. 3. La adopción de un precio en "boca de mina", en remplazo de un precio FOB para el pago de regalías. 4. El cambio de indicador para determinar el precio del pago de las regalías y 5. La limitación de la regalía adicional a pagarse para escenarios de producción superiores a 3 millones de toneladas anuales. PREGUNTADO:

1.17. Testimonio de Óscar Eladio Paredes Zapata, ingeniero industrial que forma parte del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Minería y posterior a la suscripción del otrosí No. 8 fue el Director General del Servicio Geológico Colombiano. Señaló que ante los hallazgos de la Contraloría para el año 2011 se concluyó que debía demandarse la nulidad del otrosí No. 8 "en cuanto que no se cumplieron los supuestos previstos para la firma del mismo de ser una gana – gana para ambas partes, ya que para la época en que nos encontrábamos finales de 2011 el menos valor recibido por regalías ascendían a casi cien millones de dólares" (carpeta digital 22.5).

1.18. Testimonio de María Margarita Zuleta, quien para la época de los hechos fue directora del departamento legal de Prodeco. Coincidió en el que "el proceso de negociación inició en mayo de 2008 con una presentación que hizo Prodeco al equipo de Ingeominas, reunión en la que participó el Director de Ingeominas y el equipo de la Subdirección de fiscalización. A esa reunión le siguieron múltiples comunicaciones y reuniones en las cuales participaron los equipos negociadores de cada una de las partes, quienes fueron designados formalmente. Ingeominas contrató para la negociación los servicios de un abogado externo, quien hizo parte del equipo negociador durante parte del mismo." (carpeta digital 22.5).

2. Precisión previa: Laudo arbitral emitido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el 27 de agosto de 2019 dentro del proceso de arbitramento adelantado por Prodeco y Glencore⁹ contra la República de Colombia^{10 11}.

Prodeco inició proceso de arbitramento contra Colombia, ante la CIADI porque con ocasión de la suscripción del otrosí No. 8 del contrato de la referencia surgieron diferencias entre las partes.

Las reclamaciones de la parte actora en el proceso de arbitraje obedecieron a:

⁹ En el año 1995 Glencore adquirió a gran parte de Prodeco, por lo que se convirtió en propietaria indirecta de los derechos de concesión sobre la Mina Calenturitas y el Puerto de Prodeco. Glencore es una empresa multinacional de comercio de productos básicos y minería.

¹⁰ Este caso se refiere a una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ["CIADI" o el "Centro"] sobre la base de (i) el Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 [el "Tratado" o el "TBI"], y (ii) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966 [el "Convenio del CIADI"], que entró en vigor para Suiza y para Colombia el 6 de octubre de 2009.

¹¹ El laudo arbitral fue ser consultado en: [laudo_español.pdf \(defensajuridica.gov.co\)](#)

- La investigación de la Contraloría General de la República respecto de si el Otrosí No. 8 era perjudicial para el Estado colombiano, la que derivó en una decisión en la cual se declaraba a Prodeco responsable por los daños al patrimonio del Estado (7); y
- La reclamación presentada por la agencia minera responsable del Contrato Minero ante los tribunales administrativos colombianos mediante la cual se solicitaba una declaración de nulidad del Otrosí No. 8 (8.).

Así las cosas, en el proceso de arbitramento la parte actora solicitó:

- (a) DECLARE que Colombia ha incumplido los Artículos 4(1), 4(2) y 10(2) del Tratado;
- (b) ORDENE que Colombia, a través de la ANM o de cualquier otra agencia gubernamental que oportunamente se convierta en contraparte contractual de Prodeco en virtud del Contrato Minero, continúe con la ejecución y observancia del Otrosí No. 8 y, asimismo, que todos los órganos del Estado Colombiano arbitren todos los medios necesarios para asegurar la continuación de dicha ejecución y observancia, y no interferir en ello.
- (c) ORDENE que Colombia, a través de la ANM, procure el cese inmediato e incondicional de los Procesos ANM con efecto de cosa juzgada;
- (d) ORDENE que Colombia otorgue las correspondientes garantías y seguridades de la GCO500 de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8;
- (e) ORDENE que Colombia, a través de la ANM, otorgue las correspondientes garantías y seguridades de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8;
- (f) ORDENE que, mediante restitución, Colombia le devuelva a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19,1 millones⁵⁰¹ que Prodeco pagó a Colombia el 19 de enero de 2016 en el contexto del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y toda otra suma que la GCO o cualquier otro órgano del Estado Colombiano o tribunal colombiano le haya ordenado pagar a Prodeco, hasta la fecha del Laudo del Tribunal, mediante regalías o CIB calculadas sobre la supuesta base de que el Otrosí No. 8 no sea de aplicación, ajustada desde la fecha de pago hasta la fecha del Laudo a una tasa anual del 9,69%, capitalizada semestralmente;
- (g) (...)

En cuanto al proceso de responsabilidad fiscal, en el laudo arbitral se indicó que unos meses después de la suscripción del Otrosí No. 8, se desató un escándalo por las supuestas prácticas corruptas en Ingeominas. A la luz de este escándalo, pero también de las auditorías que la Contraloría había estado realizando en Ingeominas, el 8 de octubre de 2010, la recién nombrada Contralora General de la República, la Sra. Sandra Morelli, decidió formar un Equipo Especial de Reacción Inmediata ["Equipo de Reacción Inmediata"], con el propósito de: "[...] analizar la situación que comporta un especial interés nacional y que eventualmente podría comprometer el patrimonio público del Estado en lo referente a las presuntas irregularidades en el manejo contractual que INGEOMINAS le ha dado a los contratos con la Sociedad CERRO MATOSO S.A., Sociedad DRUMMOND y Sociedad C.I PRODECO S.A.".

Por consiguiente, el 19 de octubre de 2010, la Contraloría inició una indagación preliminar contra Ingeominas ["Indagación Preliminar"]. El 30 de abril de 2015, la Contralora Delegada, la Sra. Vargas, emitió el Fallo de la Contraloría, un fallo de 234 páginas que puso fin al Proceso

de Responsabilidad Fiscal. La conclusión principal fue que, al suscribir el Otrosí No. 8, Prodeco, el Sr. Ballesteros (Director de Ingeominas), el Sr. Martínez Torres (Ministro de Minas), y el Sr. Ceballos (funcionario de Ingeominas que firmó el Otrosí No. 8 y que había sido absuelto en el proceso disciplinario), habían incurrido en responsabilidad fiscal. El fallo condenó a los acusados condenados a pagar al Estado, solidariamente, una compensación por el daño causado, que ascendía a COP 60 MM.

La Contraloría primero determinó que, contrariamente al argumento de Prodeco, si bien el Contrato Minero es un contrato de largo plazo, la Contraloría tenía derecho a evaluar sus efectos fiscales en cualquier momento, sin tener que esperar a su terminación.

La conclusión principal de la Contraloría fue que el Otrosí No. 8 no defendía apropiadamente los intereses de Colombia: el Otrosí no formalizaba la obligación de Prodeco de aumentar la producción de la Mina, ni cómo ni cuándo dicho aumento derivaría en un aumento de la contraprestación recibida por el Estado. De acuerdo con la argumentación de Prodeco, el aumento de la producción se había formalizado en el PTI 2010 – pero el Otrosí No. 8 no hace referencia alguna a dicho documento.

La Contraloría explicó que Prodeco había permitido intencionadamente el daño a los intereses económicos del Estado, para así obtener mayores beneficios, actuado de esa manera con dolo. Si bien la Contraloría reconoció que cualquier contratista privado tiene el derecho de recibir beneficios de su actividad económica, determinó que era inapropiado que un contratista tratara de recibir mayores beneficios en detrimento de los intereses del Estado.

La Contraloría determinó que Prodeco había puesto en funcionamiento una serie de maniobras para pagar una contraprestación menor al Estado.

La Contraloría también concluyó que la conducta de Prodeco luego de recibir la Primera Versión del Otrosí No. 8 era contraria a la buena fe.

La Contraloría determinó que Prodeco era un “colaborador” de Ingeominas.

La Contraloría finalmente concluyó que, si bien Ingeominas no había cumplido con sus responsabilidades, Prodeco tampoco lo había hecho.

La siguiente conclusión de la Contraloría fue que, durante el Período de Transición (es decir, durante el año 2010), la República había sufrido una reducción en la contraprestación recibida de parte de Prodeco y que Prodeco era responsable de ello. El período relevante para el cálculo del daño era exclusivamente el período de transición. El Fallo de la Contraloría calculó dicho daño como la diferencia entre el ingreso que la República había recibido en virtud del Otrosí No. 8 durante el Período de Transición (es decir, durante el año 2010) y el ingreso que habría recibido si no se hubiera suscrito el Otrosí No. 8.

El 21 de agosto de 2015, el Contralor General de la República confirmó el fallo de primera instancia dentro del referido proceso de responsabilidad fiscal.

El 19 de enero de 2016, con el fin de evitar la caducidad del Contrato Minero, Prodeco pagó al Estado Colombiano el Monto de Responsabilidad Fiscal de COP 63 MM (USD 19,1 M), el cual se le había ordenado pagar como resultado del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Tal fallo fue demandado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Una vez consultado el sistema, se encontró que el proceso se adelanta bajo el radicado 25000234100020160073500 en el despacho del magistrado Felipe Alirio Solarte Maya y se encuentra en etapa anterior a pruebas.

El Tribunal de Arbitramento, en el laudo determinó que no se configuraba la excepción propuesta por Colombia de ilegalidad del otrosí No. 8 porque no había causal de nulidad alguna del otrosí No. 8, en tanto Prodeco no tergiversó la situación económica del proyecto, ni ocultó información sustancial a Ingeominas en aras de asegurar el Otrosí No. 8, ni actuó de mala fe.

También señaló el Tribunal de Arbitramento que ni el fallo de la Contraloría, ni el que resolvió la reposición y la apelación ofrecen una justificación razonable que explique por qué el Período de Transición de un año, definido en el Otrosí No. 8 para solucionar la demora de Ingeominas en la designación de un auditor independiente, debería tener impacto alguno en la metodología usada para el cálculo de los daños sufridos por Colombia como consecuencia de las acciones de Prodeco.

El Tribunal de Arbitramento concluyó que la metodología para el cálculo de daños empleada en el Fallo de la Contraloría no solo es no razonable; también es sesgada. La metodología empleada en el Fallo de la Contraloría ignoró por completo el hecho de que, con arreglo al PTI 2010, Prodeco asumió la obligación de aumentar su inversión y expandir la Mina, resultando en un incremento de la producción de carbón. Cualquier cálculo imparcial y justo del daño sufrido por Colombia no puede ignorar este compromiso –especialmente porque los hechos probados demuestran que Prodeco no solo alcanzó los niveles de inversión prometidos en el PTI 2010, sino que incluso los excedió sustancialmente¹²⁸⁸. Estos niveles de inversión derivaron en un incremento de la cantidad de carbón extraído y eventualmente en el aumento de las Regalías pagadas a Colombia.

En esencia, el Fallo de la Contraloría fue inconsistente en dos aspectos simultáneamente:

- Para calcular las regalías adeudadas, consideró la producción incrementada de carbón resultante de la expansión de la mina;
- Pero ignoró los esfuerzos financieros adoptados por Prodeco precisamente para alcanzar dichos niveles incrementados de producción.

El Tribunal concluyó que la metodología en la cual la Contraloría fundó su decisión de determinar los daños supuestamente causados a Colombia con arreglo al Otrosí No. 8 fue, en efecto, arbitraria y no razonable. El nivel de arbitrariedad e irrazonabilidad era elevado y no podía ser protegido por la deferencia concedida a las agencias del Estado en el ejercicio de las funciones de supervisión que la ley les confiere.

El Tribunal de Arbitraje concluyó también que, a modo de restitución por la violación de los Artículos 4(1) y (2) del Tratado por parte de Colombia, la República debe reembolsar a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal.

3. Análisis probatorio.

3.1.- Aspectos generales del otrosí No. 8 cuya nulidad o revisión se persigue.

El otrosí No. 8, realizado al contrato de concesión minera 044 de 1989, estuvo basado en el principio de viabilidad económica del proyecto de expansión y el balance económico para Prodeco en las condiciones de mercado que impactan la estimación de las contraprestaciones (1.9).

El proceso de negociación atendió a los principios de razonabilidad de las modificaciones a las contraprestaciones económicas y el principio de equilibrio económico entre las partes, lo cual se evidencia en el considerando 6¹² del otrosí (1.9):

- Para que Prodeco saliera beneficiado de la ejecución del proyecto de expansión, tenía que generarle un ingreso mayor al que ya venía generando.
- Para que Ingeominas aceptara la modificación al pago de las contraprestaciones económicas, debía tener un beneficio adicional sobre las regalías que se irían a pagar de acuerdo con las que ya estaban pactadas.

Sobre el particular, es importante resaltar que en el considerando 5 del referido otrosí se describieron las negociaciones que se llevaron a cabo y se especificaron las cinco áreas en las que se llegó a un acuerdo:

- No cambiar el Esquema de Contraprestación del Contrato Minero para producciones de hasta 8 MTA;
- Establecer un límite al porcentaje de Regalías a pagar para las producciones por encima de 8 MTA "de manera que sea factible la expansión del proyecto";
- Actualizar los valores utilizados para calcular los pagos de la CIB;
- Aclarar la fórmula usada para determinar la Regalía Adicional;
- Determinar el Precio de Referencia del Carbón utilizando el ICR, con una fórmula para introducir rezagos que reflejara el precio real de venta de Prodeco.

Ahora, en cuanto a sus cláusulas, se observa que (1.9):

- La cláusula 1 del Otrosí No. 8 modifica la cláusula 14.1 del Contrato Minero respecto al cálculo de Regalías. De conformidad con el Otrosí No. 8, Prodeco se compromete a pagar una Regalía Básica del 7,6% por la producción de hasta 3 MTA y una Regalía Adicional del 1% por cada incremento de 1 MTA en la producción, hasta 8 MTA (es decir, 12,6%), sobre el total del carbón vendido. Este esquema fue el que se acordó inicialmente en el Contrato Minero.

Cuando la producción supera los 8 MTA, la Regalía Adicional deja de aplicarse a toda la producción anual. En cambio, el 1% de incremento en la regalía se aplica solo al incremento de MTA en la producción: - un 1% adicional para la producción de entre 8 y 9 MTA, - un 2% adicional para la producción de entre 9 y 10 MTA, - un 3% adicional para la producción de entre 10 y 11 MTA, y así sucesivamente. Esto significa que, si la producción total es de 9 MTA, se aplicará una tasa de regalías del 12,6% a los primeros 8 MTA y una tasa de regalías del 13,6% al noveno MTA solamente. Si bien las partes no establecieron un límite de producción, no se proyectó una producción superior a 15 MTA.

¹² 6. Que con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes.

- La cláusula 2 del Otrosí No. 8 modifica la cláusula 14.2 del Contrato Minero. Establece que la Regalía Básica deberá pagarse mensualmente, dentro de los diez días siguientes a la terminación de cada mes, a la tasa de cambio aplicable. Con respecto a la Regalía Adicional, aplicable cuando la producción supera tanto los 3 MTA como los 8 MTA, ésta se deberá pagar anualmente, dentro del mes siguiente a la terminación de cada año.
- La cláusula 3 modifica la cláusula 14.3 del Contrato Minero, relativa al Precio de Referencia del Carbón para el pago de regalías. El Otrosí No. 7 había establecido que, si el carbón exportado por Prodeco provenía exclusivamente de la Mina, el Precio de Referencia del Carbón para el pago de las Regalías y la CIB sería el mayor valor de entre (i) el precio FOB puerto colombiano del carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico [definido como el "Precio FOB"], y (ii) el precio real de venta. El Otrosí No. 8 introduce dos cambios relevantes:
 - Primero, suprime "el mayor valor entre"; por consiguiente, el Precio de Referencia del Carbón se basa solamente en el Precio FOB en el Puerto colombiano;
 - Segundo, crea una nueva fórmula, que introduce un rezago; en esencia, la fórmula considera los Precios FOB de los 18 meses anteriores a la fecha de cálculo, ponderados por las ventas de Prodeco en los períodos correspondientes, sobre la base de coeficientes de ponderación anuales, establecidos ex ante (antes del 15 de enero de cada año) por un auditor independiente nombrado por Ingeominas el 31 de octubre de cada año; estos mismos coeficientes también se utilizan luego para corregir la contraprestación pagada en el año en cuestión.

También, en la cláusula 3 se contempla un periodo de transición. De conformidad con la nueva fórmula de precios, para cada fecha en particular, el Precio de Referencia del Carbón se establece tomando en consideración no solo del Precio FOB en dicha fecha, sino también los Precios FOB aplicables en los 18 meses anteriores. Este sistema de cálculo conlleva una dificultad: ¿cómo calcular el coeficiente de ponderación para el primer año de aplicación del Otrosí No. 8? El Otrosí No. 8 presentó una solución denominada período de transición: durante el primer año de aplicación del Otrosí No. 8, los coeficientes de ponderación ya habían sido fijados por Prodeco e Ingeominas en 0,333. Estos coeficientes habrían de aplicarse al Precio FOB que era aplicable tres, seis y nueve meses antes de cada fecha de determinación.

Este régimen transitorio habría de aplicarse en el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2010; por esta razón, este período se definió como el Período de Transición.

Esta cláusula que estableció el periodo de transición es sumamente relevante porque la parte actora calculó el daño ocasionado a la Nación aplicando el Período de Transición como parámetro.

- La cláusula 4 modifica la cláusula 14.4 del Contrato Minero y define la información con respecto al pago de regalías que Prodeco debe suministrar a Ingeominas de forma mensual.
- La cláusula 5 modifica la cláusula 43 del Otrosí No. 3 al Contrato Minero, y elimina los Anexos 9 y 9A, los que se habían incluido en el Contrato Minero al amparo del Otrosí

No. 6.

- La cláusula 6 modifica las cláusulas 15.1.1 del Contrato Minero:
 - La cláusula 15.1 establece nuevos umbrales del precio FOB para calcular los pagos de la CIB, de la siguiente manera:

A Precio FOB US\$/t	B Precio Base US\$/t	C % Aplicable a diferencia	D Monto Fijo US\$/t
59.94 ≤ FOB < 67.43	59.94	1.0%	\$0.00
67.43 ≤ FOB < 74.93	67.43	1.5%	\$0.10
74.93 ≤ FOB < 82.42	74.93	7.5%	\$0.25
82.42 ≤ FOB < 89.91	82.42	11.0%	\$0.55
FOB > 89.91	89.91	12.5%	\$1.05

- La cláusula 15.1.2 estipula que Prodeco e Ingeominas acuerdan que estos umbrales deberán ajustarse trimestralmente, indexándolos al índice de precio al consumidor colombiano publicado por el DANE, ente estatal de Colombia a cargo de las estadísticas²⁶³– aunque los umbrales de la CIB se expresan en USD;
- La cláusula 15.1.3 estipula que la CIB se pagará trimestralmente, dentro de los diez días siguientes a la terminación del trimestre;
- La cláusula 15.4 establece que la CIB se pagará con base en el Precio de Referencia del Carbón que se establece en la nueva cláusula 14.3
- La cláusula 7 establece que Prodeco se obliga a pagar, aproximadamente, USD 20,8 M265 a Ingeominas para saldar los montos pendientes derivados de la interpretación por parte de Ingeominas del término Precio Definitivo – sin aceptar dicha interpretación.
- En la cláusula 8 Ingeominas declara subsanada cualquier causal de aplicación de multas, caducidad o cualquier otra medida sobre la liquidación de contraprestaciones económicas por razón de dicha controversia, habida cuenta que con los acuerdos consagrados en los numerales anteriores se soluciona y por ende deja de existir la controversia que dio origen a la suscripción del Acuerdo de Compromiso.
- La cláusula 9 estipula que el Otrosí No. 8 entró a regir el 1 de enero de 2010.
- La cláusula 10, Prodeco e Ingeominas se comprometen a revisar la fórmula del Precio de Referencia del Carbón dentro de un año, para considerar la aplicación de los índices API2-BC17.
- Por último, la cláusula 11 establece que el Otrosí No. 8 entrará en vigor una vez inscrito en el Registro Minero Nacional.

Dicho otrosí No. 8 se inscribió debidamente en el Registro Minero el 25 de enero de 2010 y, por

ende, entró en vigor en esa fecha, con efectos retroactivos a partir de 1 de enero.

3.2.- Nulidad del otrosí No. 8.

Ahora, en cuanto a la nulidad del otrosí No. 8, la Sala resalta, en primer lugar, que no alegó una causal expresa de nulidad a las que se refiere el artículo 899 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1502 del Código Civil. Únicamente señaló que el otrosí No. 8 era nulo por "violiar la ley y los fundamentos o motivaciones que le dieron origen", sin especificar exactamente cuál ley era la que consideraba violada.

Toda su argumentación tendiente a perseguir la nulidad del referido otrosí estuvo fundada en que para la época de la demanda no se había cumplido la finalidad que motivo la suscripción de tal negocio jurídico consistente en "garantizar los intereses del Estado y la viabilidad de expansión del proyecto minero". Aseguró que con ocasión del otrosí No. 8, durante el año 2010 - 2011 el Estado dejó de recibir alrededor de \$51.353'629.267,07, según informe de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción coactiva, rendido el 10 de mayo de 2011. Y reforzó su argumento señalando que, según el estudio económico contratado, realizado por Valora Consultoría S.A.S. el 28 de marzo de 2012, de haberse desarrollado y ejecutado el otrosí No. 7, tal y como estaba planteado, la Nación hubiera recibido hasta el 31 de diciembre de 2011, por lo menos, contraprestaciones económicas por un monto de USD\$196.949.000. Pero con el otrosí No. 8 sólo recibió USD\$108'161.000, esto es, dejó de recibir USD\$88'788.000 como consecuencia de los cambios hechos con el otrosí No. 8.

Así las cosas, la Sala considera que debe negarse la pretensión consistente en declarar la nulidad del otrosí No. 8 del contrato 044 de 1989 por las razones que ahora pasan a exponerse:

- El artículo 899 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1502 del Código Civil, establece como causales de nulidad el objeto ilícito, la causa ilícita, la falta de capacidad, el vicio en el consentimiento o la violación de alguna norma imperativa.
- En la demanda no se alegó causal alguna de nulidad de las antes señaladas.
- En todo caso, a partir de los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, no se observa causal de nulidad alguna. Todo lo contrario, el otrosí No. 8 fue el resultado de un acuerdo bilateral realizado después de más de dos años de negociaciones, el cual tiene un objeto y causa lícita, se celebró con la capacidad y consentimiento de las partes y sin violar ninguna norma imperativa. De ello dan cuenta los diferentes testimonios practicados en el proceso, que coinciden en asegurar que el tema de las regalías y la manera de liquidarlas venía siendo materia de conversación entre las partes, para lo cual Ingeominas conformó un grupo de expertos que participara en las negociaciones, compuesto por funcionarios y contratistas de la subdirección de fiscalización y ordenamiento minero, coordinadora del grupo de recaudo y distribución de regalías, un ingeniero de minas, una matemática y una abogada, quienes adelantaron los diferentes estudios y análisis técnicos; negociaciones que luego se ponían a disposición y debate del consejo directivo de la entidad "en la cual su presidente es el Ministro de Minas y Energía, quien es una persona conoedora del sector minero colombiano y quien permanentemente estuvo al tanto de la negociación y presentaba sus recomendaciones sobre el particular, adicionalmente en todo el proceso de negociación estuvo presente y enterado de manera

pormenorizada de las acciones adelantadas el Director General de Ingeominas de la época, quien igualmente efectuó el direccionamiento respectivo" (1.13 – 1.18).

En este punto la Sala coincide con el CIADI, que negó la excepción de ilegalidad en el laudo arbitral, por considerar que el otrosí No. 8 se había celebrado atendiendo a un objeto y causa lícita como lo era modificar la forma de liquidar y pagar las regalías, para que el concesionario pudiera hacer las inversiones necesarias para la expansión de la zona de explotación minera y así, a largo plazo, aumentar los ingresos de la Nación.

- El hecho de asegurar que el otrosí No. 8 no había dado los resultados económicos esperados en el año siguiente a su suscripción, en tanto se redujeron los ingresos por concepto de regalías no es motivo de causal de nulidad a la luz de los preceptos normativos antes citados. Además, tal argumento se encuentra sesgado, pues en efecto, el dictamen pericial presentado por la demandante (1.10) únicamente analizó los ingresos que obtuvo la Nación en el año siguiente a la suscripción del mismo, 2010 – 2011, lo cual dio un concepto limitado, sesgado y parcializado, pues era claro que en ese periodo de transición, tal y como se pactó en la cláusula tercera del otrosí No. 8, los ingresos se iban a reducir. Y es que tenían que reducirse porque se modificó la manera de liquidar y pagar las regalías precisamente para que el concesionario tuviera el flujo de caja necesario para realizar la inversión requerida para ampliar la zona de explotación.

Tal y como lo señaló el CIADI en el laudo arbitral, para efectos de establecer si el otrosí No. 8 había sido beneficioso o no para la Nación debía realizarse una proyección de ingresos durante todo el plazo de ejecución del contrato de concesión, esto es, hasta el 2035 y no una proyección limitada al año siguiente a la celebración del referido otrosí, en la que se estaba aplicando el periodo de transición. Es claro que si se comparaban los ingresos que venía recibiendo la Nación, con los que recibió en el periodo 2010 – 2011, estos últimos iban a ser menores atendiendo al objetivo mismo del negocio jurídico.

Esto fue explicado con más detalle en la objeción al dictamen pericial realizada por la demandada a través del concepto rendido por KPMG Advisory Services (1.11). Allí se explicó que el dictamen pericial aportado por la parte actora comparó situaciones que no podían ser comparadas, omitió las razones que conllevaron a la celebración del otrosí No. 8.

Ello se refuerza, además, con el dictamen pericial presentado por KPMG Advisory Services (1.12), en el que explica técnica y financieramente por qué era necesaria la suscripción del otrosí No. 8 y se realizan las proyecciones a largo plazo para verificar que "la parte de las regalías que la Nación dejaría de recibir en el corto plazo es superado en el mediano y largo plazo, periodos de tiempo en el que las regalías y contraprestaciones aumentan significativamente representando un mayor beneficio, que compensa la disminución de las regalías en el corto plazo.

3.3.- Revisión del otrosí No. 8.

En cuanto a la revisión del otrosí No. 8 la Sala advierte que, a la luz del artículo 868 del Código de Comercio, ésta no es procedente en tanto no ocurrió circunstancia alguna que fuere extraordinaria o imprevisible, que alterara o agravara la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resultara excesivamente onerosa. En la

demanda no se especificó cuál sería tal circunstancia extraordinaria e imprevisible que, en criterio de la entidad concedente, alteró el equilibrio contractual.

Lo anterior, aunado a que la suscripción del otrosí No. 8 estuvo antecedida de dos años de negociación, lo cual descarta la ocurrencia de hechos sobrevinientes, extraordinarios o imprevisibles; pero además tampoco está demostrada la alteración grave a la ecuación económica del contrato, pues como se dejó expuesto antes, la metodología para el cálculo de los ingresos dejados de percibir se circunscribió al período de 2010 - 2011 y no al total del plazo restante de ejecución.

La Sala coincide con el dictamen pericial aportado por la demandada, que llega a la misma conclusión del CIADI y del Procurador, en tanto el análisis del estado económico no podía limitarse al periodo 2010 – 2011, pues tratándose de un contrato de concesión minera con un plazo de ejecución de 35 años se requería de un estudio completo y preciso de los efectos económicos, pues era claro que el aumento en el pago de regalías por mayor producción no se vería reflejado inmediatamente suscrito el otrosí No. 8, en tanto el concesionario debía realizar la correspondiente inversión para ampliar la zona de explotación y así aumentar la producción y consecuentemente las regalías que se generarían.

3.4.- Conclusión.

En criterio de la Sala deben negarse la totalidad de pretensiones de la demanda, en tanto no está acreditada causal alguna de nulidad del otrosí No. 8 y no es procedente la revisión de éste.

4. Costas.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena y que se ejerció la acción de manera leal y razonable.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y su posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.